

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

المركز القانوني للقاصر في الزواج و الطلاق و آثاره

مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر
تخصص : أحوال شخصية

إشراف الدكتور:

د / عيسى بن مصطفى

إعداد الطالبة:

- شين مسعودة

لجنة المناقشة :

رئيسا

مشرفا

عضوا مناقشا

الأستاذ : عيسى بن مصطفى

الدكتور:

الأستاذ :

الموسم الجامعي: 2017-2018م

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله تعالى الذي منّ عليّ بالصبر والإرادة لإنجاز

هذا العمل .

و عرفانا بالجميل:

يسرني أن أتقدم بالشكر والامتنان إلى أستاذي

ومشرفي: د/ عيسى بن مصطفى الذي لم يتوانى عن مدي

العون لنا من علمه ووقته

كما تتقدم كذلك بالشكر إلى كل أساتذتنا المحترمين المشرفين على

مناقشة هذه المذكرة .

وإلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد .

إهداء

أحمد الله عز وجل على تسهيله وتوفيقه لإتمام هذه المذكرة.

أهدي عملي المتواضع إلى:

الوالدين الكريمين الذين سهر الليالي وكدحوا الأيام لتربيتي

وتعليمي ولم يخلوا علي بأي شيء.

إلى كل أفراد عائلتي العزيزة صغيرهم وكبيرهم

لأنسى زملائي وأصدقائي الأوفياء

إلى كل أساتذتي منارات وهامات عالية تعلم وتدرس لتنشئ طلاب علم ورجال المستقبل

إلى كل من ساعدني في هذا العمل ولوبكلمة تشجيع

مقدمة

مقدمة:

خلق الله الجنس البشري لعمارة الأرض، فجبلة على التعايش والتكافل والمدنية، إذ الإنسان مدني بطبعه اجتماعي في سلوكه تتعطل مصالحه لو عاش بمفرده.

منذ الخلق الأول والمجتمعات البشرية تعيش في شكل جماعات مشتتة على أنحاء الأرض، تختلف عن بعضها لونا لغة وعادات وهذا لا ينفي اشتراكها في جملة من الطباع كحب البقاء والتوسع والتملك والتكاثر فأصبحت الضرورة تقتضي أن تنشأ المدنية البشرية لتبادل المنافع فلم تكن الشعوب والقبائل هي الوحدة الأساسية البسيطة لهذا التجمع البشري بل هي مركبة من وحدات سميت بالأسر. الأسرة في الاصطلاح الاجتماعي هي جماعة اجتماعية بيولوجية نظامية تتكون من رجل وامرأة تقوم بينهما رابطة زوجية مقررّة وأبنائهما. وقد عرفت المادة الثانية من قانون الأسرة بما نص "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة" ثم أن الدستور ضمن لها كامل الحماية.

لا يمكن أن تنشأ أسرة ما لم يلتق رجل بامرأة لقاء شرعيا يخضع إلى جملة من الأحكام الشرعية والقواعد القانونية تضي علي الشرعية وتجعل ما يترتب عن من أولاد شرعيين لأجل هذا فالزواج عقد يبرم بين رجل وامرأة كما عرفت المادة الرابعة من قانون الأسرة "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهداف تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"

وقد نعت المولى تبارك وتعالى بالميثاق الغليظ ليكون هذا أقطع الأدلة على تعظيم عقد الزواج لما يحقق من الغايات الإنسانية السامية والمنافع الاجتماعية كالإحصان من الفاحشة والمحافظة على السلالة البشرية من الاختلاط كما يتصف بالديمومة وجوبا بخلاف العقود الأخرى ويقوم على جملة من المبادئ أهمها:

. ينبغي أن يكون الباعث على الزواج إمداد المجتمع بنسل صالح وإشاعة السعادة والطمأنينة.
. تتوقف سعادة الأسرة وسلامة الأولاد على حسن اختيار كل زوج لزوج اختيارا قائما على العقل والدين والأخلاق غير متأثر بعاطفة أو مصلحة مؤقتة أو منفعة زائلة.

. قيام مسؤولية تنفيذ الالتزامات المتبادلة فيما بين الزوجين مع عدم إنكار رئاسة الزوج.
ثم أن عقد الزواج رغم اتصافه بالديمومة إلا أنه ينقضي إما بجل إراديا أو قضائيا وفسخا أو بالوفاة مما يؤثر سلبا على أطراف العقد.

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

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

إذا كان أحد أطراف العقد قاصر فإن المشرع يضيف على هذه العلاقة ميزة خاصة ذلك بخضوع القاصر إلى جملة من الأحكام لابد من تطبيقها على تصرفاته من أجل تحقيق مصلحته والمحافظة على حقوقه وتنقسم هذه التصرفات إلى ضارة ضرار محضا مآلها البطلان كالهبة أما النافعة فتبقى صحيحة كقبول التبرع والمتردة بين النفع والضرر فتتعقد بإجازة الولي (م83 ق.أ.ج) كالزواج.

نظرا لتفاوت الأشخاص الطبيعيين في قدراتهم العقلية فإن بعضهم يكتسب مبكرا قدرة التصرف والتعامل دونما قصور كممارسة الأعمال التجارية أو الزواج أو تستدعي الضرورة ذلك التصرف.

لأجل ذلك لم يوصد المشرع باب الترخيص أمام هذه الطائفة بل أجاز لهم أن يرشدوا في الأعمال التجارية تحت شروط معينة أو إبرام عقود العمل كما أجاز لهم إبرام عقود الزواج وفق ترخيص قضائي وقد انصرفت حماية القانون للقصر في العلاقة الزوجية بمنحهم أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار الزواج (م2/7 ق.أ.ج).

يعتبر زواج القاصر استثناء من القواعد العامة للأهليتين المدنية وأهلية الزواج وما يترتب عن ذلك من الآثار فضلا على توقيع لفك الرابطة الزوجية بمختلف صورته.

فالشريعة الإسلامية عنيت بالقاصر "الصبي أو الصغير" إذ بسطت عليه حماية شرعية في كافة تصرفات ذلك بإقامة ولي ارشد إلى جانبه يؤازره ويوجه تصرفاته نحو الصواب كما يدفع عن كل ضرر تعاقدا مثلما هو الحال في مسألة الزواج.

بحيث أن الخطاب موج للأولياء ولي للقصر كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "ولا تتكح المرأة المرأة ولا تتكح المرأة نفسها إنما الزانية هي تتكح نفسها" رواه أبو هريرة.

كما أن القوانين الوضعية ميزت القاصر عن الراشد في جميع المجالات كالمجال الجزائي أين خصت الحدث بضمانات في الدفاع وخصوصيات في الجزاء ومجال العمل من حيث طبيعة وشروط العمل وكذلك المعاملات المالية التي تحكمها قواعد القانون المدني والقانون التجاري.

أما في شأن الزواج وآثاره والطلاق وما يلحق من آثار شخصية ومالية فإن الأمر ليس مستحدثا بل عرفه المجتمع الجزائري منذ القدم مثل أحكام زواج القصر في قانون 84-11 الذي ألغى ما سمي بالأسباب الخطيرة.

أخيرا صدر الأمر 02.05 المعدل لقانون الأسرة الذي أضاف شرط القدرة ليكون قد أضاف حماية لهذه الطائفة من الأشخاص إضافة إل منحهم حق التقاضي في مسائل الزواج وآثاره.

وعليه فإن محتوى هذه الأطروحة يتعلق بزواج القاصر وطلاق وما يترتب عن كلا الطرفين من الآثار فنظرا لأهمية وخطورة عقد الزواج وقدسيته ولاسيما لما يتعلق الأمر بناقص الأهلية لتحمل المسؤولية الزوجية من جهة واعتبارا للخصوصية المميزة التي منح إياها المشرع كان يجب البحث في موقف الشريعة الإسلامية كتابا وسنة وأرى الفقه الإسلامي باختلاف مذاهب في الموضوع مع تبيان سبب الاختلاف ثم التعرض، إلى القانون الوطني وبعض القوانين العربية وغير العربية من أجل المقارنة.

أما أهمية الموضوع فتجلى فيما يلي:

. الوقوف على مدى اهتمام الفقه الإسلامي بزواج الصغار والغاية المرجوة من الزواج المبكر الذي عارضته معظم القوانين الوضعية زيادة على اختلاف المذاهب في موضوع الولاية بين مضيق وموسع . عرض جملة من قوانين الأحوال الشخصية لإقامة المقارنة فيما بينها.

. مقارنة قانون الأسرة مع بقية القوانين والوقوف على مواطن السكوت ومواطن التفصيل.

. معرفة مدى تطور القضاء في شأن النزاعات المتعلقة بزواج القصر وطلاقهم وهل من اجتهادات قضائية صدرت في هذا الصدد.

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

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

رغم هذا فقد بحثت في الموضوع مستعملا كلا من المنهج التاريخي لعرض، التطور التشريعي المنظم لزواج القصر زيادة على المنهج التحليلي لشرح بعض القواعد القانونية والأحكام القضائية وكذلك المنهج المقارن لإقامة المقارنة بين بعض، التشريعات.

أخيرا فقد تناول البحث فصلين خصص الفصل الأول للمركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق وآثاره عالجت فيه العناصر التالية:

. تعريف القاصر

. حكم زواج القاصر

. رضا في زواج القاصر

. الترخيص القضائي لزواج القاصر

. الفحص الطبي قبل الزواج

. أثر الإخلال بالترخيص القضائي

. صور وأحكام الفرقة الزوجية

. طلاق القاصر

. سير دعوى الطلاق

. فيما تعلق بالفصل الثاني بآثار زواج القاصر

. أهلية التقاضي للزوج القاصر

. حق القاصر التصرف

. النظام المالي للزوج القاصر

. آثار فك الرابطة الزوجية

. الآثار الشخصية والمالية

الفصل الأول:

المركز القانوني للقاصر

في الزواج والطلاق

الفصل الأول: يقول الله تعالى في كتابه العزيز: «اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ...»¹ انطلاقاً

من هذه الآية الكريمة يتبين أن حياة الإنسان تبدأ بمرحلة متناهية في الضعف الجسدي والعقلي، ثم ينمو شيئاً فشيئاً ليدخل مرحلته النهائية التي تنتهي بالضعف كما بدأت. ولا يستثنى من هذا التدرج أي فرد إلا ما اختص الله به سيدنا آدم وأما حواء.

لقد اهتم الشارع الحكيم بالإنسان اهتماماً بالغاً، ووضع له أحكاماً توافق كل مرحلة من مراحل نموه وتطوره، توفقاً، أساسه الاستطاعة والعدل والمنطق، فمتى وجب الإشراف على مصالح الفرد كان ذلك، ومتى بلغ مرحلة التكليف منح له حق إدارة شؤونه بنفسه؛ لأن الغاية المبتغاة من وراء ذلك كله حماية حقوق الفرد حماية تلزم الكافة باحترامها وتقتضي توقيع الجزاء على من يعتدي عليها.

أما من حيث التكليف أو الالتزام، فإن الإنسان مميز عن غيره من الكائنات تمييزاً تكريمياً وتكليفياً أيضاً بمقتضى قوله تعالى: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ...»² إذ يتبن من فحوى الآية أن الإنسان مكرم عن غيره باعتباره خليفة الله في أرضه، ملزم بإقامة العدل على الأرض، وفق ما أوتي من امتيازات ومنح، وعلى رأسها منحة العقل، غير أن العقل لا يوهب للإنسان طفرة واحدة كما أشرت سابقاً بل لا بد من التدرج الذي يستلزم، بالتالي، وضع الحماية عليه حفظاً لمصالحه إلى غاية رشده ليصبح بعدئذ مسؤولاً عن أقواله وأفعاله، ويشهد هذا التدرج في الأهلية ثلاث مراحل؛ مرحلة العدم، مرحلة النقصان، ومرحلة الرشد.

¹ - سورة الروم، الآية: 54.

² - سورة الإسراء، الآية: 70.

المبحث الأول: مفهوم القاصر

إذا كان الزواج من الحقوق المترتبة للفرد باعتباره كائنا إنسانيا من قبل الأديان السماوية والقوانين الوضعية باختلاف توجهاتها ومصادر تشريعها لتحقيق مبدأ الحق في إنشاء أسرة والمحافظة على الأنساب وقبل التعرض لموقف الفقهاء وجب التمييز بين الزواج المبكر وزواج الصغار فالزواج المبكر هو زواج الشباب والشابات وليس الزواج قبل البلوغ لأن الزواج قبل البلوغ نادر الوقوع ولاسيما في الوقت الحالي أما في شأن زواج الصغار فقد اختلف الفقه الإسلامي بحسب ما استند إليه من الحجج والأسانيد من الكتاب والسنة.

المطلب الأول: تعريف القاصر

ورد على لسان العرب لابن منظور "القصر هو خلاف الطول وقصر الشيء خلاف طال، وكذلك اقصر في الصلاة، ثم القصير خلاف الطويل. واتفق اللغويون أن القصر خلاف الطول من جهة وخلاف الأمر الطبيعي من جهة ثانية"¹. وجاء في أساس البلاغة "القصور يعني التقصير والعجز"². كما عرف القاموس القانوني القاصر أنه "الذي لم يبلغ سن الرشد ولا يزال تحت السلطة الوالدية أو الوصاية، والقاصر المأذون هو الذي يتزوج أو يسمح له بعمل من قبل والديه أو وصيه فيكتسب أهلية القيام بهذا العمل"³.

ويستدل مما سبق أن القاصر هو من عجز عن إدراك حقيقة أي أمر بسبب قصور عقله قصورا طبيعيا أو مرضيا، وهو بالتالي ذلك الشخص العاجز عن التصرفات الشرعية⁴.

أما القوانين الوضعية فلم تتعرض لتعريف القاصر تعريفا واضحا إلا ما ورد ضمنيا في قواعد قانونية⁵. كما استعمل فقهاء القانون مصطلحي صغير السن والحدث تعبيرا عن القاصر. أما الفقه الإسلامي فقد منح للقاصر تسميات مختلفة باختلاف الحالة، وهي:

¹ الفيروزي أبادي، القاموس المحيط، د.د.ن.د.س.ن، ص 594.

² أبو القاسم محمود بن عمر الخوارزمي الزمخشري، أساس البلاغة، دار الكتب المصرية، الإسكندرية، 1923، ص 369.

³ موريس نخلة، روجي البعلبكي وصلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي، بيروت، 2002، ص 1269.

⁴ بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، ناشرون، 1979، ص 738.

⁵ تعرض المشرع الجزائري إلى تعريف ناقص الأهلية وإلى فاقدها والأحكام المتعلقة بهما، وذلك ضمن المواد 40، 42، 43 و 44 من القانون المدني والمواد 81 إلى 86 من قانون الأسرة، والمواد 326 إلى 329 من قانون العقوبات الجزائري.

• الصبي:

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

• الحدث:

ويطلق على صغير السن الذي لم يستكمل الأمر بعد. وهو الصبي منذ ولادته إلى بلوغه سن الرشد الجزائري¹.

• المميز:

هو من يفهم الخطاب ويرد الجواب، ولا ينضبط بسن معين. باعتبار هذه الأصناف تشترك في عدم التكليف الشرعي والقانوني وعدم التمتع بأهلية الأداء يمكن نعتهم بوصف جامع، هو "الشخص الذي لم يوجه إليه الخطاب الشرعي والخطاب القانوني كاملاً، بسبب قصور عقله الذي يلازم صغر سنه"². وللاشارة فإن الإنسان

المطلب الثاني: حكم زواج القاصر

إن التكافل الاجتماعي الذي جبل عليه الإنسان يقتضي أن يحظى الفرد العاجز داخل المجتمع بنوع من الحماية والاهتمام، وغالباً ما يناط العجز بالتمييز الذي يكون منعماً في مستهله ليصبح ناقصاً، ثم كاملاً، لبلوغه سناً معيناً، سمي بسن الرشد، أو يبلغ هذا السن دون تمام تمييزه كالمجنون أو المعتوه. ومتى انتفى التمييز أو لم يتم نموه، أو لم يبلغ صاحبه بلوغاً طبيعياً أو قانونياً سمي لدى الفقه صغيراً ولدى القانون قاصراً. لذلك وجب التعرض إلى تعريف الفرد القاصر ثم التعرض إلى مسألة زواجه.

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

فضلاً عن المواثيق الدولية التي نادى بهذا الحق منذ سنوات خلت مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان³

¹ بلخير سديد، المرجع السابق، ص33.

² بن يحيى أم كلثوم، أحكام القاصر، دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانونين الجزائري والأردني، رسالة دكتوراه الجامعة الأردنية، 2007، ص25.

³ نصت المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948. للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه.

والعهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية¹.

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

اقتداء برأي جمهور الفقهاء²، ومراعاة للظروف الاجتماعية في مجتمعنا وتحقيقاً لمصلحة معينة، نزولاً عند الأعراف المحلية أحياناً، أجاز قانون الأسرة تزويج الصغير والصغيرة، إجازة مقيدة بشروط.

الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.

¹ كما نصت المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في 16/12/1966 على أن "الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة. يكون للرجل والمرأة، ابتداءً ممن بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة. لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه. تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفي حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم. أما الاتفاقية الدولية المناهضة للتمييز ضد المرأة، الصادرة في 18/12/1979 فقد نصت في مادتها 16 على أنه "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

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

- العهدان الدوليان: إعلان تفسير: تفسر الحكومة الجزائرية المادة (1) التي هي مشتركة بين العهدين على أنها لا تمس بأية حالة حق كافة الشعوب غير القابل للتصرف في تقرير المصير، وفي السيطرة على ثرواتها الطبيعية، وترى أن ما يشار إليه في المادة (3/1) في كلا العهدين، وفي المادة (14) من العهد الولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من إبقاء حالة التبعية لبعض الأقاليم يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة وأهدافها.

وتفسر الحكومة أحكام المادة (8) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والمادة (22) من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية تفسيراً يقضي بجعل القانون هو الإطار الذي تعمل الدولة داخله فيما يتعلق بتنظيم ممارسة الحق في إنشاء تنظيم. وتعتبر الحكومة الفقرتين 3-4 من المادة (13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لا تمس بأي حال الحق في أن تنظم بحرية نظامها التعليمي. وتفسر الحكومة أحكام الفقرة 4 من المادة (23) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بشأن حقوق ومسؤوليات الزوجين أثناء الزواج وعند فسخه على أنها لا تمس بأية حال القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني الجزائري. فهرس حقوق الإنسان، موقع arhumanrights.org.

² علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص348. ابن حجر العسقلاني فتح الباري، ج9، دار الرسالة، الجزائر، 2000، ص28. الإمام مالك، الموطأ، ج1، مؤسسة المعارف، بيروت، 2004، ص271. الشافعي، الأم، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص33. محمد النسوقي، حاشية النسوقي، ج7، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص222. شهاب الدين القرافي، الذخيرة، ج4، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص218.

وقد ورد ذلك في الفقرة الثانية من المادة 11 ق.أ.ج بما نصه " .. دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم؛ وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

وقبل التعرض لموقف الفقهاء، وجب التمييز بين الزواج المبكر وزواج الصغير.

فالزواج المبكر هو زواج الشباب والشابات، وليس الزواج قبل البلوغ لأن الزواج قبل البلوغ نادر الوقوع، ولا سيما في الوقت الحالي.¹ أما في شأن زواج الصغار فقد اختلف الفقه الإسلامي، بحسب ما استند إليه من الحجج والأسانيد من الكتاب والسنة.

1. المجيزون لزواج الصغار:

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز تزويج الصغار دون اشتراط البلوغ أو سن معين، عملاً بقوله تعالى: «وَالجَّ يَبِيسَ مِنَ الْمَحِيضِ مَن نِّسَاءِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ بَعِدْتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالجَّ لَمْ يَحِيضَ...»². بشرط ألا يتم الدخول إلا بعد البلوغ.³ بما أن القرآن الكريم جعل عدة التي لم تحض وهي الصغيرة ثلاثة أشهر، فلا تكون هذه العدة إلا من زواج صحيح، يتبعه طلاق. كما استندوا إلى حديث السيدة عائشة رضي الله عنها إذ قالت: "تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا بنت ست سنين، ودخل بي وأنا بنت تسع". وهذا دليل من السنة على زواج الصغار.

إن الزواج في الصغر يحقق بعض المصالح الاجتماعية، ولاسيما ما يعود منها للصغير؛ كالإحصان والاستقرار العائلي، أو اغتنام فرصة توافر الزوج الكفاء، حيث ورد حديثه صلى الله عليه وسلم: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد. قالوا: يا رسول الله، وإن كان فيه؟ قال إذا جاءكم... ثلاث مرات"⁴.

وكذلك حماية لذوي الحاجة؛ كالمسعفين أو مفقودي الوالدين. إلا أن ابن حزم الظاهري استثنى الرجال من النساء، إذ لم يجز للولي تزويج ابنه الذكر الصغير حتى يبلغ ولن فعل فهو مفسوخ أبداً⁵. غير أن إجازة الجمهور لزواج الصغار ليست على إطلاقها بل هي خاضعة للشروط التالية:

أ. أن يكون الولي هو الأب، ذلك أن تزويج الصغير يعرف قدراً من الخطورة في الإقدام عليه، لأن إرادة الصغير ناقصة بقصور الإدراك، فلا يجب في هذا الشأن أن تتوافر الشفقة في الولي فحسب،

¹ عارف بن أحمد الصبري، الزواج المبكر بين حراسة الإسلام وتأمير الاتفاقيات الدولية، د.د.ن، د.س.ن، ص24.

² سورة الطلاق، الآية: 4.

³ مصطفى القضاة، التبكير في الزواج والآثار المترتبة عليه، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد26، العدد1، 2010، ص446.

⁴ أخرجه الترمذي، رواية عن أبي حاتم المزني رضي الله عنه.

⁵ ابن حزم، المحلى، ج10، دار التراث، القاهرة، د.س.ن، ص462.

بل يجب توافر المعرفة والدراية في شؤون الزواج، والأب أولى الناس بجمع هذين العنصرين معا. ولو كانت الشفقة عاملا للولاية لما كانت الأم أولى بها.

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

ج. أن يكون الزوج كفئا للقاصرة، غير معيب؛ إذ لا مصلحة لزواج الصغيرة دون كفاءة. ويقول ابن قدامة في هذا الشأن "لا يحل تزويجها من غير كفاء ولا من معيب، لأن الله تعالى أقام الولي مقامها، ناظرا لها فيما فيه الحظ، متصرفا لها لعجزها عن التصرف في نفسها، فلا يجوز له فعل ما لا حظ لها فيه، كما في مالها. ولأنه إذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه، ففي نفسها أولى"¹.

2. غير المجيزين لزواج الصغار:

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

◦

الصغير، مستندين إلى قوله تعالى: «وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ

رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا...»²، ثم أن الزواج في نظرهم شرع للمعاشرة والتناسل، وكون الصغيرة لا يتحقق معها هذان الغرضان، فلا حاجة للزواج بها؛ لأنه ضرب من ضروب اللهو والعبث³.

ويرد عليهم أن المراد بالنكاح الوارد في الآية هو القدرة على الوطء والأصل في الإبضاع التحريم إلا ما دل عليه دليل، فلما احتج عليهم بحديث عائشة، قالوا: "إنها خصوصية للرسول صلى الله عليه وسلم". ورتبوا أن الخصوصية لا تثبت من غير دليل.

مقارنة بهذين الرأيين وترتبيا لمصادر التشريع، فإن النص القرآني أولى بالتطبيق.

فلا يمكن مخالفة الآية الكريمة القاضية بجواز تزويج الصغير بشرط اتخاذ الحيطة وذلك بوضع قيود تضيق هذا النوع من الزواج.

¹ ابن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص383.

² سورة النساء، الآية: 6.

³ محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص127.

المطلب الثالث: الرضا في زواج القاصر

ميز الله تعالى عقد الزواج عن سائر العقود، إذ عظمه ونعته بالميثاق الغليظ في قوله عز وجل: «... وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا»¹، وأكدته السنة المشرفة في أكثر ما من موطن، ولاسيما ما ورد في خطبة حجة الوداع². فتمت بذلك إحاطة هذا العقد بجملة من القواعد والأحكام والضمانات، حتى لا يتحول عرضة للعبث والتحريف، والخروج عن الغاية المحددة له شرعا وقانونا. كما أن القوانين الوضعية، ولاسيما تلك المستلهمة نصوصها من الفقه الإسلامي، لم تستهن بهذا العقد نظرا للغايات الاجتماعية التي يحققها³. وكونه عقدا يقوم أساسا على الرضا الذي لا يؤسس من العدم، بل من إرادة حرة صادرة من ذي أهلية كاملة كانت أم ناقصة. فكيف نظم المشرع الأسري الجزائري ركنية الرضا في عقد الزواج؟

كانت المادة 9 من قانون الأسرة 11.84 قبل تعديله تنص على أنه "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصداق". حيث اعتبر المشرع هذه العناصر مجتمعة أركاناً للعقد استنادا إلى المذهب المالكي⁴.

لينتج عن هذا أن تخلف أي ركن باستثناء الرضا يفسخ به العقد إذا كان قبل الدخول،⁵ أما لو تخلف بعد الدخول، فنكون أمام حالتين:

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

ب. إذا تخلف أكثر من ركن واحد فالعقد يبطل بطلانا مطلقا، ويحكم به القاضي تلقائيا لأنه من النظام العام⁶. هذا قبل تعديل قانون الأسرة المعتمد على المذهب المالكي، ونظرا لتعارض المذاهب الفقهية وتعدد معتققيها، فضلا عن تباين الأعراف، رأى المشرع الأسري الجزائري أن يواكب هذا التطور الذي شهده المجتمع دون أن يهمل الرضا باعتباره ركنا أساسا في عقد الزواج.

¹ سورة النساء، الآية: 21.

² جاء عنه صلى الله عليه وسلم في سنته التقريرية بحجة الوداع "... أيها الناس، إن لسانكم عليكم حقا، ولكم عليهن حق، لکم عليهن ألا يوطئن فرشكم غيركم، ولا يدخلن أحدا هكوة بيوتكم، ولا يأتين بفاحشة، فإن أظعنكم فليكن رزقهن وكسوتهن بالمعروف فبئذ الله في النساء، واستوصوا بهن خيرا، لا هل بلغت: اللهم اشهد"

³ تنص المادة الرابعة من قانون الأسرة على أنه "الزواج هو عقد رضائي، يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون ولحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب".

⁴ خليل بن اسحق المالكي، مختصر خليل، دار الشهاب، الجزائر، 1988، ص 85.

⁵ تنص المادة 33 من قانون الأسرة "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختلف ركن واحد، ويبطل إذا اختلف أكثر من ركن واحد".

⁶ الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2005، ص 53.

1. ركنية الرضا في قانون الأسرة المعدل:

فصل تعديل 2005 ركن الرضا عن بقية ما كان معتبرا من الأركان لتصبح هذه الأخيرة شروطا فقط¹. وقد مس التعديل أيضا نص المادة الرابعة من القانون، إذ أضاف عبارة "رضائي" لعقد الزواج مؤكدا على ركنية الرضا فيه، من جهة وعدم اعتباره من العقود الشكلية، من جهة ثانية. كما أشار إلى ذلك المشرع الفرنسي ضمنا في نص المادة 144 من قانونه المدني، فضلا عن أغلبية القوانين. هذا كله لا يمنع من أن يفرغ العقد في قالب رسمي، حيث يبرم أمام موظف مؤهل قانونا، بحسب ما ورد في المادة 18 ق.أ.ج، على أن "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون".

يتبين من خلال النص أن القانون لا يعترف للفرد ذكرا كان أم أنثى بصفة الزوجية ما لم يثبت ذلك بوثيقة عقد الزواج الوارد النص عليها في المادة 22 من قانون الأسرة. وانصرف أثر تعديل المواد 4 و9 و9 مكرر إلى المادتين 32 و33 من ذات القانون اللتين كانتا تقضيان بفسخ العقد أو بطلانه متى تخلف ركن من أركان عقد الزواج أو أكثر من ركن لتقضيا بعد التعديل ببطلان عقد الزواج متى تخلف ركن الرضا، سواء قبل الدخول أم بعده.

لا تحقق الرسمية مبدأ الإثبات، بقدر ما تحقق أيضا مبدأ الإشهار، وهذا ما يتجنبه ممارسو الزواج العرفي، وفي ذلك قال الإمام "أبو زهرة" مؤكدا على شهر الزواج بما نصه "وعقد الزواج ينفي الشارع اعتباره، ولا يرتب أحكامه، ولا يظللها بحماية بمجرد تراضي الطرفين عليه، بل لا بد من الشهر والإعلان بالشهادة على مذهب الجمهور، فهو إذن عقد شكلي، وإن كان الرضا أساسا فيه عند جمهور الفقهاء"².

وقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على الإعلان عن الزواج بالدف حتى يشهد الناس على قيام هذه العلاقة الزوجية، لتصبح هذه الشهادة وسيلة إثبات يستفاد منها عند الحاجة. ولا ينتج الرضا أثره، إلا بتبادله مع رضا الطرف الثاني، في شكل إيجاب صادر ابتداء جازم على الإقدام على إبرام عقد الزواج.³ وليس بالضرورة أن يكون الموجب هو الرجل، طالما أن المشرع أشار إلى ذلك في نص المادة 10 بقوله "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر..." أما القبول فهو

¹ تنص المادة التاسعة من قانون الأسرة "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" أما المادة 9 مكرر فتحدد شروط الزواج في كل من: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية. النص نفسه ورد في الفصل الثالث من قانون الأحوال الشخصية التونسي.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص35.

³ محمد الشماخ، المفيد في الأبحاث في أحكام عقد الزواج والطلاق والميراث، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، 1995، ص34.

ما يصدر إجابة للإيجاب بكل ما يفيد معنى القبول بقيام النكاح شرعا¹. ويشترط في تطابق الإيجاب بالقبول ما يلي:

أ. توافق الإيجاب بالقبول، بمعنى، أن الأب لو قال: "زوجتك فاطمة" وقال الرجل: "قبلت زواج خديجة" أو لو قال الأب: "زوجتك ابنتي على 80 ألف دينار صداقا" وقال الرجل: "قبلت ذلك بـ 60 ألف دينار"، لا ينعقد العقد نظرا لعدم توافق الإيجاب بالقبول.

ب. بقاء الموجب على إيجابه.

ج. التنجيز في الحال؛ ويقصد به عدم جواز إضافة الزواج للمستقبل، كقول الرجل "تزوجتك غدا" أو تعليقه بشرط، كقوله "تزوجتك إذا حضر فلان"، وهذا باتفاق المذاهب². ويقول الفقه في شأن التنجيز "إن صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية، إرادة قد تجاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة إلى دور الجزم والقطع والبت والحسم"³.

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

أن الوكالة في عقد الزواج تعتبر مشروعة بنص القرآن في قوله تعالى: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا بِابْتِعَاؤِ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِيهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا...»⁴. فكل حكم وكيل عن بعته وأرسله. فلا يصح وكيل كل من الصبي والمجنون⁵، ويجوز عند المالكية للزوج أن يوكل من يعقد نكاحه ولا يشترط في الوكيل إلا التمييز، فللزوج أن يوكل صبيا مميذا أو كافرا أو امرأة أو غير ذلك⁶. فأجاز الفقهاء التوكيل في عقد الزواج لأن الواقع المعتاد في أكثر عقود الزواج أن لا يباشر الرجل والمرأة العقد بنفسهما لغلبة الحياء على الناس في مثل ذلك.

وقد كان نص المادة 20 من قانون 84-11 القديم ينص صراحة على أنه "يصح أن ينوب عنه الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة".

¹ تنص المادة 10 من قانون الأسرة على أنه "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، دار الفكر، دمشق، 1997، ص6538.

³ عبد الله أبادح العجمي، الرضا في العقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1999، ص38، مأخوذ عن عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

⁴ سورة النساء، الآية: 35.

⁵ محمد الحسن البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، جامعة دمشق، 2007، ص175.

⁶ محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، افريقيا للنشر، المغرب، د.س.ن، ص20.

غير أن المشرع الجزائري ألغى هذه المادة. والحقيقة أنه رغم وجود فائدة طفيفة للزواج بالتوكيل، وخاصة في حالة غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لأسباب قاهرة، إلا أن مفهوم الوكالة لا ينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج ونظامه القانوني. ذلك أن عقد الزواج من العقود الشكلية الخطيرة التي تقوم على الاعتبار الشخصي وعلى مبادئ الرضا والحرية والاختيار. كما أن حضور الزوجين في مجلس العقد أمام شاهدين وبحضور ولي الزوجة يسمح للموظف المؤهل قانونا التأكد من وجود رضا الزوجين شخصيا وعلينا وبكل حرية واختيار.¹

حين اشترط المشرع الرضا في عقد الزواج، وأكد على اعتباره ركنا فإنه يدرك أهمية هذا العقد لأنه يختلف بطبيعته عن العقود المالية الأخرى. ذلك أن المال زائل سهل التحويل والتخلص، ينقضي بانقضاء المنفعة التي رصد من أجلها. أما النكاح فهو مستمر دائم صعب الإزالة، وخطره جليل، لما يترتب عنه من الآثار، ومن بينها الألفة والأولاد. ثم أن الخبرة في المال تتحقق بالاختبار، في حين أنه ليس هناك خبرة في الزواج.² وأن نتائج هذا الأخير تعيش مع الإنسان طيلة حياته، وقد تنصرف إلى الأبناء أحيانا. فضلا على أن الزواج لا يربط شخصين فحسب، بل أسرتي الزوجين. لأجل ذلك، شدد الفقه الإسلامي والمشرع الوضعي على اتخاذ كل أسباب الحيطة، لضمان الحد الأقصى من الرضا التام في إبرام عقد الزواج، من أجل الاستقرار.

ومن جملة ما اتخذته، إشراك رضا الولي مع رضا المولى عليه لصحة عقد الزواج والفقه الإسلامي عرف تعارضا في هذا الموضوع بين مؤيد لتدخل رضا الولي ومعارض لذلك. ولكل سنده. أوجب جمهور الفقهاء إشراك رضا الولي لرضا المرأة³، سواء أكانت راشدة أم قاصرة بشرط البكورة، استنادا إلى أدلة من الكتاب والسنة. أما المذهب الحنفي فقد اعتبر العقل والبلوغ معيارا للاعتداد برضا المرأة، ليجيز لها بالتالي تزويج نفسها بنفسها، شريطة أن تتوافر الكفاءة في الزوج، ومتى كان العكس جاز للولي التفريق بينهما، إلا إذا أنجبت فيسقط حينئذ حقه في الإبطال⁴. هذا عن البالغة الراشدة. أما الصغيرة فقد أجمع الفقه على وجوب ضم رضا الولي لرضا الصغيرة لأنها لا تدرك مصلحتها في الحياة الزوجية⁵.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 166 و 167.

² علي محي الدين القرعة داغي، المرجع السابق، ص 312.

³ ورد في بداية المجتهد نهاية المقتصد لابن رشد "واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب غير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد، فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى: للأب فقط أن يجبرها على النكاح، ومقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة: لا بد من اعتبار رضاها، ووافقهم مالك في البكر المعنسة. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، دار الفكر، بيروت، 2003، ص 471.

⁴ علي محي الدين القرعة داغي، المرجع السابق، ص 304.

⁵ ابن رشد، المرجع السابق، ص 472.

2. الطبيعة القانونية لرضا القاصرة في عقد الزواج:

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

لقد أقر قانون الأسرة الجزائري صراحة في نص الفقرة الثانية من المادة 11 على تولي الولي زواج القاصر، واعتبر رضاها رضائين متكاملين، يأخذان حكم رضا الراشد.

لكن المشرع أعار الاعتبار لرضا القاصر أكثر من رضا الولي، طالما أنه المعني بالزواج. في حين وضع قيودا على إرادة الولي، بإخضاعها نسبيا إلى رضا القاصر؛ حتى لا يتعسف في ممارسة ولايته، فيما لا يخدم مصلحة القاصر؛ وذلك ما أكدته نص المادة 13 من ذات القانون، الذي منع الولي من إجبار القاصر على الزواج، أو من تزويجه دون موافقته، بما نصه "لا يجوز للولي، أبا كان أم غيره أن يجبر القاصرة على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها". كما أن إلغاء المادة 12 ق.أ.ج أكد على اعتبار رضا القاصرة أساسا في زواجها¹.

لكن المشرع لم يضع مخرجا لمسألة تعارض رضا الولي مع رضا القاصر، فقد يوافق القاصر على الزواج، في حين يرفض الولي ذلك، أو العكس. هذا، بخلاف القانون المغربي في المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية وكذا القانون التونسي في الفصل السادس منه²، اللذين يحيلان الأمر للقاضي

¹ كانت تنص المادة 12 من قانون الأسرة قبل التعديل على ما يلي "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه، وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت". يتجلى من خلال هذا النص أن البنت البكر تخضع لولاية الإيجاب، بدليل أن لوليها حق منعها من الزواج متى كان في غير مصلحتها، باعتبارها قاصرة لا تترك مصالحها، ولا علم لها بتجربة الرجال، اقتداء بالمذهب المالكي. وقد ألغى المشرع هذا المادة في تعديل 2005 ليعتبر القاصرة في ذات الوقت راشدة من حيث إدراكها لما ينفعها، وهذا ما لا يستقيم مع المنطق وطبيعة البشر ولاسيما الإناث اللواتي ينسفن وراء عواطفهن.

² تنص الفقرة الثالثة من المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية على أنه "إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع. وينص الفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن "زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم. وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي. والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجهه.

حال الخلاف. في حين أن القانون الليبي للأحوال الشخصية قد حصر الترخيص بموافقة الولي، أي، متى رفض الولي لا يمنح القاضي الترخيص إطلاقاً (م3/6)¹.
 أما تعبير القاصرة عن رضاها فإنه يأخذ إحدى الصورتين؛ إما القبول بالقول، أو القبول بالسكوت، عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن". قالوا: يا رسول الله، وكيف إذن؟ قال: أن تسكت².

¹ تعارض قانون الأحوال الشخصية الليبي مع القانونين السابقين، إذ نص في الفقرة الثالثة من المادة السادسة: يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ. تكتمل أهلية الزواج ببلوغ سن العشرين. للمحكمة أن تأذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو ضرورة تقدرها بعد موافقة الولي يكتسب من تزوج وفق الفقرتين السابقتين أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره. فمن باب المخالفة أن الولي لو امتنع عن زواج موليته لا تأذن المحكمة بهذا الزواج. هذا إذا قسنا على ظاهر النص.
² الإمام البخاري، صحيح البخاري، ج5، موفم ودار الهدى للنشر، الجزائر، 1992، ص1974.

المبحث الثاني: الترخيص القضائي لزواج القاصر

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

المطلب الأول: تطور قاعدة الترخيص بزواج القاصر

ليس هذا الترخيص أمرا مستجدا على المجتمع الجزائري، بل هو معهود منذ الأزل حتى قبل الحقبة الاستعمارية فكان يصطلح له بالزواج المبكر الذي كان يلجأ إليه المجتمع الجزائري لدواعي اجتماعية ودينية وسياسية أيضا*. وقد مضى بعدة مراحل منها

الترخيص بالزواج في قانون 11.84*

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

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

إن تطبيق هذه المادة يلزم القاضي بمراعاة معياري الضرورة والمصلحة فقط بصرف النظر عما إذا كان المعقود عليه القاصر قادرا على الزواج جسديا ونفسيا، أم العكس. وهذا عنصر هام لم يتعرض إليه المشرع في نص المادة. إلا أنه استدرك هذا العنصر في تعديل 2005، وأتم نفس المادة بنص "متى تأكدت قدرة الطرفين على ذلك". مما يجعل القاضي يؤكد على توافر أدلة إثبات القدرة بمختلف صورها.

¹ يتمثل السبب الديني في اعتبار الجزائريين كانوا يعتمدون الشريعة الإسلامية مرجعا لإبرام عقود زواجهم، علما أن الإسلام لم يمنع زواج الصغار، بدليل أن القرآن الكريم تعرض لهذا بقوله تعالى: «وَالرَّجُلُ يَنْبَغِي مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالرَّجُلُ لَمْ يَحْضُ...» وتجمع المذاهب على ذلك اعتبارا منها أن الزواج يجلب العفة، ويساهم في تزايد أفراد المجتمع، أما السبب الاجتماعي فينحصر في رغبة العشيرة تقوية عددها دفاعا عن كل عدوان، ولا يتحقق هذا إلا بالإنجاب والتكاثر، أما السبب الاقتصادي فمرده إلى المساهمة أفراد المجتمع في تنمية وازدهار اقتصاد الجماعة.

² قانون الأسرة 11.84، سبق الإشارة إليه.

1. الاختصاص القضائي:

خلافًا للعديد من الأنظمة التي اعتمدت نظام تخصص المحاكم، فإن النظام الجزائري لم يعتمد هذا النظام، لذلك أسندت المادة 7 ق.أ.ج اختصاص الترخيص إلى القاضي وبطبيعة الحال يجب أن يكون قاضي شؤون الأسرة، أو رئيس المحكمة، هذا على غرار القانون المغربي الذي منح الاختصاص صراحة لقاضي الأسرة (م 20 م.أ.م)، وخلافًا للقانون التونسي الذي لم يعين قاضيًا معينًا، بل استعمل عبارة "المحاكم" (ف5 ق.أ.ش.ت).

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

إعمالًا لنص المادة 16 من القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي من جهة أخرى، التي تنص على أنه "يحدد رئيس المحكمة بموجب أمر، وبعد استطلاع وكيل الجمهورية، توزيع قضاة الحكم في بداية كل سنة قضائية على الأقسام أو الفروع عند الاقتضاء. ويجوز له أن يرأس أي قسم".¹

لذلك فالمحاكم الوطنية لم توحد تنظيمها في مسألة منح الترخيص، نظرًا لتعدد النصوص القانونية أولًا، وتوسيع صلاحيات رئيس المحكمة في شأن توزيع المهام ثانيًا. ولا يعتبر هذا خرقًا للقانون، مادام حلول رئيس المحكمة لأي قاض ممن هم تابعون له أمر جائز.

2. الجانب الشكلي للترخيص:

لم توحد المحاكم الجانب الشكلي في منح الترخيص، أعني بذلك، البيانات الواجب توافرها في الترخيص²، فضلًا عن الوثائق الواجب توافرها لتقديم الطلب، غير أن اجتهاد بعض القضاة بلغ إلى تحديد الوثائق التالية:

- شهادة ميلاد أصلية للقاصر.
- شهادة ميلاد أصلية لأبي القاصر أو وليه.

¹ القانون رقم 11.05 المؤرخ في 17 يوليو 2005، المتعلق بالتنظيم القضائي المنشور بالجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005.

- شهادة ميلاد أصلية للزوج.
 - وثيقة تثبت إقامة المعني بالإقليم الخاضع لاختصاص المحكمة التي يقع في إقليمها موطن المعني، م7/426 ق.إ.م.إ.
 - شهادة طبية محررة من طبيب عام يثبت فيها قدرة الزوج القاصر، الجسدية والنفسية على ممارسة الحياة الزوجية بكافة مستلزماتها.
 - شهادة تثبت عدم الحمل للبنت القاصرة، لإثبات براءة الرحم، يحررها طبيب مختص في الأمراض التناسلية والولادة، أو قابلة.
 - شهادة الخلو من الأمراض يحررها طبيب مختص في الأمراض الباطنية والتحليل البيولوجية، والأمراض المعدية، تطبيقاً لنص المادة 7 مكرر ق.أ.ج.
 - وثيقة إثبات هوية الولي ورابطته مع المولى عليه، للتحقق من العلاقة القانونية ومن ترتيب الأولياء، طالما أن المشرع قضى بالترتيب.
 - شهادة إثبات مصدر عيش لزوج الزوجة القاصرة.
- أما في حالة وجود زوج قاصرة بزواج متزوج (أعني تعدد الزوجات) فإنه يضاف إلى الملف وثيقة هوية الزوجة السابقة، وإثبات علمها بالزواج الثاني. ويؤول اختصاص منح الترخيص في هذه الحالة إلى رئيس المحكمة بمقتضى نص الفقرة الثالثة من المادة 8 ق.أ.ج. والجدير بالذكر، أن القانون الجزائري، رغم تعديلات 2005 مازال لم يبين ما هو المبرر الشرعي، مما يجعل الأمر موكولا إلى قضاة الموضوع لتحديد المقصود من هذه العبارة العامة¹.
- هذا ما تعلق باختصاص النوعي

3. الاختصاص الإقليمي:

أما الاختصاص الإقليمي فقد ورد النص عليه في الفقرة السابعة من المادة 424 ق.إ.م.إ التي تعتد بمكان إقامة طالب الترخيص. إلا أن طلب الترخيص لا يحظى غالبا بالقبول، بل يرفض أحيانا، لأسباب يراها القاضي موضوعية. ولاسيما إذا ثار اختلاف بين القاصرة ووليها

4. الترخيص عمل ولائي:

يعتبر موضوع التمييز بين العمل الولائي والعمل القضائي محل جدل فقهي، إذ يعتبر معتقو المذهب الشكلي أن كل عمل صادر بناء على عريضة دون تكليف الخصم بالحضور هو عمل ولائي. أما من استند إلى معيار سلطة القاضي فمتى تمتع القاضي بسلطة واسعة غير مقيد بقواعد

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص190.

إثبات، فهو عمل ولائي، ومنهم من يرى أن كل عمل ينشئ حقوقا مستقبلية يعتبر من قبيل الأعمال القضائية، أما لو قرر حقوقا سابقة كان عملا ولائيا¹.

كما أن العمل لو أنشأ مركزا قانونيا جديدا فهو ولائي، أما لو كان العمل محل رابطة قانونية سابقة فهو عمل قضائي².

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

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

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

كما أن طلبات الترخيص لا تحظى بالقبول أحيانا، لأسباب يراها القاضي مقبولة فيصدر أمرا بالرفض م2/312 ق.إ.م.إ، ولطالب الترخيص حق الاستئناف وفق ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 312 ق.إ.م.إ. "... يرفع الاستئناف خلال خمسة عشر يوما من تاريخ أمر الرفض". ويتم ذلك أمام رئيس المجلس القضائي ليفصل فيه في أقرب الآجال م4/312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بما أن القانون اقتصر في مسألة الحد الأدنى للزواج على عبارة "وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك..." نظرا لإطلاق نص المادة فإن القاضي في التشريع الوطني غير مقيد بسن أدنى يمنح فيه القاضي الترخيص بالزواج، غير أنه لا يمكن في جميع الأحوال النزول عن سن الخامسة عشر أو ستة عشر سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي والنفسي³.

¹ عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار أنسيكلوبيديا، الجزائر، د.س.ن، ص199.

² عمر زودة، المرجع نفسه، ص200.

³ بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص61. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص121.

المطلب الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج

أ. يعتبر من الوسائل الوقائية في الحد من الأمراض، كأمراض الدم الوراثية¹.
 ب. تمكين المقبلين على الزواج من التعرف على صحة بعضهم بعضاً²، للتفادي للأمراض الخطرة، من خلال الفحص السريري وكذلك فحص الرئتين إذا اقتضى الحال وتحليل فصيلة الدم طبقاً للمادة 3 من المرسوم التنفيذي 06154، وإعلام المعني بالأمر لمخاطر العدوى بان انتقالها إلى الزوج أو الذرية (م4 من المرسوم 06154)³، كما أن فحص فصيلة الدم يمكن من معرفة مدى تلازم أو تناقض ما بين دم الخاطبين، حيث لو كانت فصيلة دم الخاطبين سالبة في كل منهما سيموت الطفل بعد الولادة مباشرة إن لم يتم تبديل دمه⁴.

ج. التحقق من وجود أمراض مزمنة مؤثرة على مواصلة الحياة الزوجية⁵.

د. إخضاع النساء اللواتي لازرن في سن الإنجاب للفحوص الخاصة بمرض الحميراء والزواج بين الأقارب يكرس الأمراض الوراثية وينتج نسلاً ضعيفاً من الناحية الصحية وخاملاً من الناحية العقلية⁶.

- الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

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

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

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

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص131. صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص88.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص131. صفوان محمد عضيبات، المرجع نفسه، ص88.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص131.

⁴ ياسين محمد غادي، أهمية الثقافة الطبية للخطاب وفحصهم قبل الزواج، مجلة الشريعة للدراسات الإسلامية، مجلس النشر العلمي لجامعة الكويت، العدد40، 2000، ص301.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص132. صفوان محمد عضيبات، المرجع السابق، ص89.

⁶ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص131 و132.

مستقبلا على صحة الزوجين أو على الأطفال عند الإنجاب¹. الزواج ما لم يقدم طالبا الزواج هذه الشهادة الطبية، ليتأكد الموظف من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمه بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما، وبالتالي يقرر أي زوج إما العدول عن مشروعه في الزواج أو أن يتزوج رغم إصابته بأمراض معدية أو خطيرة، ويتحمل عندئذ المسؤولية الكاملة، ومن ثم لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية، خلافا لإرادة المعنيين².

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

لم يتضمن المرسوم أي عقوبة في حالة إخلال الطبيب بالتزاماته، بل تبقى المسألة متعلقة بضمير الطبيب، والملاحظ أن المادة 1/77 من قانون العقوبات تعاقب بالحبس من شهرين على الأكثر مع الغرامة إذا ما خالف الموثق أو ضابط الحالة المدنية الشروط الواجبة لتحرير عقد الزواج، كما أن المادة 26 من الأمر 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية تنص على أن يمارس ضابط الحالة المدنية تحت مسؤولياتهم المدنية الجنائية ومراقبة النائب العام³.

المطلب الثالث: أثر الإخلال بحكم الترخيص بزواج القاصر

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

1. البطلان:

الملاحظ أن هذه الجزاءات ليست وليدة قانون 11.84 أو تعديل 2005، بل هي مستقرة منذ قانون 2 ماي 1930 ثم الأمر 27459 المؤرخ في 4 فبراير 1959 وقانون 224.63 المؤرخ في 29 جوان 1963 بعد أن حدد قانون 32330 لسنة 1930 سن الزواج بخمسة عشرة سنة لكلا الجنسين أجاز استثناء للحاكم العام منح إعفاء من شرط السن متى توافرت مبررات خطيرة كما سبق الإشارة إليه اعتبر كل زواج مخالف لأحكام منح الإعفاء زواجا باطلا بطلانا مطلقا، دون أن توضح المادة أهذا قبل الدخول أم بعده أم في كلتا الحالتين.

أما أمر 27459 ورغم تعديله لسن الزواج، إلا أنه لم يأت بجديد في شأن مخالفة قواعده، ليكون قد أبقى ضمينا على ما جاء به قانون 32330.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص126.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص137.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص138 و139.

بعد الاستقلال صدر قانون 224.63 كأول تشريع أسري في ظل السيادة الوطنية إذ نصت المادة الأولى منه "لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة كاملة ولا المرأة قبل 16 سنة كاملة أن يعقد زواجا". ولكن قد يقدم شخص على تزويج ابنه أو بنته قبل بلوغه هذا السن، كما أن المراهق أو المراهقة قد تحدثه نفسه بالزواج قبل بلوغ السن المطلوبة فحكم الزواج هنا البطلان المطلق، بحيث يحق لكل ذي مصلحة من الزوجين أو من غيرهما الطعن في هذا الزواج بالبطلان، كما يحق للنيابة العامة ذلك والدليل على ذلك، ما جاءت به المادة 3 من قانون 224.63 "كل عقد زواج أبرم بالمخالفة لأحكام المادة الأولى يكون باطلا إذا لم يلحقه دخول. ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصيا أو ممن له مصلحة فيه أو من النيابة العامة".

هذا يعني أن الزواج في هذه الحالة مخالف للنظام العام، ومفهوم هذا الشرط هو عدم الدخول، انتقاء البطلان إذا حصل دخول، وليس هذا هو قصد المشرع، وإنما قصده إذا لم ينتج عن الدخول حمل، أو بلوغ الزوجين السن المطلوبة في الزواج¹، وإلى هذا أشارت المادة الرابعة من نفس القانون "لا يجوز مع ذلك الطعن في عقد الزواج الذي يبرمه زوجان لم يبلغ كلاهما أو أحدهما السن المشتركة، وذلك:

أ. إذا بلغ الزوجان السن القانونية.

ب. إذا حملت الزوجة التي لم تبلغ السن بعد.

فالحكمة من الاستثناء الأول أن بلوغ السن القانونية يكسبهما حق الزواج دون إذن قضائي، أما الاستثناء الثاني فالغاية منه حماية الحمل الناشئ عن الزواج، رغم عدم بلوغ الزوجة السن القانونية. إن المواد 32، 33، 34 و 35 من قانون الأسرة 11.84 رغم نصها على بطلان الزواج، إلا أنها لم تعبر عنه بصدد مخالفة شرط السن، بحيث أشارت إلى تخلف الصداق أو الشاهدين أو الولي عند وجوبه، وهذا طبيعي طالما أن الزواج الرسمي يستلزم السن أساسا فضلا عن ذلك فإن المادة 9 من ذات القانون حددت أركان الزواج في الرضا والولي والصداق والشاهدين، دون أن تشير إلى الأهلية. وهذا ما صححه تعديل 2005 الذي أضاف الأهلية إلى شروط الزواج، غير أن الفقرة الأولى من المادة 33 تنص على أنه "... يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

واختلال ركن الرضا مرده إلى عدة أسباب؛ كالإكراه، أو إبرام عقد الزواج من طرف الولي دون علم المولى عليه، أو التدليس أو نقصان الأهلية.

رغم هذا، يمكن الرجوع إلى نص المادة 223 من نفس القانون التي تلغي جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون. لذلك، فإن المادة 7 من قانون الأسرة المحددة لسن الزواج قد عدلت المادتين الأولى

¹ لكحل بن حواء، المرجع السابق، ص125.

والخامسة من قانون 1963، أما أحكام النصوص الباقية منه فيرى بعض الشراح أنها قابلة للعمل بها مادامت لم تخالف أحكام قانون 11.84. وبالتالي يمكن العمل بالمواد 3، 2 و 4 من قانون 1963 التي سبق الإشارة إليها لأنه لا يوجد ما يقابلها في القانون الحالي أو ما يخالفها أو ما يعارضها، فهي إذاً، سارية المفعول¹.

في حين يرى بعض الفقه أن المشرع لم يقرر أي جزاء عن مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج ولا يترتب عن ذلك إبطال العقد أو فسخه². وأن المشرع لم يضع حداً أدنى للسن في شأن الترخيص، بحيث يستطيع القاضي أن يمنح الرخصة لمن بلغ سن الخامسة عشرة من العمر مثلاً، ولا جزاء ضد من أبرم عقد زواجه خارج مكتب الموثق أو ضابط الحالة المدنية، على خلاف ما نصت عليه المادة الثانية من القانون 224.63 التي كانت تقرر العقوبات لذلك³.

يقول جانب آخر من الفقه أن المادة 7 من قانون الأسرة الحالي قد ألغت ضمناً نص المادة 1 من قانون 224.63⁴. ليعارضه اتجاه فقهي آخر بقوله على بطلان عقد الزواج الذي تم إبرامه من قبل شخص لم تتوافر فيه الأهلية المنصوص عليها في المادة 7 من قانون الأسرة، ولم يحصل مسبقاً على إذن قضائي⁵. وقد اعتبر الشراح الاتجاه الأخير هذا اتجاهاً عقلانياً، لأن تحديد سن الزواج في المادة 7 ق.أ.ج الغرض منه حماية الصغار وكذا المحافظة على رضائية العقد. فالزواج يقوم على التراضي والاختيار الحر للمتعاقدين، وهي أمور لا تتحقق إلا مع توافر الأهلية الكاملة وقت إبرام العقد⁶. أخيراً، فإن نص المادة 7 ق.أ.ج يعتبر ناسخاً للحكم الوارد في قانون 224.63، وذلك تغليباً لإرادة المشرع الحديثة⁷.

2. العقوبة الجزائية:

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

¹ عيسى حداد، المرجع السابق، ص 102 و 103.

² الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 31.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 61.

⁴ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص 197، عن عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، ص 98 و 99.

⁵ تشوار الجيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1999، العدد 4، ص 75.

⁶ بلحاج العربي، أحكام الزواج وآثارها، المرجع السابق، ص 197 و 198.

⁷ بلحاج العربي، أحكام الزواج وآثارها، المرجع نفسه، ص 199.

وهل ضمن القوانين المتلاحقة منذ الحقبة الاستعمارية إلى الآن.

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

فضلا عن تعرض قانون 224.63 لجزاء البطلان، فإن المادة الثانية منه نصت على أنه "يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية أو المأذون والزوجان وممثليهما القانونيون ومن أسهم معهم لعدم مراعاتهم السن، بالحبس من خمسة عشرة يوما إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من أربعة آلاف فرنك جديد¹، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

تعرض الأمر 20.70 الصادر في 19 فبراير 1970 المعدل في 1971 و1976 المتعلق بالحالة المدنية² والمنظم لاختصاصات ضباط الحالة المدنية ومساعدتهم وكذا التعامل مع سجلات الحالة المدنية، خصوصا في فصله الثاني، تحت عنوان "عقود الزواج" إلى التزام ضابط الحالة المدنية بوثيقة الإعفاء من شرط السن، متى أبرم عقد زواج قاصر، وأن جزاء مخالفة هذا الإلزام تعرضت إليه المادة 77 بنصها التالي: "يعاقب الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 441 المقطع الأول من قانون العقوبات. دون الإخلال بالمتابعات الجزائية يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل "يشير النص هذا إلى تعمد ضابط الحالة المدنية إبعاد الولي من إبداء رأيه في عقد الزواج لابنه القاصر. أما الفقرة الثانية من ذات المادة فتتص على أنه "... ويعاقب ضابط الحالة المدنية أو القاضي الشرعي الذي لم يطبق الإجراءات المقررة في هذا الفصل بغرامة لا يمكن أن تتجاوز 200 دج بموجب حكم صادر من المحكمة الناظرة في المسائل المدنية".

يتجلى واضحا أن قانون الحالة المدنية، بدوره، ضمن حماية لزواج القاصر سواء من تعسف الموظف المؤهل في حق ولي القاصر، أو في عدم احترام الموظف للقواعد المتعلقة بإبرام عقد الزواج.

¹ ورد التعبير بالفرنك الجديد لأن القانون صدر قبل إصدار العملة الوطنية "الدينار الجزائري".

² الأمر 20.70 بتاريخ 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 27/02/1970، ص274، المعدل بموجب القانون 14-08 بتاريخ 09/08/2014.

المبحث الثالث: صور وأحكام الفرقة الزوجية للزوج القاصر

لا تخلو الحياة الزوجية من تفاقم وتنافر بين الزوجين بحكم تعارض المصالح والأفكار فيصل الزوجان إلى درجة تستحيل فيها العشرة ليصبح الطلاق ضرورة ملحة

المطلب الأول: طلاق القاصر ومن في حكمه

أجمع الفقه الإسلامي على أن جملة من الشروط يجب توافرها فيمن يوقع الطلاق نظرا لخطورة هذا التصرف وهي البلوغ والعقل والحرية¹ ثم أن القانون أضاف السن القانونية أشرت فيما سبق إلى تعريف القاصر² وأن معيار القصور عند المشرع بعد العقل والحرية هو الرشد الذي يحدده سن قانوني يختلف من قانون لآخر فقد نصت المادة 83 من قانون الأسرة على أن من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يعتبر قاصرا ولا تعتبر تصرفاته صحيحة ما لم يأذن بها القضاء (م84 ق.أ.ج)³ كما أن نفس القانون اعتبر المجنون والمعتوه والسفيه في حكم القاصر كون أبطل تصرفاتهم حال الجنون أو العته أو السفه (م85 ق.أ.ج)⁴ هذا اقتداء بالفقه الإسلامي الذي أخذ بالتمييز فضلا عن البلوغ غير أن المشرع الجزائري تعارض، مع ذاته حين اعتبر تصرفات السفيه باطلة ليعتبره فاقد الأهلية في حين اعتبره ناقص الأهلية في نص المادة 43 من القانون المدني بصريح النص وناقص الأهلية يختلف عن فاقدها من حيث التصرف⁵ إذاً فناقص الأهلية (الصبي المميز) وفاقدها (المجنون والسكران والمدهوش والصبي غير المميز) وغير الحر) المكره (لا يجيز الشرع طلاقهم جميعا، ويخضعون لأحكام خاصة باعتبارهم قاصرا)⁶

1. طلاق الصبي:

نصت المادة 48 ق.أ.ج على أن الطلاق يتم بإرادة الزوج المنفردة دون أن يبين شروط المطلق ورغم سكوت المشرع عن هذه الشروط إلا أن نص المادة 85 ق.أ.ج تنظم تصرفات ناقص الأهلية أو فاقدها⁷ مما يوجب الأخذ بالفقه الإسلامي في هذه المسألة

¹ ابن رشد، المرجع السابق، ص537.

² انظر: صفحة 118 وما يليها.

³ نصت المادة 84 من قانون الأسرة أن "للقاضى أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أموال بناء على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لدي ما يبرر ذلك".

⁴ تنص المادة 85 من قانون الأسرة على أن "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه".

⁵ تنص المادة 43 من القانون المدني "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

⁶ الحافظ بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص344، ابن رشد، المرجع السابق، ص538.

⁷ عبد الفتاح تقي، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية، ثالة للنشر، 2000، ص53.

الصبي في نظر الفقه هو غير البالغ مميزاً كان أم غير مميز في حين يعرف القانون الصبي بالصغير الذي لم يبلغ بعد سن التمييز وهي ثلاثة عشرة سنة (م 43 ق.م.ج) فإذا كان الزوج صبياً غير بالغ ولو مميزاً وطلق لا يقع طلاق؛ لأن فوات شرط البلوغ يترتب عليه بطلان الطلاق عملاً بالسنة النبوية¹ فضلاً عن هذا فإن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق أحداً لزوجين أو كليهما فلا يجوز بالتالي تمليك الطلاق للصبي الذي لا يدرك معناه وعواقبه.

هذا ما أجمع عليه الفقه إلا الحنابلة الذين يوقعون طلاق الصبي رغم ما فيه من ضرر بشرط أن يدرك الصبي معنى الطلاق ولو لم يأذن له وليه فيه وذكر في قول عن مالك أن طلاق الصبي جائز مت ناهز الاحتلام²

أما قانون الأسرة فلم يشير إلى ذلك صراحة إلا ما ورد في نص المادتين 81 و82 ق.أ.ج وكون الصغير منعدم الإرادة عندما يكون غير مميز وناقصها إن كان مميزاً أي أن إرادته في كلتا الحالتين يشوبها العيب فلا يقع طلاق³ إلا ما ورد بالمادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن الزوج القاصر لا يرفع دعوى الطلاق إلا بواسطة وليه وهو إقرار ضمني من طرف المشرع بجواز طلاق القاصر إلا في حالة الطلاق بالتراضي.

المطلب الثاني: سير دعوى الطلاق والبت فيها

استناداً إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة التي لا تعتبر الطلاق قائماً ما لم يثبت بحكم قضائي فإن الزوجان ملزمين باللجوء إلى القضاء لطلب فك الرابطة الزوجية ومن هنا فإن الحكم لا يصدر إلا بعد تقديم الطلب وفق الأشكال المحددة قانوناً والدخول في مرحلة الصلح ثم المثلول لجلسة علنية.

¹ "روى عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها: أن رسول الله صل الله علي وسلم قال: رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتل حتى يبرأ وعن الصبي حتى يكبر سنن الدارمي المجلد الثاني كتاب الحدود باب رفع القلم عن ثلاثة الحديث رقم 226، د.ن، ص 225.

² ابن رشد، المرجع السابق، 538، علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، 145.

³ العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي كنوز الحكمة، 2013، ص 58.

لكن هل ساوى المشرع من حيث الإجراءات بين الزوج الراشد والزوج القاصر أم وضع استثناءات لحماية ناقصي الأهلية وعاديتها في مسألة الطلاق؟ لذلك فإن هذا المطلب سيحتوي على فرعين:

الأول متعلق بإجراءات سير الدعوى إلى غاية تهيئة الملف للفصل فيه والثاني متعلق بالفصل في دعوى الطلاق وما يلحق حكمها من الآثار.

الفرع الأول السير في دعوى الطلاق والحضانة

يعتبر السير في دعوى الطلاق مرحلة من المراحل التي تمر بها الخصومة إلا أن هذه الدعوى تتميز بمرورها على مرحلة الصلح الوجوبية بغرفة المشورة

أولاً . الجلسات:

بعد تقديم الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا طلب فك الرابطة الزوجية أمام كتابة الضبط لقسم شؤون الأسرة في شكل عريضة مستوفية لكافة بياناتها يبلغ المدعي أو كلاهما بتاريخ أول جلسة . الجلسات العلنية:

نصت المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "الجلسات علنية ما لم تم العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة"¹ مما يجسد مبدأ المحاكمة العادلة نتيجة اشتراك المجتمع المدني فيها أين يواجه المدعي خصم علانية ويطالب هذا الأخير بتقديم مذكرة جوابية إلى أن يكتفي أحدهما أو يتجاوز الرد الجلسات المحددة ولا يعد حضور الزوجين في الجلسات العلنية إلزاميا غير أنه إذا كان أحد الطرفين قاصرا فلا يستطيع الحضور بنفس بل لابد من حضور نائبه القانوني أو القضائي حسب الأحوال.

1. جلسات الصلح وأحد الزوجين قاصر:

نظرا لما يجره فك الرابطة الزوجية من آثار سلبية على الأسرة والمجتمع فإن القانون قد ألزم القاضي بإقامة الصلح بين الزوجين على أمل تجنب الطلاق فبعد أن أوردت المادة (49)

¹ أنظر المادة 7 من ق.إ.م.إ.

ق.أ.ج)¹ نصا مبدئياً يتعلق بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي وأن أي طلاق عرفي يقع شفهيًا ضمن قواعد الفقه الإسلامي لا يعتد به قانوناً ولا يحتج به تجاه الغير فلا يجوز للمحكمة أن تقره إلا بعد قيام القاضي بعدة إجراءات للصلح يحاول خلالها تهيئ أحد الطرفين² وقد تعرضت المحكمة العليا إلى الصلح في عدة قرارات³ غير أنها كانت تعتبر الصلح إجراء غير جوهري ثم اعتبرت بمقتضى نص المادة 49 من قانون الأسرة.

¹ أنظر المادة 49 من ق.أ.ج.

² عبد العزيز سعد قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط2، دار هومة للنشر، الجزائر، 2013، ص119.

³ قرار نص "من المقرر قانوناً أن لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكيم للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون" قرار رقم 570 بتاريخ 1989/6/6 قرار موال "من المقرر قانوناً أن لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون" قرار رقم 57812 بتاريخ 1989/12/25 م ق 1991 عدد3، ص71. بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص233.

الفصل الثاني:

آثار زواج القاصر وطلاقه

الفصل الثاني:

بعد إبرام عقد الزواج يحتل كل من الزوج و الزوجة مركزا قانونيا يكتسب من خلاله حقوقا تجاه الطرف الآخر ، كما تترتب عليه واجبات، تأخذ حكم آثار الزواج. وإذا فكت الرابطة الزوجية بين زوجين الراشدين أو قاصرين كانا بطلاق أو تطليق أو خلع أو فسخ لنكاح فاسد أو نكاح شبهة ترتبت عن ذلك آثار شخصية كالرجعة والعدة بأنواعها والحضانة في شقها الشخصي كالإلتزام بالتربية والرعاية ومالية كالنفقة على المعتدة والمحضونين والتعويض، ولكل من هذه الآثار أحكام الشرعية والقانونية وهناك من صنف هذه الآثار بحسب من تعود عليه فمنها آثار تعود على الزوجين وهي العدة والنفقة وآثار تعود على الأولاد وهي النسب والحضانة¹.

المبحث الأول: آثار زواج القاصر

بعد إبرام عقد الزواج يحتل كل من الزوج والزوجة مركزا قانونيا يكتسب من خلاله حقوقا تجاه الطرف الآخر كما تترتب عليه واجبات تأخذ حكم آثار الزواج طالما أن المشرع أجاز للقاصر حق الزواج متى تبينت له مصلحة في ذلك وباعتبار الزواج تصرفا يمنح للزوجين مركزا قانونيا جديدا يحظ بحماية القانون كما يترتب عن مجموع من الإلتزامات المتبادلة فيما بين الزوجين فضلا عن جملة من الآثار فإن هذه الإلتزامات قد تكون محل إخلال مما يستدعي حق الطرف المتضرر أن يلجأ إلى القضاء ومن بقية الآثار أيضا حق التصرف فيما نتج عن الزواج كالصداق والنفقة والأموال المشتركة.

المطلب الأول: أهلية التقاضي للقاصر

يعد التقاضي حق للفرد في حماية حقه، يمارسه من خلال رفعه لدعوى قضائية هذه الدعوى التي يراها البعض مظهرا من مظاهر الحق، حيث يظل الحق ساكنا فإذا وقع عليه اعتداء تحرك للدفاع عن نفسه، ويسمى في هذه الحالة بالدعوى، لذلك فالحق والدعوى يوجدان معا، ويبقى أحدهما ببقاء الآخر²

الفرع الأول: أهلية التقاضي للقاصر

رغم قانون الأسرة على أن القاصر المرشد للزواج يكتسب أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار الزواج، فإن هذه الأهلية ليست شرطا لقيام الدعوى، كالصفة³. بل هي شرط لمباشرة الدعوى، الأمر الذي دعا

¹ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص221.

² عمر زوده، المرجع السابق، ص26.

³ أحمد عمر بوزريقة، قانون المرافعات، ج1، جامعة قان يوسف، بنغازي ليبيا، 2003، ص115.

المشرع إسقاطها من جملة الشروط ضمن التعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية. وهي تعرف نوعين:

1- أهلية الاختصاص:

تحل محل أهلية الوجوب في المجال الإجرائي، أي أهلية الشخص لاكتساب المركز القانوني للخصم، مما يترتب عن ذلك من حقوق والتزامات وهي تدور وجودا وعدما مع الشخصية القانونية.¹

2- أهلية التقاضي:

هي بمثابة أهلية الأداء في المجال الإجرائي أيضا، أي صلاحية الفرد لمباشرة الإجراءات القضائية بنفسه فإذا كانت أهلية التقاضي لا تثبت علميا إلا للراشد بحسب نص المادة 40 من القانون المدني، فهل تثبت للقاصر استثناء؟ وما الحكمة من إلغاء نص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية؟ كانت المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية قبل الإلغاء قد اعتبرت كلا من الصفة والمصلحة والأهلية شروطا لرفع الدعوى، ومتى تخلف شرط رتب عدم قبول الدعوى إطلاقا. أما المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد قضت ببطان الإجراءات متى انعدمت الأهلية. قضاء أن الأهلية ما هي إلا شرط لصحة الخصومة لا من شروط المدعي² المطالبة القضائية، وذلك للأسباب التالية:

- أ. لفاقد الأهلية وناقصها حق في الدعوى لحماية حقه أو مركزه القانوني، فلو سلمنا بثبوت الأهلية لجردنا القاصر من حقه في رفع الدعوى.
- ب. الأهلية مرتبطة بالعمل الإجرائي، وليس بالدعوى، فصاحب الحق الموضوعي ينشأ له الحق في الحماية القضائية، بغض النظر عن أهليته.
- ج. الجزاء المترتب على تخلف الأهلية هو بطلان الإجراء القضائي (م64 ق.إ.م.إ) وليس عدم القبول، مثلما رتب القانون المدني على تخلف الأهلية بطلان التصرف.
- د. إن تخلف الصفة أو المصلحة أثناء سير الخصومة يرتب عدم القبول، في حين، لا ينطبق هذا على الأهلية، إذ غيابها يؤدي إلى انقطاع الخصومة ريثما يسترجع الخصم أهليته ويتابع السير فيها.

¹ بوشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، وما يليها.

² طاهري حسين، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، دار ربحانة للنشر، الجزائر، 2002، ص29.

استنادا إلى هذه الحجج وغيرها، فإن المشرع قد استعاض عن المادة 459 بالمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، فاكتفى بالصفة والمصلحة كشرطين لرفع الدعوى وتتجلى الحكمة أيضا من إبعاد شرط الأهلية في رفع الدعوى، في أن الصفة تنشأ للفرد منذ نشوء الحق لديه، فالدائن مثلا، لا يعتبر ذا صفة إلا إذا أثبت دينه لدى المدين والزوج لا يعتبر كذلك إلا أثبت زوجيته قانونا. فمتى ثبتت الصفة العادية للفرد ثبتت الصفة الإجرائية تباعا، حتى تخول لصاحبها حق المباشرة القضائية متى كان متمتعا بأهلية الأداء. أما لو كان قاصرا فينصرف هذا الحق إلى نائبه. وهذا ما جعل المشرع يستغني عن أهلية التقاضي.

هذه هي القاعدة العامة، فهل من استثناء لها، أو بمعنى آخر هل منح المشرع للقاصر أهلية التقاضي في حالات معينة؟

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 7 من قانون الأسرة على أنه "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

3. مفهوم نص الفقرة الأخيرة من المادة 7 ق.أ.ج.

عند استقراء النص يستنتج ما يلي:

أ. أكسب المشرع الزوج القاصر الأهلية المدنية في حدود ضيقة والتي تهم كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. وعلى اعتبار أن الزواج فيه تكاليف والتزامات ومسؤوليات، كالنفقة والأولاد والخصومات المتعلقة بالأحوال الشخصية، فإنه يجوز للزوجة القاصرة المطالبة بحقوقها ولها صفة المدعي².

ب. أكسب المشرع للزوج القاصر أهلية التقاضي مساويا في ذلك بين الزوجة والزوج ومستعملا عبارة القاصر ليشمل ناقص الأهلية وفاقدها كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه. ففي دعوى الطلاق مثلا، نصت المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته. يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص". في حين تنص المادة 437 من ذات القانون "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو

¹ بعد إلغاء نص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والاستعاضة عنه بالمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أسقط المشرع شرط الأهلية من شروط رفع الدعوى. لأنها ليست شرطا لقبول الدعوى، وإنما هي شرط لصحة التقاضي، لأن الشخص يفقد أهليته أثناء سير الخصومة، أين يحل محله نائبه، وهذا خلاف للصفة والمصلحة اللتين لا يمكن أن يستعويض عنهما فاقد الأهلية بشخص آخر. عادل بوضياف، المرجع السابق، ص35.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص204.

مقدمه، حسب الحالة". فالمشرع هنا بسط حماية واسعة على فاقد الأهلية، كونه منع رفع دعواه في الطلاق بالتراضي ما دام فاقدًا لأهليته.

ج. استند المشرع في هذه الرخصة إلى ثبوت المركز القانوني الذي احتله القاصر بواسطة الترخيص القضائي له بالزواج (م 9 مكرر ق.أ.ج).

د. ساوى المشرع بين القاصر والراشد في حق التقاضي فيما تعلق بآثار الزواج فقط دون بقية ما يلحق الزواج كالطلاق. لأن الطلاق تصرف مستقل عن آثار الزواج.

هـ. كان للمشرع أن يوضح آثار الزواج، وهي تلك الآثار التقليدية (الصداق، النسب، النفقة، حقوق وواجبات كلا الزوجين) أم انصرف إلى الذمة المالية المشتركة أو حق الاشتراط في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق مثلا (م 19 ق.أ.ج)؟

إذا ما تقيدنا بظاهر النص فإن الفقرة الثانية من المادة 7 ق.أ.ج نصت "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات" فإن آثار الزواج حصرتها المادتان 36 و 37 ق.أ.ج. في المعاشرة بالمعروف، التعاون، التشاور، والنظام المالي للزوجين، والنسب، والنفقة¹. مما يلاحظ أن الحقوق السالفة الذكر منها ما هو أخلاقي كالمعاشرة بالمعروف ومنها ما هو مالي كالنفقة والتوارث ومنها ما هو شخصي كالنسب.

و. اعتبر المشرع القاصر في مسائل الزواج كالقاصر المأذون له بالتجارة، قياسا حيث يشترك الترخيص بالزواج والإذن بالتجارة في كون كلا التصرفين محدودا، وتجاوز للقاصر المنازعة في شأن هذا التصرف.

يبين ظاهر النص أن القاصر متى أذن له بالزواج وأبرم العقد، أصبح أهلا لمباشرة إجراءات التقاضي فيما تعلق بآثار الزواج دون حاجة إلى وليه، وهذا إذا كان القاصر قادرا على مواجهة الخصم. إلا أن المعمول به في المحاكم أثبت أن القاضي يرفض الدعوى شكلا متى رفعت من طرف القاصر مباشرة افتراضا أنه غير قادر على مواجهة خصمه.

بخلاف قانون الأسرة، فإن المشرع المصري مثلا، في قانون تنظيم بعض حالات إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية لسنة 2000، بالمادة الثانية أثبت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية لمن أتم 15 سنة، متمتعًا بقواه العقلية².

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص 513. سامح عبد السلام، نظام الأسرة بين حضارتين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 115 وما بعدها. محمد الكشور، المرجع السابق، ص 298. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 97.

² نصت المادة الثانية من قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري المعدل بالقانون 91 لسنة 2000 "تثبت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة، متمتعًا بقواه

أما مدونة الأسرة المغربية فقد أخذت بما جاء به قانون الأسرة من حيث أهلية التقاضي¹. غير أن القانون السوري للأحوال الشخصية ساوى بين الراشد والقاصر المأذون له بالزواج في مسألة أهلية التقاضي².

الفرع الثاني: الصفة والمصلحة

إن الحياة الزوجية، كما سبق بيانه تقتضي ترتيب حقوق والتزامات لطرفي العقد ومتى أُخِلَّ بالتزام أو اعتدي على حق وجب اللجوء إلى القضاء، ولا يستقيم هذا إلا بتوافر شروط. فبحسب نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا يتحقق حق رفع الدعوى إلا إذا توافر شرطان؛ حصرهما المشرع في كل من الصفة والمصلحة القائمة أو المحتملة. أما أهلية التقاضي فتعتبر لدى بعض الفقه شرطاً من شروط صحة الدعوى³.

1. الصفة: الصفة هي علاقة تربط أطراف الدعوى بموضوعها، فلا تقبل الدعوى إلا إذا كان المدعي يدعي حقاً أو مركزاً قانونياً لنفسه، أو بواسطة نائب، اتفاقي كان أم قانوني⁴. وانتفاء الصفة لا يعني انتفاء المصلحة، فقد توجد الثانية ولا توجد الأولى. كالأب الذي يطلب تطليق ابنته من زوجها دون حضورها للمرافعات، أو كالتاجر الذي يطلب إبطال عقد الشركة التي تتافسه، فهذا التاجر له مصلحة، ومع ذلك لا تقبل دعواه، لانعدام الصفة. وهي من حيث تصنيفها، نوعان:

أ. **الصفة العادية:** أو الصفة الموضوعية.

هي تلك الوضعية القانونية التي تفيد ارتباط رافع الدعوى بالحق المعتدى عليه، أو المركز القانوني محل المنازعة. وهذه الحالة القانونية تتوافر في الشخص بصفة أصلية أو بمقتضى تمثيل قانوني. وهي أيضاً صلاحية الشخص للدعاء بالحق المعتدى عليه⁵. وتعتبر الصفة الموضوعية تلك العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، كصفة الزوج في دعوى الطلاق مثلاً. فلا يجوز للولي مثلاً أن يرفع دعوى طلاق موليته من زوجها⁶.

العقلية. وينوب عن ناقص الأهلية وعديمها ممثله القانوني، فإن لم يكن له من يمثله أو كان هناك وجه لمباشرة إجراءات التقاضي بالمخالفة لرأي ممثله أو في مواجهته، عينت المحكمة له وصي خصومة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير".

¹ نصت المادة 22 من مدونة الأسرة المغربية "يكتسب الزوجان طبقاً للمادة 20 أعلاه الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

² نصت المادة 166 من قانون الأحوال الشخصية السوري "يعتبر القاصر المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه".

³ عمر زوده، المرجع السابق، ص43.

⁴ بويشير محند أمقران، المرجع السابق، ص67.

⁵ سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص10.

⁶ قرار عن المحكمة العليا نصه "ترفع دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء من طرف الزوجة وليس من طرف الولي". ملف رقم 369494 بتاريخ 2006/10/11، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، ص1413.

ب. الصفة الإجرائية:

هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية بنفسه متى كان راشدا وقادرا على ذلك، أما لو كان في حالة استحالة مادية أو استحالة قانونية فليغيره مباشرة الإجراءات نيابة عنه. تتجلى الاستحالة المادية في كون صاحب الحق أهلا لمباشرة الإجراءات القضائية، سوى أن وضعه الفعلي يحول دون ذلك؛ مثل الغائب (م110 ق.أ.ج) أو الشخص المعنوي الذي يتعذر عليه الأمر كذلك (م50 ق.م.ج). أما الاستحالة القانونية فلها علاقة مع الأهلية، كعدم الأهلية، وناقص الأهلية غير المسموح له بالتقاضي. فهما صاحبان حق وعاجزان عن مباشرة الإجراءات القضائية لتحال إلى النائب، ولما كان أم وصيا أم مقدما. بمعنى أن هناك من يملك الحق في الدعوى ولا يملك الحق في استعمالها أمام القضاء¹.

يترتب عن الاختلاف القائم بين الصفة العادية والصفة الإجرائية، ما يلي:

عند تخلف الصفة العادية في الدعوى، تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى. وعند تخلف الصفة الإجرائية، تحكم ببطلان إجراء المطالبة القضائية. وزوال الصفة العادية يؤدي إلى انقضاء الدعوى، أما زوال الصفة الإجرائية فيؤدي إلى انقطاع الخصومة.

فقد تتوافر الصفة لدى الشخص لكن الدعوى التي يرفعها لا يرتجى من ورائها مصلحة، ففي هذه الحالة دعواه غير مجدية. لأجل ذلك، اشترط المشرع المصلحة بجانب الصفة لرفع الدعوى حتى تتحقق جدية المدعي من هزله.

2. المصلحة:

هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية، من التجائه إلى القضاء. وهي الدافع رفع الدعوى، "فلا دعوى بدون مصلحة". فهي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له. ومتى لا تعود بفائدة، فإن الدعوى لا تقبل². وهي أيضا السبب الذي من أجله يرفع المتقاضي دعواه، فرفع الدعوى بما يطلبه المدعي يحقق له مصلحة بصيانة حق قانوني أو مركز قانوني يخصه³. ومن خصائص المصلحة أن تكون قانونية تركز إلى حق أو مركز قانوني جدير بالحماية القانونية، فلا فرق بين أن تكون مادية أو معنوية، جدية أم تافهة. وأن تكون شخصية كأصل عام واستثناء من هذا الأصل، أجاز المشرع لأشخاص رفع دعاوى رغم عدم توافر مصلحة شخصية. مثل

¹ عمر زوده، المرجع السابق، ص66.

² عبد الحكيم فوده، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص48 و49.

³ حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص75.

الولي الذي يقاضي لمصلحة موليه عديم أو ناقص الأهلية أو نقابة عمال لصالح بعض عمالها، أو النيابة العامة لصالح الغير، وقد أكد المشرع الأسري هذا في اعتباره للنيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة (م 3 مكرر ق.أ.ج).

أما من حيث قيامها، فإن القانون قد ساوى بين المصلحة الحالة القائمة والمصلحة المحتملة، نظراً لتطور المعاملات التي تحتل أضراراً مستقبلية للأفراد، ويصبح الغرض من الدعوى، الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليل عن النزاع فيه¹.

ثم أن كثيراً من التشريعات أدخلت كثيراً من الاستثناءات التي تسمح بالدعوى الوقائية أو الحماية للمطالبة بإجراءات تحقيق، مقبولة قانوناً، قصد الانتفاع بها في دعوى مستقبلية. كدعوى وقف الأشغال أو دعوى مضاهاة الخطوط. كما أن الاجتهاد أصبح يقبل أكثر فأكثر هذا النوع من الدعوى. والمشرع الجزائري اعتبر المصلحة المحتملة كافية لتأسيس الدعوى، على أن يحدد الاجتهاد هذا المفهوم.² ومصلحة الزوج القاصر تظل قائمة طالما يحتل مركز الزوجية ويتمتع بما يترتب من العلاقة الزوجية من حقوق والتزامات.

المطلب الثاني: حق القاصر في التصرف

إذا كان المشرع الأسري الجزائري قد أجاز تزويج الصغار اقتداءً بالفقه الإسلامي لمصلحة أو ضرورة يقدرها القاضي، تعود نفعاً على القاصر، فإن هذا الزواج يعتبر بعد الإذن صحيحاً مرتباً لكافة آثاره المالية وغير المالية. وتنحصر آثاره المالية في كل من الصداق من حيث قيمته، قبضه والتصرف فيه، فضلاً عن النفقة من حيث تمكينها والتصرف فيها، ثم الأموال المشتركة بين الزوجين، متى وجدت.

الفرع الأول: التصرف في الصداق

عرفت المادة 14 من قانون الأسرة الصداق أنه "ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء". نظراً لعمومية مدلول هذه المادة وبعد استقرائها وجب طرح التساؤلات التالية إذا تزوج زوج قاصر امرأة راشدة، ودفع صداقاً مبالغاً في قيمته أو زاد عن الحد المتعارف عليه.

إذا ثار نزاع في شأن قبض الصداق من عدمه، أيؤخذ بقول الزوجة القاصرة أو الزوج القاصر، وهل إقرار كل منهما صحيح قانوناً، أم يؤول ذلك إلى الولي، أو بمعنى آخر، أيعتبر خطاب المادة 17 ق.أ.ج موجهاً للزوجين حصراً أم للأولياء أيضاً؟

¹ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 51.

² عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر، 2000، ص 62.

إن التساؤلات السابقة تشترك في موضوع واحد؛ هو تصرف القاصر في الصداق سواء أكان الزوج أم الزوجة. فما مفهوم التصرف إذاً؟

التصرف هو ما يصدر من الشخص المميز بإرادته، قولاً أو فعلاً، تترتب عنه نتيجة وهو يشمل الالتزام والعقد معاً. وقد يكون في التصرف التزام بإنشاء حق كبيع أو هبة وكذا بإسقاط حق؛ كإبرام ذمة، كما قد يكون خالياً من كل ذلك؛ كاليمين أو الإقرار بحق سابق.

ولا فرق في التصرف بين الأفعال والأفعال¹. والتصرف أيضاً أعم من العقد حيث يتناول ما كان بإرادتين، أو بإرادة منفردة، وإن كل عقد تصرف، وليس كل تصرف عقداً².

ينحصر التصرف في أعمال الإرادة بإبرام العقود وتقبل الهبات، والقيام بالتبرعات ولا شك أن هذه التصرفات تؤثر إيجاباً أو سلباً على الذمة المالية للشخص. فحماية لأموال القصر أحاط المشرع تصرفاتهم بضوابط قانونية تحكم تصرفاتهم وفق تدرج أهلية الأداء.

أولاً: تصرفات عديم الأهلية:

يعتبر غير المميز أو من في حكمه؛ كالمجنون والمعتوه غير أهل للتصرفات ولو كانت نافعة لهم، وتقع كل العقود التي يبرمونها تحت طائلة البطلان المطلق ولا تصححها الإجازة. بدليل أنه لا يمكنهم قبول الهبة إلا بواسطة أوليائهم، وهذا ما أخذت به المواد 81 82 و83 من قانون الأسرة، المستندتين إلى المادة 42 من القانون المدني³. سوى أن الشارع الحكيم لم يوصد باب المنفعة في وجه عديم الأهلية، بل أقام بجانبه شخصاً راشداً يتولى شؤونه الشخصية والمالية عملاً بقوله تعالى: «... فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَعِيهَاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ لِوَلِيِّهِ، بِالْعَدْلِ...»⁴ وتعتبر المادة 82 ق.أ.ج قرينة قاطعة على بطلان تصرفات عديم الأهلية، حيث لا يجوز له إدعاء التمييز أو الأهلية لإضفاء الشرعية على تصرفاته، طالما أن الأهلية من النظام العام.

¹ أحمد فراج حسين، المدخل للفقهاء الإسلاميين، منشورات الحلبي، بيروت، 2002، ص393.

² عبد الله السامرائي، المرجع السابق، ص205.

³ بسط المشرع حمايته على فاقد الأهلية في شأن تصرفاته، ليعتبرها باطلة ولو كانت نافعة له، ما لم ينب عنه ولي أو مقدم. وفاقد الأهلية في نظر المادة 82 هو الصغير غير المميز (أي دون الثالثة عشرة من العمر) كما يدخل في حكمه كل من المجنون والمعتوه، متى تصرف وقت الجنون أو العته. أما السفیه المنصوص عليه مع المجنون والمعتوه، فهو موضوع تناقض لدى المشرع، حيث اعتبره في نص المادة 85 من قانون الأسرة فاقدًا للتمييز بالنص التالي "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون والعته والسفه". يستنتج مما سبق أن تصرفات السفیه غير نافذة في حين أن القانون المدني، وفي نص المادة 43 منه اعتبر السفیه ناقص الأهلية وليس عديماً لها، وهذا هو الصواب لأن الفقه الإسلاميين لم يدرج السفیه ضمن عديمي الأهلية، بحيث أجاز له أن يبرم عقد زواجه بنفسه، بخلاف المجنون والمعتوه.

⁴ سورة البقرة، الآية: 281.

ثانياً: تصرفات ناقص الأهلية:

يختلف ناقص الأهلية عن فاقدها بالتمييز، فتصرفاته النافعة نفعا أو تصرفات الإغتناء تعتبر صحيحة؛ كقبول الهبة، أما التصرفات الضارة فليس له مباشرتها، لأنه بصددتها يعتبر عديم الأهلية، وتعد بالتالي باطلة بطلاناً مطلقاً (م83 ق.أ.ج)، أما المترددة بين النفع والضرر كالزواج والبيع والرهن¹، تبقى مرهونة بإجازة الولي، أو من طرف من قام بالتصرف عند بلوغه سن الرشد. وترد على تصرفات ناقص الأهلية جملة من الاستثناءات:

1. حالة القاصر المأذون له بالتجارة:

أجاز القانون التجاري² للقصر مزاوله الأعمال التجارية، لكن بالتدرج، فلا يمكنهم ممارسة النشاط التجاري مباشرة لأنهم في مرحلة التجربة، كما اعتبرهم القانون قصراً في مواجهة الآخرين في بعض التصرفات التجارية كالتعهدات³.

2. حالة إبرام عقد العمل:

باعتبار العمل حقاً لكل شخص، فإن من شروط الأجير أن يتمتع بأهلية التعاقد ما دام العمل يرتب التزامات على الأجير وعلى المستخدم في نفس الوقت، لذلك نصت المادة 15 من القانون 11.90 المتعلق بعلاقات العمل⁴، على أنه "لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ست عشرة (16) سنة إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين، التي تعد وفقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

ولا يجوز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وليه الشرعي، كما لا يجوز استخدام العامل القاصر في الأشغال الخطيرة أو التي تتعدم فيها النظافة أو تضر صحته أو تمس بأخلاقه".

¹ علي محي الدين القرعة داغي، المرجع السابق، ص276.

² القانون التجاري الصادر بالأمر 59.75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية 101 في 19/12/1975، ص1306.

³ نصت المادة 5 من القانون التجاري "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكراً كان أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يرد مزاوله التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشداً بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية إذا لم يكن قد حصل مسبقاً على إذن والده..." كما نصت المادة 1/6 من نفس القانون "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقاً للأحكام الواردة في المادة 5، أن يربتوا التزاماً أو رهناً على عقاراتهم".

⁴ قانون رقم 11.90 المؤرخ في 21/4/1990 المعدل والمتمم، المتعلق بعلاقات العمل، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 17، بتاريخ 25/4/1990، ص562.

فالمشروع بسط حماية على القاصر في شأن علاقات العمل وقيد تعاقدته برخصة وليه الشرعي. كما رتب نفس القانون جزاءات عقابية على من خالف أحكام المادة 15 السالفة الذكر¹.

3. حالة الإذن بزواج القاصر:

مادام الزواج حقا لكل شخص طبيعي، باعتباره من التصرفات المترددة بين النفع والضرر، مع كونه فطرة بشرية جبل الناس عليها، فإن الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية قد وضعت للزواج أحكاما، من بينها أهلية الزواج، ووضعت استثناء يرخص بمقتضاه لناقص الأهلية بالزواج، متى كان نافعا له. والغاية من الإذن حماية القاصر بالدرجة الأولى. وهذا ما نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة².

4. الأموال المخصصة لأغراض النفقة:

حيث أجازت بعض التشريعات للقاصر حق التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه من أجل النفقة، ويصبح التزامه بالتعلق بالنفقة في حدود هذا المال³.

ثالثا. تصرفات كامل الأهلية: تعتبر كلها صحيحة.

إذا كان الصداق التزاما على الزوج وحقا للزوجة، فهل من استثناء للزوج القاصر؟

رابعاً. تصرفات الزوج القاصر في الصداق.

باعتبار الصداق شرطا من شروط صحة الزواج (م9 مكرر ق.أ.ج) والزوج ملزم بدفعه حال العقد أو بعد الدخول، ثم أن المشرع لم يضع حدا أدنى للصداق ولا حدا أقصى له ليقب الزوج حرا في تقدير الصداق بحسب كفايته. ونظرا لتطور الحياة الاجتماعية وترقية المستوى المعيشي، فضلا عن التسابق في المغالاة في المهور، فإن الصداق أصبح ذا أهمية مما يستدعي النظر إلى الزوج القاصر حال دفع الصداق، أهو حر في ذلك أم يخضع لولاية وليه المالية؟

¹ نصت المادة 141 من قانون العمل "يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1000 إلى 2000 دج على كل توظيف عامل قاصر لم يبلغ السن المقررة إلا في حالة عقد التمهين المحرر طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. وفي حالة العود يمكن إصدار عقوبة حبس تتراوح من 15 يوما إلى شهرين، دون المساس بالغرامة التي يمكن أن ترفع إلى ضعف الغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة". كما نصت المادة 142 من نفس القانون "يعاقب كل من ارتكب مخالفة لأحكام هذا القانون المتعلقة بظروف استخدام الشبان والنسوة بغرامة مالية تتراوح من 2000 إلى 4000 دج. وتطبق كلما تكررت المخالفة المعايينة".

² نصت المادة 7 ق.أ.ج "تكتمل أهلية الرجل والمرأة للزواج بتمام (19) سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

³ مصطفى الجمال ونبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي، بيروت، 2002، ص564.

1. دفع الزوج القاصر للصداق:

نصت المادة 15 من قانون الأسرة على أن الصداق يحدد في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً، فالمشرع لم يشترط أي شرط في التعجيل والتأجيل، ولم يفرق بينهما من حيث الآثار إلا أنه استلزم التعيين عند العقد. ويشترط للتأجيل أن يكون الأجل معلوماً وألا يكون الأجل بعيداً جداً لخمسین سنة فأكثر، لأنه مظنة إسقاط الصداق، والدخول على إسقاط الصداق مفسد للعقد¹.

طالما أن المشرع أجاز للذكر القاصر أن يتزوج بترخيص قضائي، فإنه ملزم بدفع الصداق لزوجته (م14 ق.أ.ج) من ماله إن كان له مال أو من مال أبيه إن كان تحت رعايته، ولا مال له. في الحالة الأولى، أله مطلق الحرية في تقدير الصداق بنفسه؟ ألا يتوقع أن يقع استغلال مخطوبته، بسبب قصور إدراكه ورعونته؟

إن دفع الصداق من أعمال المعاوضة، أي التصرفات المالية المترددة بين النفع والضرر. والقاعدة العامة أن تصرفات القاصر من هذا النمط لا تنفذ إلا بإجازة ولي له أن ينقص من الصداق ما تجاوز صداق المثل. ولا يجوز للزوج القاصر أن يزيد على الصداق المحدد من طرف وليه في مجلس العقد، ما دام هذا الزوج غير أهل لهذا الصنف من التصرفات.

2. قبض الصداق والتصرف فيه:

أما لو سلم الصداق للزوجة، كله أو بعضه، فلا يعدو أن يتردد حال الزوجة بين الراشدة أو القاصرة، فإن كانت راشدة كان التسليم والقبض صحيحين، أما لو كانت قاصرة بسبب السن أو بعارض من عوارض الأهلية، لا تتمتع بأهلية الولاية على المال فلا يحق للزوج أن يقبضها صداقها، بل يسلمه لصاحب الولاية على مالها وهو الأب فوصيه فالجد من الأب، فوصيه، فالقاضي، فوصيه² كذلك لو عينت لها وكيلاً في الزواج وقبض المهر فإنه يملك قبضه بصفته وكيلاً في القبض لا في الزواج³. ولا ولاية لأعمامها أو إخوانها أو أمها أو أخوالها. ولا شك أن التسليم يفضي بدهاءة إلى التمليك الذي يعطي للمالك حق الاستئثار، أي التصرف المطلق بما لا يخالف النظام العام والآداب.

هذا ما نصت عليه المادة 14 من قانون الأسرة "... الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء". فالصداق بعد القبض يصبح ملكاً للزوجة، سوى أن النص لم يشر في القبض إلى أهلية القبض، بحيث اعتبر بسكوته هذا قبض القاصرة قبضاً صحيحاً. ولها تمام الحرية في التصرف فيه بكافة أنواع التصرفات، وفق أحكام المادة

¹ عبد الفتاح تقي، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، المرجع السابق، ص135.

² محمود محمد الشيخ، المهر في الإسلام بين الماضي والحاضر، المكتبة العصرية، بيروت، 2000، ص89.

³ عبد الفتاح تقي، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، المرجع السابق، ص136.

83 من قانون الأسرة. وإن ماتت يتحول لورثتها سواء قبضته أم لم تقبضه. والزوج أحد الورثة. فله النصف إن لم يكن لها ولد وله الربع إن كان لها ولد، لقوله تعالى: «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَ...»¹ وهذا ما أخذت به المادة 144 من قانون الأسرة التي أدرجت الزوج بدون أولاد ضمن أصحاب النصف، في حين أدرجت المادة 145 من ذات القانون الزوج ذا الأولاد من ضمن أصحاب الربع في تركة زوجته.

وإذا نقلت الزوجة ملكية الصداق لزوجها بيعا أو تبرعا ثم طلقها لم يكن لها أن تطالبه بشيء². ويأخذ التصرف في الصداق عدة صور؛ منها:

أ. الحط من الصداق:

حيث لو حدد للزوجة صداق أقل من صداق مثيلاتها وكانت قاصرة جاز الاعتراض من وليها وطلب رفع الصداق، وإن كانت راشدة جاز لها أن تقبل بما حدد أو تتنازل عنه لزوجها، إنما يشترط في هذا التصرف أن تكون أهلا للتبرع، لأن الحط من الصداق تصرف مالي مفقر.

ب. التبرع بالصداق:

لممارسة التبرع يشترط أن تكون الزوجة أهلا لذلك، بحسب نص المادة 203 مكن قانون الأسرة وألا تكون الزوجة مريضة مرض الموت. حيث لا ينفذ تبرعها إلا في قدر الثلث. ويأخذ التبرع صورتين:

الصورة الأولى: هي الهبة، حيث يصح للزوجة أن تهب كل صداقها أو بعضه متى كانت أهلا للتبرع، ويشترط قبول الزوج، أما لو كانت قاصرة فلا يصح لها هذا التصرف، هذا رغم صريح المادة 14 من قانون الأسرة التي تنص على أن الزوجة "... تتصرف فيه كما تشاء" ذلك لأن المادة 83 من ذات القانون تقيد تصرف القاصر بما نصه "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر. وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء". لأن المشرع الأسري لما رخص للقاصر بالزواج منحه حق التقاضي، لم يمنحه حق التصرف فيما يجنيه من الحياة الزوجية.

¹ سورة النساء، الآية: 12.

² محمود محمد الشيخ، المرجع السابق، ص90.

الصورة الثانية: الإبراء، هذا إذا كان الصداق ديناً في ذمة الزوج، جاز للزوجة أن تبرئ ذمته منه، ولا حاجة لقبول الزوج ما دام ذلك ديناً في ذمته. غير أن هذا التصرف ينصرف إلى الولي متى كانت الزوجة قاصرة، وذلك لعدم وجود نص صريح في قانون الأسرة، من جهة، ولوجود نص المادة 83 سالف الذكر من ثانية.

أما التصرف بعوض مثل الإجارة أو الرهن أو البيع أو الشراء، كلها تصرفات تدور بين النفع والضرر. فمتى كانت الزوجة قاصرة، وعملاً بنص المادة 83 ق.أ.ج تتوقف هذه التصرفات على إجازة الولي. ليبقى في الأخير حق التصرف في الصداق الوارد النص عليه في المادة 14 من قانون الأسرة نصاً يخاطب الراشدة فقط.

ختاماً فإن الصداق المؤجل يفضي أحياناً إلى تماطل الزوج في أدائه كلاً أو بعضاً، ليثور الخلاف فيرفع إلى القضاء، وعملاً بنص المادة 17 من قانون الأسرة التي تقضي عند انعدام البينة بأن يسمع القاضي إلى الزوج مع اليمين، هذا إذا تم الدخول، لأن الدخول قرينة على قبض الصداق. أما لو لم يتم الدخول، فالقول قول الزوجة مع اليمين هذا إن كانت الزوجة راشدة يعتد بقولها ويمينها. رغم أن المشرع لم يوضح ما إذا تتساوى الزوجة والقاصرة في القول، أم بينهما اختلاف، أم أن وليها هو من يتولى القول، طالما أنه هو من قبض الصداق نيابة عن موليته؟

الأصل، أن النزاع حول الصداق يدخل ضمن آثار الزواج، والمشرع قد منح للزوج القاصر أهلية التقاضي في آثار الزواج، فللقاصرة إذاً، أن تخاصم بنفسها. أما لو توفيت، فإن ورثتها لا يحلفون على عدم القبض، بل على عدم علمهم بالقبض، عملاً بالقاعدة العامة أن من وجهت له يمين في واقعة غير شخصية يحلف بعدم العلم (م344 ق.أ.ج).

هذا ما أخذت به التشريعات المغاربية، كونها لم تميز بين الراشدة والقاصرة في شأن التصرف في الصداق، لأنها تحتكم إلى القواعد العامة للتصرف والأهلية وتأخذ ببطلان التسليم للقاصر¹، سوى أن القانون السوري للأحوال الشخصية لم يعتد بقبض القاصرة لصداقها². كما أشار في مادته 211 إلى

¹ ينص الفصل 16 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه "كل ما كان مباحاً ومقوماً بمال تصلح تسميته مهراً، وهو ملك للمرأة وقد عزز هذا النص بما ورد في الفصل 24 من ذات المجلة" "لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها" والمهر بطبيعة الحال يدخل في حكم هذه الأموال. كما نصت المادة 29 من مدونة الأسرة المغربية على أن "الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كما شاءت، ولا حق للزوج أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقها إياه". كما نصت الفقرة الرابعة من المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية الليبي "يكتسب كل من تزوج وفق الفئتين السابقتين أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره".

² نصت المادة 111 من القانون السوري للأحوال الشخصية على أن "المهر حق للزوجة، لا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بدفعه إليها بالذات، إن كانت كاملة الأهلية ما لم توكل في وثيقة العقد وكيلاً خاصاً يقبضه".

أهمية اعتبار الأهلية في التبرعات¹، ثم في المادة 116 أعطى لما زيد على صداق المثل من الزوج المريض مرض الموت، حكم الوصية معتدا في ذلك بالإرادة، ويقاس هذا على الزوج القاصر. سوى أن القانون المصري للأحوال الشخصية قد تفرد في هذه المسألة حيث نص في مادته 60 منه على أنه "إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إذنا له في التصرف في المهر والنفقة، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك، في منحه الإذن أو في قرار لاحق". ويبدو أن موقف المشرع المصري موقف سليم طالما أنه منح للزوج القاصر التصرف في ما تعلق بآثار الزواج، إذ لا يعقل أن يبقى الولي دوما بجوار موليته أو موليه حال قصورهما وخاصة إذا انتقل الزوج بزوجه بعيدا عن سكنى وليها. ومعنى ذلك أنه لا يلزم إذن المحكمة للقاصر بالتصرف في المهر والنفقة، ما دام قد صدر إذن بزواجها، ويقصد بالمهر، مقدمه بالدرجة الأولى الذي يؤدي عند الزواج².

الفرع الثاني: التصرف في النفقة

تعتبر النفقة أو التزام يقع على عاتق الزوج، كونها تضمن أول حق إنساني؛ هو الحق في الحياة، وهي تكليف مالي، أي التزام بالقيام بعمل على سبيل المعاوضة. لذلك، فهي تصرف مقابل لعمل ولاحتباس. وعض النفقة عموما هو الاحتباس، إذ تحبس الزوجة نفسها في بيت الزوجية لخدمة الزوج ورعاية مصالحة، عملا بقاعدة "كل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره، كانت نفقته عليه"³ وأساسها العقد والتمكين والقوامة، فلا نفقة بدون عقد زواج، ولا نفقة بدون تمكين من الزوجة لزوجها ولا نفقة بغير قوامة الزوج، عملا بقوله تعالى: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْبَغُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...»⁴ أما المشرع الجزائري فلم يورد لها تعريف محدد، إلا ما ورد في المواد 74 إلى 80. وهي ذلك المجموع المؤلف من الغذاء والكسوة ومصاريف العلاج والسكنى وكل الضروريات بحسب عرف المجتمع.

النفقة أنواع أربعة، نفقة الزوجات والأبناء، نفقة الأقارب، نفقة الرقيق ونفقة البهائم والجمادات⁵،

فنفقة الزوجة وجبت بالكتاب والسنة؛ كقوله تعالى: «أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وَّجْدِكُمْ

¹ نصت المادة 211 من قانون الأحوال الشخصية السوري "يشترط في الموصي أن يكون أهلا للتبرع قانونا. على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة جازت وصيته بإذن القاضي".

² كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 135 و 136.

³ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 535.

⁴ سورة النساء، الآية: 34.

⁵ علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 22.

وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْنَهُنَّ...¹ وقوله في المعتدات الحوامل: «... وَإِنْ كُنَّ إِوْتَتِ حَمْلٍ بِأَنْهِيْفُوا عَلَيْنَهُنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...»² كما ورد عنه صلى الله عليه وسلم لمن سأله عن حق الزوجة "يطعمها إذا طعم ويكسوها إذا أكسى، وألا يهجرها إلا في المبيت ولا يضربها ولا يقبح"³. والنفقة من حيث طبيعتها؛ نفقة زواج و نفقة عدة، وسأقتصر في هذا الفرع على نفقة الزواج. غير أن جملة من التساؤلات تطرح في هذا المجال:

ما هي شروط وجوب النفقة؟ متى تسقط؟ هل للزوج القاصر أهلية الإنفاق على زوجته إن كان ذا مال دون رقابة أم يدخل في حكم السفیهة؟ وهل للزوجة القاصرة أهلية التصرف فيما منح لها من نفقة تمليكا؟

تعتبر النفقة حقا ثابتا للزوجة متى توافر سببها، وهو الزوجية (م 1/74 ق.أ)⁴، مع شرط وجوبها، وهو الاحتباس الذي يتحقق بالدخول أو الدعوة إليه (م 2/74 ق.أ)⁵. المعبر عنه فقها بالتمكين. وقد أضاف المالكية إلى هذين الشرطين أن يكون الزوج بالغا وموسرا، قادرا على الكسب. والعقد الفاسد لا يوجب النفقة، ومن أنفق قضاء بسبب عقد فاسد فله أن يرجع على زوجته بما أنفق. أما لو كانت النفقة رضاء فلا رجوع.⁶ وقد أثار الفقه الإسلامي مسألة وجوب النفقة على الزوج الصغير لزوجته بالغة كانت أم صغيرة. فالحنفية يرون أن للزوجة النفقة ولو كان الزوج صغيرا وذلك لوجود التسليم من الزوجة وثبت العجز من طرفه فصار كالمجبوب والعنين⁷. وأخذ الشافعية بذلك أيضا في قول الشافعي

¹ سورة الطلاق، الآية: 6.

² سورة الطلاق، الآية: 6.

³ روي عن معاوية بن حيدة أنه قال: قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم: ما حق المرأة على الرجل؟ قال: "يطعمها إذا طعم، ويكسوها إذا اكتسى، ولا يقبح الوجه ولا يضرب ضربا مبرحا ولا يهجر إلا في البيت". رواه أبو داود في مختصره، حديث رقم 2055.

⁴ ورد في نص الفقرة الأولى من المادة 74 ق.أ.ج أنه "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول... فاستعمال المشرع لعبارة "الزوجة" يعني تلك التي يربطها بالمنفق عقد زواج رسمي مستوف لركنه وشروطه، محرر من طرف موظف مؤهل قانونا لذلك.

⁵ نص الجزء الثاني من المادة 74 ق.أ.ج على أن النفقة تثبت للزوجة إما بالدخول بها، دون التمييز بين الدخول الحقيقي والخلوة. ودون اشتراط المسيس في الدخول. غير أن اجتهادات المحكمة العليا اعتبرت الخلوة موجبة للنفقة بالمبدأ التالي "من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى...". ملف رقم 35107 بتاريخ 19/11/1983 عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 81.

كما اعتبرت اختلاء الزوج بالزوجة دون المسيس يعتبر دخولا موجبا للنفقة "من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وأغلق بابها عليها، وهو ما يعبر عنه شرعا بارخاء الستور أو خلوة الاهتداء، يعتبر دخولا فعليا تترتب عليه الآثار الشرعية، وتنتال الزوجة كامل صداقها". ملف رقم 55116 بتاريخ 12/10/1989 بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 83. والنفقة تجب أيضا متى دعت الزوجة زوجها للدخول بها، بشرط أن تثبت ادعاءها ببيئته، سواء دعته بواسطة محضر قضائي، أو بواسطة شهود، أو مراسلة كتابية تم التأكد من علم الزوج بها.

⁶ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 231 و 232. علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 27.

⁷ علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 912.

الشافعي "إذا كانت هي البالغة وهو الصغير، فعليه النفقة، لأن الحبس جاء من قبلها، ومثلها يستمتع به".

وقيل "إذا علمته صغيرا ونكحته، فلا نفقة لها؛ لأن معلوما أن مثله لا يستمتع بامرأته¹. والحنابلة أيضا². أما المالكية، فقالوا بعدم استحقاقها للنفقة وذلك لقول الإمام مالك " وكذلك الصبي إذا تزوج المرأة بالغة فدعته إلى أن يدخل بها فلا نفقة لها عليه"³.

تأخذ النفقة من حيث وقت أدائها صورتين؛ نفقة آنية ملازمة للعشرة؛ أي استمرار النفقة يوما عن يوم أو شهرا عن شهر. كما تأخذ صورة النفقة المعجلة، وذلك بأن يعجل الزوج لزوجته نفقة سنة مسبقة مثلا، أو شهر، وخاصة إذا كانت ظروف عمله تستلزم غيابه عن البيت لمدة معينة. أما من حيث أدائها فتأخذ أيضا صورتين؛ النفقة بطريق التمكين والنفقة بطريق التملك. فالتمكين يتحقق متى كانت العلاقة الزوجية قائمة على ود في بيت الزوجية، حيث يضع الزوج باستمرار أو دوريا ما يكفي لنفقة أسرته تأخذ الزوجة منه الكفاية، وهذا هو الأسلوب الغالب في الأسر المستقرة.

المطلب الثالث: النظام المالي للزوج القاصر

يقصد بالنظام المالي للزوجين تلك العلاقة التي تربط كل زوج بأمواله وبأموال الزوج الآخر، وعلاقتهم بالأموال المشتركة بينهما وكذلك علاقة كل زوج بالديون المترتبة بذمته والديون المترتبة بذمة الزوج الآخر، وعلاقتهم معا بالديون المشتركة المستحقة عليهما وتحديد التزام أحد الزوجين بالإئفاق الزوجي لوحده أو التزام أحدهما بالإئفاق ومساهمة الآخر في ذلك أو التزامهما معا في الإئفاق⁴ وعرف- هذا النظام عدة أشكال أهمها نظام انفصال الأموال بين الزوجين ونظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين كما عرف تطورا وفق تطور الزمن وتغير المجتمعات. تحقيقا لمبدأ الحق في التملك المنصوص عليه شرعا وقانونا ، فإن لكل من الزوجين الحق في إنشاء ذمة مالية لنفسه استقلالا أو اشتراكا مع زوجه، بصرف النظر إن كان ارشدا أم قاصرا.

1. تطور النظام المالي للزوجين في القانون:

أ. في التشريعات القديمة:

ليس بجديد موضوع الأموال المشتركة للزوجين في التشريعات المعاصرة وإنما يعود تاريخها إل التشريعات القديمة مثل قانون أورنمو الذي سبق شريعة حمورابي بحوالي ثلاثة قرون وقانون لبت

¹ محمد بن ادريس الشافعي، المرجع السابق، ج4، ص91.

² ابن قدامة، المرجع السابق، ج5، ص128.

³ عارف البصري، نفقات الزوجة في التشريع الإسلامي، الدراسات الإسلامية، بيروت، 1992، ص103.

⁴ رعد مقداد الحمداني النظام المالي للزوجين دار الثقافة عمان الأردن 2010 ص11

عشّار الذي سبق أيضا بحوالي قرن من الزمن ، ثم قانون أشنوتا وأخيرا شريعة حمورابي التي نظمت العلاقة المالية فيما بين الزوجين ولا سيما الأموال المشتركة بينهما إذ نظمت المادة 151 من هذه الشريعة الديون المترتبة على الزوجين قبل الزواج ثم نظمت المادة 152 مسألة الديون المترتبة عليهما بعد الزواج ، وأشارت إلى تضامن الزوجين في تسديد ما على أحدهما من ديون¹ كما عرفت الحضارة الفرعونية هذا

النظام في قوانينها² وكذلك روما القديمة³

ب . النظام المالي للزوجين في قانون الأسرة:

لم يعرف قانون الأسرة هذا النظام إلا عند التعديل الأخير لسنة 2005 حيث نصت المادة 37 منه على أنه "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إل كل واحد منهما" ويمكن بالتالي استخلاص الأحكام التالية من هذا النص:

منح المشرع لكل زوج حق التمتع بذمة مالية مستقلة عن الزوج الآخر ليبين أن ليس للزوج خصوصا حق التسلط على أموال زوجته دون رضاه كما كان معتمدا لدى بعض المجتمعات وهذا ما حرص الفقه الإسلامي على تقريره، ليساوي بين الجنسين في حق الملكية وأخذ به القانون استجابة لنداءات من شرائح اجتماعية كالجمعيات النسوية أو غيرها من الجمعيات الخاصة

ساوى النص بين الزوج الراشد والزوج القاصر من خلال ظاهر النص مما يثير تناقضا بين هذا النص العام ونص المادة 83 ق.أ.ج المقيد لتصرفات القاصر الأمر الذي يجرنى إلى التساؤل حول ما إذا اكتسب الزوج القاصر أموالا أثناء حياته الزوجية ذكرا كان أم أنثى اشترط المشرع في هذه الأموال أن تكتسب أثناء الحياة الزوجية فقط كما أشار إلي القانون

المدني الفرنسي⁴ والقانون المصري للأحوال الشخصية كما قرر أن يتفق على إدارة هذه

¹ رعد مقداد الحمداني المرجع السابق ص 20 21 عن شعيب الحمداني قانون حمورابي المطبعة الإعدادية بغداد 1988، ص 107.

² رعد مقداد الحمداني المرجع نفسه ص 26 عن محمود سلام زناتي موجز تاريخ القانون المصري في العصور الفرعونية والبطلمية والرومانية والإسلامية جامعة أسيوط 1986 ص 173 وما بعدها

³ رعد مقداد الحمداني المرجع نفسه ص 30 عن إدوار غالي الذهبي تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ط 1 دار غريب للطباعة بنغازي 1976 ص 230

⁴ La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres. (art. 1401 code civil français

(modifié par loi 85-1372 du 23 /12/81985

الأموال المشتركة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ، فمهما كان مبلغ هذه الأموال يجب إخضاعه للرسمية وفق نص المادة 324 من القانون المدني . هذا ويتضمن العقد النسبة التي تؤول إل كل زوج

إن تحديد النسبة لكل طرف يعود إلى قدر مساهمته في وجود هذا المال أو في انمائه وقد تكون المساهمة إما مالية أو مادية كعمل يدر بدخل مالي قد يكون هذا العمل بأجر أو بحرفة حرة كالحياسة أو النسيج أو عمل زارعي يمارس غالبا في العالم الريفي . ولا فرق هنا بين زوجة أو زوج بلغ سن الرشد أو كان قاصرا فتكفي القدرة الجسدية أو الدراية المهنية لممارسة النشاط . هذا النظام تعرف أغلب المجتمعات لأن يعبر عن التكافل الاجتماعي كما نظم الفقه الإسلامي من قبل، وتمارسه النساء أحيانا

فالزوجة الريفية غالبا ما تضيف إلى أشغال بيتها أعمالا أخرى ذات منفعة تبغي من ورائها تحسين الوضع الاقتصادي للأسرة ، وسمي الحق المترتب عن هذا العمل بحق " الكد والسعاية " عند بعض المجتمعات¹ ففي هذه الحالة يكون نصيب الزوجة من الدخل بقدر مساهمتها أو مردودها إذ يقول عبد القادر الفاسي في هذا:

**وخدمة النساء في البوادي للزرع بالدارس والحصاد
قال ابن عرضون لهن قسمة على التساوي بحسب الخدمة**

ذلك أن خدمة النساء في المجال الزراعي توجب تحديد نصيب من نتاج الزراعة لهن بحسب عرف البلد² أما القضاء فقد تعرض، في اجتهاده لهذا الموضوع ومن بين القضاء المغربي حيث قض المجلس الأعلى المغربي بإصدار عدة قرارات منها³:

* الاستفادة التي تحصل للزوجين إذا ثبت أن ما استفاداه ناتج عن عملهما المشترك تجعل حق الكد والسعاية ثابتين للزوجين ، وتستحق بذلك الزوجة نسبة من الثروة المنشأة خلال فترة الحياة الزوجية
* الزوجة تشارك زوجها على قدر سعائتها ولا يستبد الزوج بما عقد لنفسه من الأثرية (أي الاقتناءات أو الشراءات)

* إثبات المطلقة كونها تعمل، يخولها حق السعاية في الاستفادة خلال فترة الزواج بقدر عملها ولها الحق فيما اشترى الزوج ولو باسمه الخاص وحده.

¹ محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2008، ص181.

² الملكي الحسين، نظام الكد والسعاية، دار السلام، الرباط، 1999، ص27.

³ محمد الأزهر، المرجع السابق، ص182 و183

أما القضاء الوطني فلم أقف له على اجتهاد في هذا المجال طالما أن هذا النظام مستحدث في قانون الأسرة غير أن هذا يعود بي من جديد إلى نص المادة 73 ق.أ.ج التي تنظم النزاع حول متاع البيت. فقد يكون متاع مشتري باسم الزوج لكن من مال مشترك كسيارة مثلا فهنا كان للمشرع أن يقيم ربطا بين المادة 73 والمادة 37 من ذات القانون موضوع هذا التحليل هذا استنادا إلى القانون المدني الفرنسي الذي نظم مسألة الأموال المشتركة بين الزوجين تنظيما دقيقا حيث حصرت المادة 1401 من عناصر الأموال المشتركة في كل من الإيرادات الشخصية؛ كالرواتب والتعويضات وإيرادات الممتلكات العقارية؛ بناءات أو أراضي زراعية فضلا عن الهبات الممنوحة لأحد الزوجين أو كليهما¹ واستثنى من الأموال المشتركة ملابس كل زوج ووسائل عمله ما لم تكن مخصصة لخدمة مال مشترك زيادة على التعويضات المترتبة عن الأضرار المادية أو المعنوية اللاحقة لهذا الزوج) م1404 ق.م.ف²

أهلية الزوجة القاصرة في التصرف في المال المشترك:

من المقرر شرعا أن للمرأة المتزوجة كبيرة كانت أم صغيرة ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية لزوجها ولا يحق للزوج التصرف في هذا المال إلا بإذنها كما لها أن تنشئ مالا مشتركا مع دليل حق الزوجة في ذلك قول تعال «وَأَتَوْا نِسَاءَهُنَّ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً بِلِئَامٍ طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا»¹ وما ذكر في الصداق ينصرف قياسا إلى كل أموالها إما عن طريق الإرث أو الهبة² وقد أخذ بهذا الحكم قانون الأسرة في المادة 14 بما نص "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف في كما تشاء" وكذا القانون المغربي (م29)³

يرى المالكية أن تصرفات الزوجة في مالها بدون عوض، لا ينفذ إلا في حدود الثلث أما ما زاد على ذلك فيتوقف على إجازة الزوج أما بقية المذاهب فتري أن للمرأة إذا بلغت رشيدة يدفع إليها مالها وتتصرف فيه بيعا أو شراء أو تبرعا؛ كالهبة والوصية ونحوهما⁴. سواء أكانت بكرًا ذات أب أو بدون ذات زوج أو بدون فتصرفها نافذ واستدلوا بقول تعالي: «لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ

¹ سورة النساء، الآية: 4

² حسن صلاح عبد الله المرجع السابق، ص160.

³ نصت المادة 29 من مدونة الأسرة أن "الصداق ملك للمرأة تتصرف في كما شاءت ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقها إياه".

⁴ خديجة بناني حق تصرف الزوجة في مالها حق شرعي وقيود تشريعية دار تينمل للطباعة والنشر مراكش، 1995، ص14.

وَالْأَفْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا¹
 فوجه الدلالة هنا، هو فك الحجر عن الذكور والإناث على حد سواء إذا رشدوا أما في السنة فقد ورد
 عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال: "قام النبي صل الله علي وسلم يوم الفطر فصل ثم
 خطب فلما فرغ، فأتى النساء فذكرهن وهو يتوكأ على يد بلال وبلال باسط ثوب يلقي في النساء
 الصدقة"² وهذا دليل أحقية المرأة في التصرف في مالها ما دامت رشيدة

غير أن المالكية اعتبروا المرأة رغم بلوغها سن الرشد قاصرة في التصرف الضار ضرار محضا ولا
 يجوز لها التبرع بمالها بأكثر من الثلث إلا بإذن زوجها، حتى تلد وتقيم في بيت الزوجة من سنة
 إلى سبع سنين تمارس الأحوال وتطلع على قضايا اجتماعية واقتصادية والحجر هنا لحق الزوج وله
 أن يرده إذا علم به ولم يرض به

أما إذا لم يعلم بتبرعها أو علم ورضي فتبرعها بما زاد عن ثلث مالها صحيح ومامض،³ وذهب
 الليث بن سعد إلى القول بمنع المرأة من التبرع من مالها إطلاقا ليجعل الله الرجل قيما على مال
 زوجته⁴

إذاً فالفقه الإسلامي انقسم فريقين؛ فريق لم يميز بين المرأة والرجل في التصرفات وآخر اعتبر المرأة
 الراشدة أهلا للتصرف في مالها معاوضة، وقاصرة في التصرف تبرعا سوى أن الفريقين اتفقا على
 أن القاصرة التي لم تبلغ لا يصح تصرفها حتى تبلغ سن الزواج

أما قانون الأسرة فقد تقيد بسن الرشد ولم يمنح صراحة للزوجة القاصرة رغم كونها زوجة رشدت
 بموجب الترخيص القضائي بالزواج حق التصرف في مالها الخاص كما أنه لم يأت باستثناء لهذه
 القاعدة ولاسيما أن الزوجة قد تساهم في إنماء ميزانية الأسرة بما تمارس من عمل منتج بصرف
 النظر عن بلوغها سن الرشد من عدم

وعليه فكان للمشرع أن يضع مخرجا للزوجة القاصرة أو الزوج القاصر في شأن أموالهما التي
 يجنيانها بمجهودهما الخاص مع العلم أن قانون العمل أجاز تشغيل الفرد الذي بلغ السادسة عشرة
 من عمره.⁵

¹ سورة النساء، الآية: 7.

² صحيح البخاري، المرجع السابق، الحديث رقم 935، ص332

³ عبد القادر داود، أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص180، عن حاشية الدسوقي، ج2، ص324.

⁴ أحمد قبيصي، ولاية المرأة في التشريع الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2003، ص 110 و111.

⁵ نصت المادة 15 من قانون العمل رقم 1190 المؤرخ في 21/04/1990 المعدل بالقانون 2991 والمرسوم 03.94 والأمر 21.96
 والأمر 02.97 على أن "لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن 16 سنة إلا في الحالات التي تدخل في
 إطار عقود التمهين ولا يجوز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من ولي الشرعي".

المبحث الثاني: آثار فك الرابطة الزوجية للقاصر المطلب الأول: الآثار الشخصية

سميت كذلك لأنها تتعلق بذات المطلق كالرجعة أو بذات المطلقة كالعدة وكلاهما لا يدخل في التصرفات المالية ثم أن الطلاق نوعان رجعي وبائن فالرجعي لا يزيل الزوجية ما دامت الزوجة في عدتها ويكون للمطلق حينئذ كامل الحقوق تجاه زوجته التي تظل مشروعة له يجوز له مراجعتها أو معاشرتها ومتى فعل ذلك كان مراجعاً¹ كما أن ينقص من عدد الطلقات ولا يمنع التوارث بين الزوجين ومن حقوق الزوج في هذه المرحلة كما ذكرت حق العدة

الفرع الأول: العدة

سبق الإشارة إلى الطلاق الرجعي أن يرتب أثراً أساساً هو حق الزوج في مراجعة زوجته دون صدق وعقد جديدين ودون رضاها كونها زوجة له يمارس الزوج هذا الحق في نطاق زمني محدود شرعاً وقانوناً هو زمن العدة² فمتى انقضت انقض حق الزوج في الرجعة فيصبح أجنبياً عن زوجته إذاً؟ ما العدة؟ وما أسباب وجوبها؟ ما أنواعها؟ هل للزوجة البالغة وللزوجة الصغيرة نفس العدة؟

1. تعريف العدة:

العدة في اللغة مأخوذة من العد والحساب وجمعها عدد بكسر العين وسميت كذلك لاشتغالها على عدد من الأقراء أو من الأشهر أما في الاصطلاح فهي اسم لمدة تترىص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها³ والعدة أيضاً هي أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح⁴

يتضح من خلال هذين التعريفين أن عقد الزواج لو انته بسبب من الأسباب وهو الطلاق أو الفسخ أو الوفاة فلا يحل للزوجة أن تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنتهي المدة المحددة نظراً للغاية الاجتماعية المرجوة منها كحفظ الأنساب وقد اعتبرها

¹ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 247.

² "من المقرر شرعاً بأن الرجعة لا تعتبر شرعية إلا أثناء قيام العدة وأن مراجعة الزوج لزوجته بعد انتهاء فترة العدة لا يشفع له شرعاً في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به" ملف رقم 35322 بتاريخ 1984/12/17 م.ق. 1989، عدد 4، ص 91، بلحاج العربي قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 328، كما استقرت المحكمة العليا على مبدأ نص "مراجعة الزوج لزوجته خلال فترة العدة جائز شرعاً وقانوناً ما دامت العصمة بيده" ملف رقم 395557 بتاريخ 2007/5/9 مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 2، ص 299، جمال سايسي، المرجع السابق، ج 3، ص 1456.

³ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 245.

⁴ علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 277.

القضاء من النظام العام أما الرجل فلا عدة علي إلا إذا طلق زوجته وأراد الزواج بمني حرم علي جمعها مع زوجته؛ كأختها أو خالتها أو عمتها كذلك لو طلق إحدى زوجاته الأربع وأراد الزواج بخامسة ففي هاتين الحالتين علي التريص حتى تنتهي عدة طليقت ولا تعتبر هذه عدة عند الفقهاء وان وجدت في معنى العدة¹

أشار قانون الأسرة في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول إلى عنوان العدة ثم أشار إليها في نص المادة 34 ق.أ.ج بعبارة "الإستبراء"
2. أدلة وجوب العدة:

ورد النص عل العدة في القرآن الكريم ضمن أكثر من آية

أما في السنة فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قال في حق عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: **مُرهُ فليراجعها ثم يمسكها ثم تطهر ثم تحيض، ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل أن يم فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء**² ولا تجب العدة إلا بتوافر جملة من الأسباب

3 . أسباب وجوب العدة:

أ . الزواج الصحيح الذي تتبع وفاة أو طلاق بعد الدخول³ أو الخلوة على رأي الحنفية والحنابلة⁴ أما لو حصلت الفرقة قبل الدخول فلا عدة عل الزوجة⁵ إلا الفرقة بوفاة أما الزواج الفاسد أو زواج الشبهة فلا يوجبان العدة بل الإستبراء من أجل براءة الرحم لأن العبرة بالدخول لا بالعقد والوطء حال الدخول يقتضي براءة الرحم⁶

ب. وفاة الزوج في زواج صحيح سواء أكانت وفاة حقيقية أو وفاة حكمية ولا فرق هنا بين المدخول بها وغير المدخول بها.

¹ عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 341 و 342.

² البخاري، المرجع السابق، حديث رواه عبد الله بن عمر رقم 4953، كتاب الطلاق، ص 2011.

³ العربي بختي، المرجع السابق، ص 172.

⁴ عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 343.

⁵ "من المقرر شرعا أن تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها" ولما كان ثابتا . في قضية الحال . أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول وأعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها فإن القضاء يرفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزوج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي طبقا وصحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض، الطعن" ملف رقم 137571 بتاريخ 18/6/1996م. ق 1997، عدد2، ص93.

جمال سايسي، المرجع السابق، ج 1 ص 880.

⁶ محمد قدر باشا، المرجع السابق، ص 104.

4 . الحكمة من مشروعية العدة:

شرعت العدة لما تجمع من المصالح التي تعود بالفائدة على الزوجين أولاً ثم على الأسرة كافة؛ ومنها ما يلي:

أ . صيانة الأنساب وحفظها من الاختلاط ذلك أن مدة العدة كافية لبراءة الرحم وخلوه من الحمل فإذا تزوجت المطلقة زوجاً آخر يكون ذلك بعد الإستيثاق من فراغ الرحم¹

ب . إعطاء الزوج فرصة يراجع فيها نفس بعد زوال غضب ورجوع إلى صواب لمراجعة زوجته ولصلاح ما أحدث

ج . إعلام الناس بعظم شأن الزواج واختلاف عن باقي العقود كون ينعقد صحيحاً بشهادة الناس ولا ينحل إلا بنفي الشهادة بعد مضي مدة معلومة

د . رعاية حق الزوج المتوفي وإظهار التأثر عليه وذلك بامتناع زوجته عن الزواج بغيره لمدة معينة رعاية لبعث مآثره كما كانت تراعيه حال حياته

5 . أنواع العدة.

يبقى أن أستعر، أنواع العدة إذ من الفقه من يصنفها على أساس كيفية الاعتداد ومنهم من يصنفها على اعتبار حالة المرأة وقت الفرقة وفي هذا الشأن يقول ابن رشد "وكل زوجة فهي: إما حرة وأما أمة وأن تكون مدخولاً بها أو غير مدخول بها فأما غير المدخول بها فلا عدة لها² وأما المدخول بها: فلا يخل وأن تكون من ذوات الحي، أو من غير ذوات الحي، وغير ذوات الحي، إما صغار وأما يائسات من المحي، وذوات الحي، إما حوامل أو جاريات على عاداتهن في الحي، وأما مرتفعات في الحي، ولما مستحاضات³

أ . العدة بالقرء :

من حيث الكيفية؛ فإن العدة تتم بالقرء في حالات وبالأشهر في حالات أخرى فما هو القرء إذاً؟ عرف القرء لدى الفقه اختلافاً؛ حيث يرى الحنفية والحنابلة أن القرء هو الحي، أما المالكية والشافعية فيفسرون بالطهر⁴ وسبب الاختلاف بينهم أن القرء من الألفاظ المشتركة تطلق لغة على الحي، والطهر فمن قال أن القرء هو الحي، أرى أن أقرب لمعنى العدة ودلالاتها على براءة الرحم عملاً بقول صلى الله عليه وسلم "دعي الصلاة أيام أقرائك" والحي، أمر حسي يمكن أن يجعل علامة على

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص371.

² سورة الأحزاب، الآية: 49.

³ ابن رشد، المرجع السابق، ص544.

⁴ ابن رشد، المرجع السابق، ص544 و545 البخاري، المرجع السابق، ص2011، الإمام مالك، المرجع السابق، ص297، ورد في موطأ الإمام مالك أن عائشة رضي الله عنها قالت: تدرون ما الأقرء؟ إنما الأقرء الأطهار.

انقضاء الأجل أو بعض¹ ومن قال أن القرء هو الطهر لأن أقرب إلا لإشفاق والى تأنيث الثلاثة² أعني بذلك قولنا: ثلاثة أطهار كما نقول: ثلاثة أقراء فكل من القرء والطهر مذكر الجن يؤنث عدده ما دون الحاد عشر أما الأشهر المعتبرة فقها لحساب العدة فهي القمرية

ب . العدة بالأشهر:

إذا كانت التي تحيض، بصورة طبيعية تعدد بالقروء فإن غيرها التي لا تحي، تعدد بالأشهر وكذا المتوفى عنها زوجها سواء كانت تحي، أم لا تحي.

6 . أنواع المعتدات:

المعتدات فقها وقانونا أصناف ثلاث: بالغة تحيض بانتظام ويأئسه من المحيض، وصغيرة لم تحض بعد.

أ . البالغة:

هي التي تحيض، باعتياد فعدتها ثلاثة قروء فعند المالكية والشافعية ثلاثة أطهار مع حساب الطهر الذي وقع في الطلاق من الأطهار الثلاث ولو كانت لحظة غير أن الحنفية والحنابلة يحسبون العدة بثلاث حيضات كوامل فلو طلق زوجته في أثناء حي، لا يحسب هذه الحيضة من الثلاث لأن الحيضة لا تجزأ³ وأقل مدة العدة عندهم ستون يوما لأنها ثلاث حيضات وطهران فأكثر مدة الحي، عشرة أيام وأقل مدة الطهر بين الحيضتين خمسة عشر يوما ليصير المجموع ستين يوما

ب . اليائس من المحيض:

هي التي بلغت سن اليأس وانقطع عنها الدم وسن اليأس غير محددة عند البعض ومحددة عند البعض، الآخر بسبعين سنة وستين سنة وخمسة عشر سنة⁴ فعدتها ثلاثة أشهر تقوم مقام ثلاث حيضات غالبا فإذا وجبت العدة في أول الشهر تعتبر الشهر بالأهلة ولو نقص عدد أيام بعضها عن ثلاثين يوما وإذا وجبت في أثناء الشهر حسبت العدة بالأيام وتتقضي بمضي تسعين يوما⁵ ويدخل في حكم اليائس تلك البالغة التي لم تحض، أبدا والصغيرة التي لم تبلغ بعد.

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص374. عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص346.

² أحمد فراج حسين، المدخل للفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص213.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص374.

⁴ عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص344.

⁵ محمد قدر باشا، المرجع السابق، ص105.

ج . الصغيرة:

الصغيرة في لغة الفقه أو القاصرة في مصطلح القانون هي التي لم تبلغ بعد وعلامات البلوغ عند النساء: الحيض والإحتلام والحبل وأدن مدت تسع سنين¹ فإذا ما طلقت الزوجة وهي غير بالغة بعد تعتد بالأشهر فالحكمة من تحديد هذه المدة أن الحمل يظهر جليا في بداية الشهر الخام وهي نفس عدة اليائس فماذا لو بلغت الصغيرة وهي في أثناء عدتها؟

كل امرأة بلغت سن البلوغ تشهد لأول مرة إما ينزل منها يسيم حيضا فما المقصود بالحي؟
الحيض شرعا هو الدم الذي يخرج بعد بلوغ المرأة من أقصى رحمها وفي أوقات معلومة من غير ولادة ولا مرض ويكون أسود محتدما حارا كأنه محترق مؤلما كريحه الرائحة² وهو غسالة الجسد وفضالة التغذية التي لا تصلح للبقاء³

أما الطب فيعرف الحيض أنه إفراز دوري لدم يمتزج بالمخاط وخلايا بالية تتساقط من الغشاء المخاطي المبطن للرحم وهو دم لا يتجمد ولا يتجلط⁴ وأقل سن تسع سنوات ولا حد لأقصاه يمتد من ثلاثة إلى عشرة أيام فقد تتزوج المرأة وهي لم تبلغ بعد فتطلق وهي على تلك الحالة تلزم حتما بالاعتداد مدة ثلاثة الأشهر وهي في عدتها هذه بنزل عليها الدم لأول مرة فما حكم عدتها؟

في هذه الحالة تستأنف العدة من جديد وتعتد بالحيض، ولو كانت قد قضت أكثر العدة بالأشهر ولم يبق إلا القليل؛ لأن العدة بالأشهر كانت بدلا عن الحيض، فإذا وجدت البديل زال اعتبار البديل⁵ وكذلك الحال لمن تبلغ بالسن أ؛ أنها بلغت سن الخامسة عشر أو أكثر وأقل سن تسع سنوات ولا حد لأقصاه لكنها لم تحض، بعد⁶

د . عدة الصغيرة المتوفى عنها زوجها :

إذا كانت الزوجة صغيرة وتوفي عنها زوجها سواء دخل بها أم لم يدخل فإنها تعتد كالبالغة بأربعة أشهر وعشرة أيام وتبدأ عدتها من يوم علمها يقينا بوفاة زوجها سواء أكانت الوفاة حقيقية أو بحكم القاضي في شأن المفقود وإذا انقضت عدتها قبل أن تعلم بوفاة زوجها فإن عدتها قد انقضت؛ لأن العبرة بتاريخ الوفاة ولي بتاريخ العلم.

¹ الأستروشنى المرجع السابق ص 119

² إسماعيل إبراهيم أبو سريعة، الحيض بين الفقه والطب، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة الرياض، العدد 4 د.ن.د. دون رقم الصفحة

³ القرافي الذخيرة، ج 1، دار الكتب العلمية بيروت، د.ن، ص 361

⁴ إسماعيل إبراهيم أبو سريعة، المرجع السابق، د. ص

⁵ عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 347، الأستروشنى، المرجع السابق، ص 118، محمد قدر باشا، المرجع السابق،

ص 105، محمد بن إدري الشافعي، المرجع السابق، ص 310، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 377.

⁶ أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 215.

7 . تداخل العدد:

الأصل أن العدة تنتهي وفق ما سبق إلا أن طارئاً قد يقع خلال فترة العدة يؤدي إلى انتقالها من نوع إلى آخر وقانون الأسرة لم يتعر، إلى هذا بخلاف القوانين العربية التي عالجت هذه المسألة كونها كثيرة الحدوث ولما يترتب عنها من آثار فالمعتدة من طلاق رجعي بالقروء قد تنتقل إلى الاعتداد بالأشهر متى ذهب عنها الدم خلال العدة ذهاباً طبيعياً وكذلك المعتدة من طلاق رجعي واعتدت بالقروء أو الأشهر فيتوف عنها زوجها خلال العدة فإنها تتوقف عن العدة الأولى لتبدأ عدة الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام كذلك الزوجة الحامل التي يتوفى عنها زوجها تعتد عدة الوفاة فلو وضعت الحمل بعد الوفاة ولو بزمن قليل انتهت عدتها بوضع الحمل شريطة أن يولد كامل الخلق¹

8 . العدة في القانون:

كسائر القوانين الوضعية فإن قانون الأسرة قد نظم أحكام العدة ضمن المواد 58 إلى 61 من وقد شمل نص المادة 58 أنواع العدد بما يلي: "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائى من المحي، بثلاثة أشه رمن تاريخ التصريح بالطلاق " إن عبارة القرء عبارة عامة استعملها المشرع في نص المادة 58 ق أ ج دون تعريف للقرء ذلك أن الفق اختلف في تعريف القرء بين من اعتبره الطهر ومن اعتبره الحيضة فكان للمشرع أن يوضح المعن حت لا يتعار، القضاء في ف،الن ازعات المتعلقة بحساب القروء كما نصت المدونة المغربية في الفقرة الأولى من المادة 136 على أن "تعدت غير الحامل بما يلي : ثلاثة أطهار كاملة لذات الحي،" يبدو أن المدونة استتدت إل الفق المالكي في تعريف القرء أما القانون السور المعتقد للمذهب الحنفي فقد نص في المادة 121 من أن عدة الم أرة غير الحامل للطلاق والفسخ كما يلي: ثلاث حيضات كاملات لمن تحي، فبوضوح معن القرء لا يتعر، القضاء لأ تناق، في أحكام.

9 . عدة الصغيرة قانوناً:

لم يتعرض قانون الأسرة إلى الصغيرة التي لم تحض بعد اعتباراً من أن القاصرة المرخص لها بالزواج لابد وأن تكون بالغة تحيض وهذا ما لم تشر إلي الفقرة الثانية من المادة السابعة المتعلقة بالترخيص بالزواج التي اكتفت بعبارة "قبل ذلك" وقد سبق التعرض إلى هذا بل اقتصر على اليائس من المحيض، والقاصرة المتزوجة التي لم تعرف الحيض بعد لا تدخل في حكم اليائس من المحيض كما أن هنالك من النساء من تظهر عليها علامات البلوغ أو تتجاوز سن البلوغ لكنها لم تحض بعد إما لطبيعة أو لمرض، فلي من الضرور أن كل بالغة تحي، حين البلوغ مباشرة وسميت لدى البعض

¹ نصت المادة 137 من مدونة الأسرة المغربية عل أن :إذا توفي زوج المطلقة طلاقاً رجعيًا وهي في العدة انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة "نفس النص للمادة 126 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

ممتدة الطهر" وقد نصت مدونة الأسرة المغربية على هذا بموجب الفقرة الثانية من المادة 136 أن "تعدت غير الحامل بثلاثة أشهر لمن لم تح، أصلا " ثم الفقرة الثانية من المادة 121 من قانون الأحوال الشخصية السور نصت على أن "عدة المرأة غير الحامل ثني أحد الطرفين¹ وقد تعرضت المحكمة العليا إلى الصلح في عدة قرارات² غير أنها كانت تعتبر الصلح اجراء غير جوهر ثم اعتبرت بمقتضى نص المادة 49 من قانون للطلاق أو الفسخ كما يلي: سنة كاملة لممتدة الطهر التي لم يجئها الحي ، أوجاءها ثم انقطع عنها ولم تبلغ سن اليأس ثلاثة أشهر لليائسة " هذا تفصيل مستحسن فكان لقانون الأسرة أن يأخذ بهذا النص مضييفا إلى نص المادة 58 عبارة " والتي لم تعرف الحيض بعد" ثم أن بع، قرارات المحكمة العليا قض بأن مدة العدة ثلاثة أشهر لغير الحامل دون توضيح كما جاءت ب المادة 58 أعلاه³ إذ ا فالمعتدة الصغيرة التي تعدت بالأشهر قد يجيئها الدم خلال العدة فتلتزم بتحويل العدة فمتى تبدأ العدة ؟ وكيف يتم تحولها ؟

أ . بداية العدة:

يعتبر تاريخ بداية العدة وتاريخ نهايتها من المواضيع التي يثور الخلاف حولها بين المطلقين؛كونها متعلقة بحق الزوج من جهة وبحفظ الأنساب من جهة أخرى لذلك أشار القانون إل بداية العدة بكيفية تختلف عن بقية القوانين موضوع المقارنة إذ اعتبر تاريخ بداية حسابها هو تاريخ تصريح القاضي بالطلاق⁴ بمعنى أن الزوج لو تلفظ بالطلاق أو أوقع بإشارة مفهومة أو بكتابة وبقي مصرا على رغم مروره بمرحلة الصلح التي تنتهي بالطلاق غالبا بمقتضى حكم قضائي فإن عدة الزوجة تبدأ حسب النص من تاريخ تصريح القاضي بالطلاق ولي من تاريخ إيقاع الزوج وهذا يعتبر معارضا لأحكام الشريعة الإسلامية كما أن لم يرد في أ مذهب فقهي شبي

¹ عبد العزيز سعد قانون الأسرة في ثوب الجديد ط2 دار هومة للنشر الج ازئر 2013 ص119

² قرار نص "من المقرر قانونا أن لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون " ق ارر رقم 570 بتاريخ 1989/6/6 ق ارر موال " من المقرر قانونا أن لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون قرار رقم 57812 بتاريخ 1989/12/25 م ق 1991 عدد3 ص71 بلحاج العربي قانون الأسرة المرجع السابق ص233

³ من المقرر شرعا أن أمد العدة ثلاثة أشهر عند الطلاق إلا إذا كانت الزوجة حاملا " ق ارر مؤرخ في 1968/11/6 عن بلحاج العربي قانون الأسرة المرجع السابق ص327

⁴ نصت المادة 58 ق أ ج على ما يلي: تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.

لهذا الحكم لأن طول المدة بين إيقاع الطلاق والتصريح بقضاء يعود بالضرر على الزوجة هذا بخلاف أغلب القوانين وفق التفصيل الموالي:

نصت المادة 129 من مدونة الأسرة على أن: "تبتدىء العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة" ويقصد المشرع بالطلاق الإشهاد على فاعلة تبدأ من تاريخ أما بالنسبة إلى التطليق فيبدأ احتساب مدة العدة من تاريخ صدور الحكم بالتطليق¹ لأن الدعوى المرفوعة طلباً للتطليق ليست بدعوى طلاق أين عمل الزوج إرادت وقرر فك الرابطة الزوجية وإنما هي دعوى نازع رفعت من طرف الزوجة تدعي فيها بوجود سبب جد يحول دون استمرار الحياة الزوجية وللقاضي أن يقرر فيما إذا كان السبب المقدم جدياً ومؤسساً أم العكس لينتهي في الأخير بقبول والحكم بالتطليق أو برفض وعلى هذا الأساس فإن الإشارة إلى تاريخ إشهاد العدلين على الطلاق والإشارة إلى تاريخ صدور الحكم بالتطليق يعتبر ضرورياً من أجل احتساب المدة تبعاً لنوع العدة

نص القانون السور للأحوال الشخصية بالمادة 125 على أن العدة تبتدىء من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو التفريق القضائي أو المفارقة في النكاح الفاسد وتاريخ الطلاق المقصود هنا هو تاريخ إيقاع من طرف الزوج؛ لأن المادة 87 من ذات القانون أكدت بنصها "يقع الطلاق باللفظ أو بالكتابة ويقع من العاج زعنهما بإشارت المعلومة" فيتضح من ظاهر النص أن الزوج بمجرد تلفظ بالطلاق فإن يقع وعمل القاضي في هذه الحالة عمل كاشف فقط؛ ذلك أن الفقرة الثالثة من المادة 88 تقضي بما يلي "وان لم تفلح مساعي الصلح سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة واعتبر الطلاق نافذاً من تاريخ إيقاع" إذاً فتسجيل القاضي للطلاق يتم بأثر رجعي وهو تاريخ إيقاع من طرف الزوج وهو الحكم الموافق للشريعة الإسلامية

يأتي الفقه المصر مدققاً مسألة بداية العدة حيث ورد عن "وتبدأ العدة عقب الطلاق إن كانت الفرقة طلاقاً فإن لم تعلم بالطلاق حت انقضت عدتها فقد انقضت العدة؛ لأن سبب وجود العدة هو الطلاق فتبدأ من وقت وجود السبب

الفرع الثاني: الحضانة

ورد عن الإمام أبي زهرة: "الطفل تثبت على منذ ولادت ثلاث ولايات؛ ولاية التربية وولاية على النفي وولاية على المال" فولاية التربية معقودة للنساء وهي ما يسم بالحضانة "فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعاً² وهي أيضاً اكتساب

¹ محمد الأزهر المرجع السابق، ص 341.

² محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية المرجع السابق ص 404

السلطة الأبوية على الأطفال بحيث يكون الوالد الحاضن مسؤولاً عن تصرفات محضون القاصر تجاه الغير كما يكون مسؤولاً عن تربيته وتعليمه وحراسته¹

أما قانون الأسرة فيعرفها بالمادة 62 ق أ ج عل أنها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته عل دين أبيه والسهر عل حمايته وحفظ صحته وخلقا لتعرفها مدونة الأسرة المغربية أنها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه م 163 م أ م

فقانون الأسرة كان مستوفياً لتعريف الحضانة إذ ارفع جانب الرعاية للصحة والتربية للخلق والدين؛ لأن الفرق بين الرعاية والتربية صريح وأحكام الحضانة مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحيحة والخلقية السليمة²

الأصل في الحضانة أنها من استحقاق الوالدين ما دامت الزوجية قائمة بينهما وما دام الولد في أم الحاجة إل الرعاية والعناية وقد نصت مدونة الأسرة المغربية عل ذلك بأن " الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت علاقة الزوجية قائمة " (م 164 م.أ.م)

الفرع الأول: التزامات الحاضن

أطراف الحضانة هما الحاضن الراشد الذي يتول قانوناً رعاية صغير سمي محضوناً وهو الطفل الذي لا يستقل بأموره بنفسه واصلاح شأنه وتوقي ما يضره فالحاضن ملتزم بأداء عمل والمحضون مستفيد غير أن جدلاً فقهيًا يثور في هذا الشأن.

1. حق الحضانة:

اختلف الفقه في هذا الموضوع؛ إذ هناك من يرى أن الحضانة حق خالص للحاضنة وهي الأم ومن يليها وما دام هذا الحق ثابتاً لها فلها أن تمارس كما لها ألا تمارس وعلي فالأم لو امتنعت عن الحضانة لم تجبر عليها ذلك أن شفقتها عل ولدها ازئدة وتدعوها إل الحضانة فيحتمل أن يكون امتناعها عن الحضانة بسبب عجز منها وهذا قول الشافعي³ كما يرى البعض، أنها حق للمحضون؛ لأن محتاج إليها ويتعر، للأذى والهلاك بدونها كون عاجزاً عن خدمة نفس وحمايتها وفي هذه الحالة لو امتنعت الأم عن الحضانة أجبرت عليها حرصاً عل عدم ضياع الصغير، وهذا قول مالك⁴

¹ عبد الفتاح تقيّة قانون الأسرة مدعماً بأحدث الإجتهدات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة المرجع السابق ص 246

² مصطفى السباعي المرجع السابق ص 268

³ عبد المجيد محمود مطلوب المرجع السابق ص 401

⁴ محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية المرجع السابق ص 411

ثم يرى فريق ثالث وهو الأرجح ومنهم الحنفية أنها حق مشترك بين الحاضنة والمحضون وحق المحضون هو الغالب هذا ما اعتنق قانون الأسرة في أكثر من موطن بصريح العبارة " مع مراعاة مصلحة المحضون " في نصوص المواد 64 65 66 و69 ق أ ج فضلا عن الأحكام القضائية ويترتب عن كون الحضانة حقا مشتركا بين الحاضن والمحضون ما يلي:

- أ . لو خالعت الزوجة زوجها عل أن تترك حضانة ولدها للزوج كان الخلع صحيحا ولا يسقط حقها في الحضانة لأن لي حقا خالصا لها بل هو للطفل ايضا
- ب . لو صالحت الزوجة زوجها عل أن تترك حقها في الحضانة وجعل ذلك أساسا فيالصالح فإن يكون باطلا لأن يكون صلحا عل ما لا تملك وهو حق غيرها ج . للقاضي أن يجبر الحاضنة عل الحضانة إن لم يوجد غيرها
- د . لا يجوز للأب أخذ الطفل من صاحبة الحق في الحضانة ويعطي لغيرها إلا بمسوغ شرعي عملا بقول صل الله علي وسلم لإم أرة " أنت أحق ب ما لم تتكحي"¹
- هـ . إذا كانت المرضعة للولد غير الحاضنة فعل هذه الأخيرة إرضاع حت لا تفوت حقها في الحضانة

وفي هذه الحالات كلها ي ارفع تقديم حق الصغير عل حق الحاضن وتقدير ذلك متروك للقاضي² ولكون الحضانة حقا مشتركا بين الحاضن والمحضون فإن هذا يمنح للمحضون الحق في رقابة افعال الحاضنة بواسطة ولي واما الحاضنة فيبق لها حق الأولوية عل غيرها لممارسة الحضانة ويعتبر هذ الحق امتيا از طبيعيا³

تعتبر الحضانة من التصرفات القانونية التي أشار إليها قانون الأسرة من جهة وهي محل حكم القضاء عند الضرورة تقتضي الت ازما من طرف الحاضن لفائدة المحضون وعلي فيجب أن تتوافر في الحاضن جملة من الشروط تؤهل لممارسة هذا العمل لأن يصبح مسؤولا عن الإخلال بالت ازمات تجاه المحضون

أ شروط الحاضن فقها .

أما الشروط الواجب توافرها لأهلية الحضانة فقد أجمع الفقه عليها بين الرجال والنساء كما يلي:

¹ عبد العزيز رمضان سمك المرجع السابق ص517

² عبد المجيد محمود مطلوب المرجع السابق ص402

³ حميدو زكية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة المرجع السابق ص460

. العقل فلا حضانة لمجنون أو لمجنونة لأنهما في حاجة إل من يرع شؤونهما . البلوغ لأن قرينة عل الرشد النسبي والقدرة الجسدية عل ممارسة الحضانة ثم أن دليل عل التكليف الشرعي فلا حضانة لصغير مميز لأن عاجز عن رعاية نفس . القدرة وهي الإستطاعة عل رعاية الصغير ولي لعدم القدرة مظهر معين بل قد يكون سبب ذلك عجزا جسديا معيناً أو كبر سن أو ذهاب بصر أو سمع كما قد يكون مرضاً مزمناً أو انشغال الحاضن عن المحضون بعمل كالمراة العاملة في إدارة أو نحو ذلك رغم أن المشرع قد عار، هذه الفكرة إذ اعتبر عمل المراة غير مسقط لحق الحضانة (م2/67 ق أ ج) ¹ . الأمانة فلا يعط الصغير لغير الأمين عل التربية وتقويم الأخلاق فلو كانت الحاضنة أو الحاضن معروفاً بالفسق سقطت عن الحضانة وقد ورد في اجتهاد قضائي للمحكمة العليا في هذا الموضوع ولاسيما إن كان المحضون يدرك الحسن من القبيح في السلوك ² هذه شروط مشتركة أما ما تختص ب المراة فهي ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أ والصغيرة بقريب غير محرم من فلا تكون مصلحت مضمونة في هذه الحالة وأن تكون ذات محرم من الصغير ؛ كأم أو أخت أو خالت ثم أن تقيم في بيت لي في من يبيع، الصغير هذا موقف الفقه في الشروط فهل وافقت القوانين الوضعية ذلك ؟ ثم ما موقفها من الحاضن القاصر ؟

ب . شروط الحاضن قانوناً .

كما ذكرت ذلك أن الصغير المميز لا يمكن ممارسة الحضانة إلا بعد البلوغ سوى أن المالكية يرون أن الصغير العاقل غير المضيع للمال يستحق الحضانة ³ لم يحدد قانون الأسرة شروطاً لممارسة الحضانة ولم يميز بين الحاضنة الراشدة والحاضنة القاصرة إلا موارد بنص المادة 62 ق أ ج "... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك " فالأهلية المقصودة من طرف المشرع تبدو غامضة لتحمل أكثر من مدلول أو يختلف الشراح في تحديد عناصر هذه الأهلية وقد تتعارض، أحكام القضاء أيضاً فلو ادع زوج أن طليقت ليست أهلاً للحضانة ليطلب إسقاطها عنها وتحويلها إلي يبق تقدير انعدام الأهلية لسلطة القاضي استناداً إل نص المادة 67 ق أ ج فهل تعتبر قناعة

¹ ورد في نص الفقرة الأخيرة من المادة 67 "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة"

² ورد في اجتهاد قضائي ما نص "حيث أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعاً وقانوناً إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الإستغناء عن أم" الملف رقم 171684 بتاريخ 1997/09/30 عدد خاص عن المحكمة العليا ص 169

³ محمد زهر المرجع السابق ص 401

القاضي كافية باعتماده على عبارة " أهلا " المذكورة سابقا أم يلجأ إلى نص المادة 222 ق أ ج التي تحيل إلى الفقه الإسلامي؟

إن اللجوء إلى الفقه الإسلامي لا يتم إلا عند غياب النص لكننا في هذه الحالة أمام نص موجود وغام، في ذات الوقت اعتقد أن الأهلية المقصودة قانونا لا تعدو أن تخرج عناصرها عن العقل والبلوغ والقدرة والإستقامة واتحاد الدين¹ ثم إن عبارة " أهلا " هل تعني أهلية الأداء أم الأهلية السلوكية المذكورة سابقا؟ لذا كان للمشروع أن يوضح شروط الحاضن ولا يقتصر على عبارة " أهلا "

بعد أن ساوى المشروع بين الأهلية المدنية وأهلية الزواج فإن الأمر محسوم غير أن الشخص القاصر الذي لم يبلغ بعد 19 سنة وتزوج بموجب ترخيص قضائي قد يجد نفس يوما ما حاضنا فإن أهلية نعتد بها لمنح حق ممارسة الحضانة؟

من حيث الواقع فإن الترخيص القضائي دوار مهما ووقائيا إذ سيؤكد إمكانية تحمل تكاليف الزواج وآثاره قبل السن المحددة قانونا أما من حيث القانون فإن الترخيص يمنح الشرعية للزواج مما يؤد إلى الاعتراف بكامل آثاره منها خاصة إنجاب الأطفال في غير السن القانونية للزواج ومن ثم، فإن الزواج يلزم الزوجين بحضانة أطفالهما رعاية لمصالحهم ولو وقع الطلاق بينهما فإن التزام الحضانة لا ينعدم ليفصل القاضي في الأخير بإسناد الحضانة للأم حتى ولو لم تبلغ سن الرشد القانونية²

وبتبيين من جهة أخرى أن المادة 67 ق أ ج جاءت مفسرة للمادة 62 ق أ ج تفسير يشوب في المعنى إذ نصت المادة على أن "تسقط الحضانة بإختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق أ ج" والشروط التي يعينها المشروع هنا هي الأعمال المحصورة في المادة 62 ق أ ج التي يلتزم الحاضن بأدائها فهي إذا التزمات وليست شروطا كما نص عليها القانون حيث الفرق بين الشرط والالتزام واضح وصريح ودليل ذلك أن أسقط الحضانة ممن يخل بأحد هذه الإلتزامات إذا كان المشروع يقصد الشروط بالإلتزامات فما الفائدة من وجود عبارة " أهلا "؟

لذا كان يستحسن أن يصاغ النص كالاتي " تسقط الحضانة بإخلال الحاضن لأحد الإلتزامات المنصوص عليها في المادة 62 ق أ ج " بدلا من عبارة " الشروط " وكان يمكن أن تضاف مادة محددة لشروط الحاضن مثلما ورد في بع، القوانين العربية فالقانون السور مثلا اشترط البلوغ والعقل والقدرة لممارسة الحضانة) م 137 ق أ (أما مدونة الأسرة المغربية فقد نصت في المادة 173 على ما

¹ محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية المرجع السابق ص 405 و 406

² حميدو زكية مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة دراسة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2005/2004 ص 237.

يلي: "شروط الحاضن: الرشد القانوني لغير الأبوين الاستقامة والأمانة القدرة على تربية المحضون وصيانت ورعايت ديناً وصحة وخلقا وعمل مراقبة تدرّس عدم زواج طالبة الحضانة إلا في حالات" استنتج من هذا النص أن المشرع المغربي اشترط لممارسة الحضانة الرشد القانوني بداءة وقد أصاب في ذلك كون الرشد مناط التصرفات من جهة وتحمل المسؤوليات مدنية كانت أم جزائية من جهة ثانية فلا حضانة لسفي أو معتوه أو من خف عقل أو عرف

بالطيش مما يتناف مع أمر التربية¹ واستثنى من ذلك الأبوين محتملا أن يكون

أ. الأمهات وإن علون

ب. الأخوات الشقيقات فلأم ثم لأب

ج. بنات الأخوات

د. الخالات الشقيقات فلأم ثم لأب وقيل أن الخالات أول من الأخوات لقول صل اللهعلي وسلم : "الخالة والدة"²

هـ. بنات الإخوة

و. العمات

ز. خالات الأم وعماتها ثم خالات الأب وعمات

ح. العصابة من الرجال على ترتيب العصابات³ أو ترتيب الإرث⁴

وقد روعي في هذا الترتيب عامل الشفقة والعطف على الصغير هذا بإجماع الفقهاء لأنهما يتوافقان في النساء ويقول ابن عاصم في الموضوع:

وصرفها إلى النساء أليق لأنهن في الأمور أشفق وكونهن من ذوات الرحم شرط لهن وذوات محرم

أما قانون الأسرة فقد رتبهم بموجب تعديل 2005 ابتداء من الأم فالأب فالأقربون من النساء لكن

السؤال القائم ما هي الحكمة من وراء ترتيب الأ في الدرجة الثانية من مستحقي الحضانة؟

نظرا للتطور الاجتماعي السريع الذي يشهده المجتمع الجزائري فإن تربية الأطفال لم تعد حكرًا على

الأم رغم بلوغها درجة من المعرفة والثقافة التربوية ولم تعد كافية لتنشئة شخص سوي بل وأصبح للأب

دور هام في هذه التربية

¹ عبد القادر داود أحكام الأسرة المرجع السابق ص 206

² محمد ابو زهرة الأحوال الشخصية المرجع السابق ص 405

³ مصطفى السباعي المرجع السابق ص 271

⁴ محمد قدر باشا المرجع السابق ص 125

إن ممارسة الأب للحضانة على ولده يقيم جسرا من الحوار بينهما اين يكتسب صفات خلقية ومعارف اجتماعية تعين على معرفة الحياة ولا يتحقق هذا ما لم يملأ الب الشروط الواجب توافرها في الحاضن ثم أن أهمية الوالد تزداد بعد انقضاء فترة الرضاعة ويتطور نضج الطفل عندما يتعلم المشي والكلام¹ يثور جدل فقهي حول ما إذا امتنعت الأم عن حضانة ولدها فهل تجبر عل ذلك؟

4. إجبار الأم القاصرة على الحضانة:

يرى البعض، أنها لا تجبر بجواز أن تكون غير قادرة عل القيام بأمر المحضون إلا إذا ثبت أن لم يوجد غيرها أو لي للأب وللصغير مال وهذا قول الشافعي وأحمد وبع، المالكية² كما يرى البعض، الآخر أن الأم تجبر طالما أن الولد في حاجة إليها ولم يوجد سواها أما من حيث حق الحاضنة في الأجرة فهل لها ذلك أم تمار الحضانة بدون عوض؟

الأصل أن الأم ملزمة قانونا بحضانة أبنائها ما دامت في بيت الزوجية دون أي عوض، أو كانت محل عدة من طلاق رجعي أما لو كانت مطلقة فالحضانة تثبت لها إن لم يعتريها عار، من عوارض الأهلية وموضوع أجرة الحضانة يتفق علي رضاء أو يحكم ب قضاء ويقع إلتزام الأجر عل أبي المحضون أو وصيه أو غيره

هذا ما لم يشر إلي قانون الأسرة تفصيلا إلا ما ورد عن النفقة في المواد 74 إل 80 ق أ ج رغم أن نفقة المحضون تعتبر موضوع نزاع بين الأزواج وفيما يتعلق بالسكن الشرعي فإن المادة 72 ق أ ج قد فصلت في ويشترط لتوفير السكن شروط هي:

. أن تكون المطلقة حاضنة سواء قل عدد المحضونين أم كثر .
ألا يكون لها ولي تأو إلي فإن وجد وكان ارفضاً لها أجبرت المحكمة على ذلك بموجب المادة 77ق أ ج

. أن يراعي في ذلك حالة الزوج يسرا وعسرا³

بعد إسناد الحضانة للأم يحكم القاضي تلقائيا بما يصطلح علي بالنفقة الشهرية الموجهة لفائدة المحضون في صورة مبلغ مالي يحدد قضاء وفق دخل الملتزم بالنفقة ووفق ظروف عي المنطقة مع العلم أن هذه النفقة مشكلة من عناصر؛ هي أجرة الرضاع أو الغذاء العلاج الكسوة ضروريات الحياة حسب العرف والعادة ثم إن أجرة الحضانة لقاء ما تبذل الحاضنة من جهد لحضانة الصغير هل تدخل ضمن النفقة الشهرية ؟ يبق المسكن الشرعي أو بدل إيجاره ليحكم ب القاضي استقلالا

¹ حميدو زكية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة المرجع السابق ص347

² مصطفى السباعي المرجع السابق ص271

³ عبد الفتاح تقي محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية المرجع السابق ص60 و 61.

عن النفقة والأصل قانونا أن الأب تجب علي ثلاث أجر: أجره الرضاع أو الغذاء أجره الحضانة ونفقة الولد.

نص القانون السور على عدم استحقاق الزوجة لأجر الحضانة ما دامت في بيت الزوجية أو كانت محل طلاق رجعي (م 143 ق أ) دون أن يتعر، لتفصيل أجره الحضانة هذا بنقي، المشرع المغربي الذي عرف أجره الحضانة بنص المادة 167م أ م أنها ما يدفع للحاضنة نظير العمل الذي تقوم به؛ وهو خدمة الصغير وتربيت وتستحق هذه الأجرة من وقت قيامها بهذ العمل حال طلاقها دون توقف على قضاء القاضي أن القاضي يحكم بها بأثر رجعي وتبقى دينا صحيحا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء¹ لكن إلى متى يمكن أن تستمر الحضانة ؟

5 . مدة الحضانة :

لا خلاف في أن الحضانة تبدأ بولادة الطفل حيا ليق تحت الرعاية إل غاية استغنائ عن خدمة الغير ولا يعدو أن يكون المحض ون ذلك ار أو أنث فإن كان ذلك ار بقي في حضانة النساء إل بلوغ حد الإستغناء ثم يرد إل عاصب من الرجال لأن يحتاج إل تأديب وتخلق بأداب الرجال² أما لو كانت المحضونة أنث بقيت في حضانة النساء إل أن تبلغ حد الإشتهاء فتضم إل عاصبها الرحم المحرم هذا فقها أما قانون الأسرة فقد حدد مدة الحضانة ببلوغ 10سنوات للذكر وبلوغ سن الزواج (للأنث) 19 سنة حسب نص المادة 7 ق أ ج (مع جواز تمديد الحضانة إل غاية السن السادسة عشرة للذكور فقط ليكون المشرع قد حرص عل صيانة وحفظ مصلحة المحضون بإبقاء المحضون تحت الرعاية لمدة أطول هذا بخلاف القانون المغربي الذ حدد سن الرشد كنهاية للحضانة لكلا الجنسين) 18 سنة (أما القانون المصر فقد اقتصر على 10 سنوات للذكر وأثنى عشرة سنة للأنثى مع جواز التمديد إلى غاية السن 15 بدون أجر حضانة) م 20 ق.أ.م

انتهاء الحضانة

كما بينت في الفرع الأسبق أن مدة الحضانة تنتهي بنص القانون الذراع مدى استغناء النحضون عن غيره فمت كان كذلك رفعت عن الحضانة تنتهي الحضانة باعتبار المحضون عند بلوغ السن القانونية للإستغناء وباعتبار الحاضنة تنتهي في الحالات التالية:

أ . إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب للمحضون وقد دخل بها أما لو عقد بها دون دخول لا تسقط الحضانة أما لو تزوجت بقريب محرم للمحضون كولي أو قريب غير محرم كابن العم لا تسقط

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي المرجع السابق ص 594 محمد الأزهر المرجع السابق ص 394

² رمضان الشرنباصي المرجع نفسه ص 601

الحضانة أيضا ويستثنى من هذه القاعدة؛ أن الزوجة رغم زواجها بأجنبي فإن الحضانة لا تسقط عنها ما يلي:

. إذا لم يقبل الولد غيرها في الرضاع وهي ظاهرة موجودة لدى بع، الرضع الذين ينفرون أثناء الغير وحتى الرضاعات الصناعية ففي هذه الحال يتعرض الطفل للمهلك متى تقرر إسقاط الحضانة عن أمه وهو في هذه الحالة.

. إذا امتنعت المرضعة أن ترضع إلا في بيتها أو بيت أم ولي عند الحاضنة هذا إن لم يوجد حاضن غيرها لأن مصلحة المحضون الممثلة في غذاء رضاعة لا تتحقق مت أصرت المرضعة عل أن ترضع إما في بيتها أو في بيت أم والمقصود من هذا السبب

. **الفريق الثالث:** يرى أن التنازل عن الحضانة مقابل الخلع جائز بشرط ألا يلحق بالولد المحضون ضرر وأن يكون الأب قادرا على حضانة الولد

و. بفوات طلب أجل التمديد وفق ما نصت علي المادة 68 ق أ ج إذ لو بلغ المحضون الذكر عشر سنوات يحق للأب طلب انتقال الحضانة إلي ما لم تتمسك بها الأم خلال سنة من تاريخ نهاية العشر سنوات ما لم يقدّم الدليل عل خلاف ذلك¹ او مرت سنة كاملة دون أن يطالب مستحق الحضانة بحق في ذلك وقد صدر عن المحكمة العليا ما يؤيد هذا المبدأ إذ ورد القرار التالي "إن المبدأ الذي استقر علي الإجتهد القضائي هو أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارسوا ذلك الحق خلال سنة وبناء عل ذلك فإن القضاة لما أسندوا الحضانة للجدة كانوا قد خالفوا المبدأ وبالتالي القواعد الشرعية في مادة الحضانة الأمر الذي يجعل قرارهم معرضا للبطلان والنقض"²، وقد استثنى القضاء المغربي الأم من هذه الحالة بمعنى أن حتى لو انقضت السنة فلا يسقط حق الأم في طلب ابقاء الحضانة لها³

ز. استيطان الحاضن في بلد أجنبي يتوقف عل قناعة القاضي التي تشترك فيها جملة من الأسباب من بينها مصلحة المحضون غير أن الفقه فرق بين البلد الأجنبي الذي هو بلد الحاضن وبين البلد الأجنبي الذ هو لي كذلك فأباحوا لها الخروج بالمحضون إل بلدها الأصلي ولو كان أجنبيا عن بلد الطفل ويجوز هذا بتوافر شرطين:

الأول: أن يكون بلدها الأصلي

الثاني: أن يكون قد عقد عليها في فلو اختل أحد هذين الشرطين سقط عنها حق الرحيل بالمحضون

¹ فضيل سعد المرجع السابق ص 379

² ملف رقم 19303 بتاريخ 1979/2/5 ن ق 1981 عدد 1 ص 77 بلحاج العربي قانون الأسرة، المرجع السابق ص 375 وما بعدها

³ قرار للمجلس الأعلى المغربي رقم 583 صادر في 1981/10/04 عن محمد الأزهر المرجع السابق ص 413

ح . بقوة القانون أ بما ورد في نص المادة 68 ق أ ج
وأضاف المشرع المغربي استثناءات هي:

الأول: إذا كان المحضون صغيرا لا يتجاوز سبع سنوات أو يلحق ضرر من ف ارق أم لأن هذه المرحلة تتطلب رعاية من نوع خاص لا يمكن أن تتوفر إلا في الأم
الثاني: إذا كان المحضون عليلا أو به عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم مثل الإعاقات العضلية أو الذهنية التي تقتضي متابعة الأم لحالة ابنها المرضية¹ **الثالث:** إذا أصيبت الحاضنة بما يعيق مقصود الحضانة كالم ر، أو العجز **الرابع:** إتصاف الحاضنة بالفسق وتخلف الأمانة والإستقامة

الخامس: إذا تنازلت الحاضنة بملق إرادتها عن الحضانة متى لم يلحق هذا التنازل ضررا بالمحضون كالأ يحظ المحضون بالرعاية الكاملة ممن تنازلت للحاضنة
أخيرا فإن تنازل الحاضنة يمكن أن يخدم مصلحة المحضون كعجزها عن استمرار الحضانة أو عدم رغبتها واستعدادها للحضانة فتتاد مصلحة المحضون بقبول الطلب أما أن يكون هذا التنازل ضد مصلحة المحضون فهنا يجب تطبيق القيد الأساس وهو عدم الإضرار بمصلحة المحضون فتكون الحاضنة هنا متعينة للحضانة مما يتوجب رفض طلب التنازل اللهم إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون بعد ذلك خلاف ما قرره القاضي².

المطلب الثاني: الآثار المالية لفك الرابطة الزوجية

إذا كان الزواج مما يجلب المنفعة للزوجين فإن فك الرابطة الزوجية سواء تم بإرادة فردية أو إرادة مشتركة فإن يلحق ضرر بطرفي العقد أو بأحدهما في غالب الأحيان هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن الزوجة ملزمة بعد الفرقة الزوجية بالإعتداد والمكوث في بيت الزوجية مدة محددة شرعا وقانونا مما يجعل هذا المكوث بمثابة احتباس لحق الزوج يقتضي أن تستفيد الزوجة من نفقة وسكنى خلال هذه المدة طالما انها محتبسة وتعتبر زوجة حكومية.

هي حق لبعض، المعتدات دون غيرهن يلتزم الزوج بأدائها وتدفع للمطلقة نقدا يحكم ب قضاء كما يجوز لكلا الزوجين طلب الإستئناف في الحكم القاضي بها³.

¹ محمد الأزهر المرجع السابق ص 412

² حميدو زكية مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة دراسة مقارنة المرجع السابق ص 478

³ نصت المادة 1/57 من قانون الأسرة على أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطويق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية ليؤكد المشرع على بسط الرقابة على حكم القاضي بالنفقة طالما أن هذا الحكم قائم على تقدير القاضي

1 . مستحقو النفقة:

تجب للمطلقة التي يملك الزوج حق رجعتها خلال العدة سواء كانت حاملا أم غير

حامل راشدة أم قاصرة ظالمة أو مظلومة¹ 817

أ . المعتدة غير الحامل: هي المطلقة طلاقا رجعيًا تم بإرادة الزوج تستحق النفقة فضلا عن السكن
818

ولا فرق هنا بين كبيرة وصغيرة طالما أن الخطاب موج في حق المطلقات أما لو كان الطلاق بائنا فوجوب النفقة من عدم موضوع اختلاف فقهي

قال الشافعية في هذا " فكل مطلقة كان زوجها يملك رجعتها فلها النفقة ما كانت في عدتها من " مهما كانت طبيعة العدة إما قروء أو أشهرًا لليائسات والصغيرات ولا يحق لها إبرام عقد الزواج ما دامت معتدة¹ كما أخذ الحنفية بهذا الرأي ويؤكدون على عدم التمييز بين الراشدة والقاصرة إذ ورد عنهم " وإذا طلق امرأت وهي صغيرة لم تحض، بعد وقد دخل بها ومثلها يجمع فعدتها ثلاثة أشهر عل ما عرف في كتاب الطلاق وينفق عليها مادامت في العدة² وكذا المالكية³

وتقدر نفقة المعتدة بحسب حال الرجل يسار واعسرا وتوسطا كنفقة الزوجة

ب . المعتدة الحامل:

تجب النفقة للحامل فلا فرق بين مطلقة طلاقا رجعيًا أو طلاقا بائنا ؛ لأن المنفقة فرضت بسبب الحمل ولأجل وتسقط النفقة مت كانت من عدة وفاة ؛ لأن النفقة تجب عل الزوج وقد توفي فلا تجب عل غيره خلافا للحنابلة الذين يوجبون النفقة للمعتدة من وفاة مت كانت حاملا⁴

ج . نفقة المطلقة الصغيرة في قانون الأسرة:

كما سبق التعرض، إلي⁵ فإن الصغيرة قد تعتد بالأشهر ما لم يأتها الحي ، فإن شهدت خلال العدة استأنفت من جديد بالقروء حالها حال البالغة وتعتبر ممن تتحول لديهن العدة مادام الشارع قد فر، للمعتدة نفقة فهي مقترنة بزمن العدة طولًا وقصرًا

يقول الحنفية معززين هذا الحكم أن المراهقة التي اعتدت بالأشهر وأرت الدم قبل مضيتها أ مضي العدة لها النفقة في العدة الجديدة التي وجب عليها استئنافها بالأقراء⁶ وهذا حكم سليم طالما ان

¹ محمد بن إدري الشافعي المرجع السابق ص344

² الأستروشنى المرجع السابق ص344

³ الإمام مالك المرجع السابق ص299 و 300

⁴ عبد العزيز رمضان سمك المرجع السابق ص466

⁵ أنظر في هذا الشأن صفحة 264 و 265

⁶ محمد قدر باشا المرجع السابق ص109

الصغيرة التي شهدت هذا التحول الخارج عن إرادتها سبب لها طول مدة العدة لتتق محبوسة لحق زوجها يراجعها مت شاء إذا كان الطلاق رجعيًا

رغم إجتهد الفقهاء في مسألة نفقة المعتدة الصغيرة ورغم خصوصية هذه المعتدة

فإن قانون الأسرة وأغلب القوانين لم يشير إلى ذلك كون لم يتعر، لتحول العدة واكتف في نصوص المواد 58 و 59 و 60 بالتعرض، إلى أنواع العدد إما قروءاً أو أشهراً¹ ويفهم من هذا أن نص المادة 61 ق أ ج الذي أعط للمعتدة حق النفقة والمكوث في بيت الزوجية²

هو نص عام لا يحتاج إلى تفصيل إذ ما دامت المطلقة معتدة فحقها في النفقة قائم إلا إذا ارتكبت فاحشة مبينة فتحرم من السكن دون النفقة بمعنى أن المعتدة تستحق النفقة طالعت عدتها أم قصرت³

أما نفقة المعتدة من وفاة فلا تجب لها ولو كانت حاملاً؛ لأن النفقة تجب على الزوج وقد توفي فلا تجب على غيره إذ الوارث لا خلافة في ذلك الوجوب⁴ ولأن المال تحول إلى الورثة ومن بينهم الحمل باعتباره وارثاً والبعض يرى أن لها النفقة ما دامت حاملاً وخاصة إذا كان ما تترك من الزوج قليلاً أما قانون الأسرة فلم يتعر، لذلك إطلاقاً

أ . نفقة المختلة الصغيرة:

المختلة تأخذ حكم المطلقة من حيث العدة والنفقة رغم كونها سبباً في فك الرابطة الزوجية وقد أجمع الفق أن لها النفقة ما دامت في عدتها رغم ما تدفع من بدل لقاء الخلع كما يجوز لها أن تنتازل عن نفقة العدة بدل الخلع⁵ ولا فرق بين زوجة ارشدة وزوجة قاصرة طالما أن قانون الأسرة يضمن للزوجة كل الحقوق المتعلقة بالزواج والطلاق إلا ما تعلق برفع دعوى الطلاق التي يباشرها وليها عنها وباسمها م 437 ق إ م إ

2 . من لا نفقة لهن من المطلقات:

المعتدة التي لا يملك زوجها رجعتها قد تكون حاملاً أو غير حامل فإن كانت حاملاً فلها⁶. لأن النفقة هنا موجهة للحمل أما لو كانت غير حامل فإن الفقهاء قد اختلف في شأن أحقيتها للنفقة

¹ أنظر في هذا الشأن صفحة 169.

² أنظر المادة 563 ق إ م إ.

³ سامح سيد محمد المرجع السابق ص 202.

⁴ محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية المرجع السابق ص 383.

⁵ سامح سيد محمد المرجع السابق ص 202 و 203.

⁶ سورة الطلاق الآية 6.

الفرع الثاني التعويض والتمتع

تقتضي القاعدة العامة أن كل من سبب ضرار للغير وجب علي التعويض، ولا فرق بين إن كان الضرر مادي أو معنويا

أولا : التعويض:

1. الضرر ونوعاه:

يعتبر الضرر الركن الثاني للمسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية ويتخذ أشكالا متعددة تتطور بتطور طبيعة الأفعال الضارة كما يعرف الفقه أن الألم الذي لا نفع يوازي أو يربي علي وهو نقي، النفع أو إلحاق مفسدة بالغير¹ أما الفقه القانوني فيعرف أن الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوق أو بمصلحة مشروعة ل الضرر نوعان؛ ماد ومعنوي فالمادي هو كل أذى يم الفرد في جسم أو ذمت المالية منقضا منها أو مفوتا لمصالح مشروعة أما الضرر لمعنوي أو الأدبي هو ما يصيب الفرد في شرف أو عواطف أو اعتباره أو في حق من الحقوق الأدبية التي لا تقوم بالمال²

من صور الضرر المعنوي ما يلي:

. ضرر معنوي يترتب عن آلام الجروح البدنية والمعنوية . ضرر معنوي يصيب الشرف والعرض،
. ضرر معنوي يصيب العاطفة ومن ضمنها؛ الشعور المعتقد الديني وحرية ممارسة
. ضرر معنوي يصيب الشخص من الإعتداء عل حق ثابت ل كالإعتداء على الإسم أو الحق
الأدبي

2. تقدير الضرر:

لي من صلاحيات المتضرر تقدير الضرر اللاحق ب نتيجة فك الرابطة الزوجة سواء كان الزوج أم الزوجة بل ينعقد هذا إل القاضي فمن حق المتضرر المطالبة بالتعويض، فقط مع تحديد قيمت أما قانون الأسرة فلم يتعر، لهذه المسألة لتقرر فيها المحكمة العليا بجملة من القرارات من بينها هذا القرار: " من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع ومت تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضرار معنويا بالمستأنفة"³

¹ عبد الهاد بن زينة المرجع السابق ص20 عن عبد الرؤوف المناو في، التقدير شرح الجامع الصغير دار المعرفة بيروت ط2 ج6

1972 ص83

² بن زينة عبد الهادي المرجع السابق ص55

³ ملف رقم 216865 بتاريخ 1999/03/16 الإجتهد القضائي غرفة الأحوال الشخصية المرجع السابق ص256 .

3 . التعويض:

لم يتعر، المشرع لتعريف صريح للتعويض، إلا ما أشار إلي القانون المدني في المواد 124 إل 133 فالمادة 124 ألزمت من كان سببا في إحداث ضرر للغير بالتعويض، للمتضرر هذا بصفة عامة أما قانون الأسرة فقد نظم أحكام التعويض، في المواد 52.53 و 55 من كما أن القانون المدني لم يتعر، إل تعريف التعويض، إلا ما أشرت إلي المادة 132 من حيث كيفية أدائه ويمكن أن نستنبط ل تعريفا من خلال نص المادة هذه¹

أ . مشروعية التعويض:

وضعت الشريعة الإسلامية التعويض، وسيلة لحفظ الحقوق ويستدل أيضا عل مشروعية التعويض، من قاعدة ازالة الضرر لمستفادة من قول صل الله علي وسلم " لا ضرر ولا ضرار "الذي يمنع وقوع الضرر أصلا ومعالجته إذا وقع بتعويض²

4 . صور تقدير التعويض:

يعرف تقدير التعويض، عن الضرر ثلاث صور؛ التقدير بواسطة القانون التقدير الإتفاقي التقدير القضائي³ فالتعويض، عن الضرر اللاحق بالزوجة أو الزوج بعد فك الرابطة الزوجية لم يكن من قبل موضوع اتفاق بينهما حسب الشائع لذلك يتدخل القاضي لتقدير التعويض ،فالقانون المدني نظم مسألة التعويض، القضائي في نص المادة 131 بما نص "يقدر القاضي مدى التعويض، عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملايسة فإن لم يتيسر ل وقت الحكم ان يقدر مدى التعويض، بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير ويستند تق'دير التعويض، عن الضرر غالبا عل الإعتبارات التالية:

ا . الظروف الملايسة لوقوع الضرر:

أشار إليها نص المادة 131 من القانون المدني غير أن خلافا فقهما ثار حول هذا العنصر فهناك من يقول بظروف المضروور والمسؤول عن الضرر وهناك من يقول بظروف المضروور فقط دون

¹ نصت المادة 132 من القانون المدني "يعين القاضي طريقة التعوي، مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا ويقدر التعوي، بالنقد على أن يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضروور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت علي وأن يحكم وذلك على سبيل التعوي، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع يتضح من خلال نص المادة أن المشرع عرف التعوي، على أن جزءا لضرر يسم القائم بالفعل الضار مدينا والمتضرر دائما كما ربط بحالة اعتد عليها بفعل غير مشروع طوالب القائم بهذا الفعل بإعادتها إل طبيعتها الأول وأخيرا بين أن التعويض يؤدي نقودا.

² عبد الهادي بن زينة المرجع السابق ص38 عن أحمد محمد سراج ضمان العدوان ص 102 و103

³ مقدم سعيد نظرية التعويض عن الضرر المعنوي المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1992 ص189

المسؤول عن الفعل الضار ومنهم السنهور الذي يعرف الظروف الملايئة بقول: "هي الظروف التي تلاب المضرور لا الظروف التي تلاب المسؤول فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما افاده بسبب التعوي،

كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعوي، " ولعل الأستاذ السنهور قد تأثر في ذلك بمفهوم التعوي، كمقابل للضرر الذي يلحق المضرور من الفعل الضار إذ لا يصح أن يتأثر التعوي، بدرجة خطأ المسؤول عن أو درجة غناه لأن يمكن أن يترتب ضرر يسير عن خطأ جسيم أو العكس ولذلك ينبغي أن تؤخذ جسامه الخطأ في الإعتبار جملة مع بقية ظروف الدعوى¹

ب . مراعاة حسن النية أو سوءها:

يقصد بحسن النية الإستقامة والن ازهة وانتفاء الغ فيلاحظ ألا أثر لحسن النية أو سوءها في تقدير التعوي، فقد تقوم المسؤولية رغم توافر حسن النية ومبدأ حسن النية لا يعمل ب إلا في المسؤولية العقدية أم في المسؤولية التقصيرية فالعبرة بتوافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية²

ب . الضرر المتغير والوقت الذي يقدر فيه:

يقصد بالضرر المتغير ما يتردد بين النفاقم والنقصان بغير استقرار في إتجاه بذات وقد يحدث تبعا لظرف طارئ بين فترة ارتكاب الخطأ وحصول الضرر³ فالأصل العام أن المسؤول عن الضرر لا يسأل إلا عن الضرر الذي احدث بخطئ غير أن القضاء يأخذ في الإعتبار الضرر المتفاقم وذلك بحق المضرور في طلب م ارجعة مقد ار التعويض، مقارنة مع تطور الضرر

فضلا عن العناصر الواجب مراعاتها في تقدير التعويض، قررت المحكمة العليا بموجب مراعاة حال الزوجين حال تقدير التعويض،⁴ هذا بخلاف من يعتد بحال المضرور دون المتسبب في الفعل الضار.

¹مقدم سعيد المرجع السابق ص195 و 196

²مقدم سعيد المرجع السابق ص200

³مقدم سعيد المرجع نفس ص201 عن حسين وعبد الرحيم عامر المسؤولية المدنية دار المعارف القاهرة

1979 ص554

⁴ينص القرار على أن " من المقرر شرعا أن تقرير ما يفر، للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع فإن تسبب وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غن وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا للقواعد الشرعية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ملف رقم 32779 بتاريخ 1983/03/02 عن بلحاج العربي المرجع السابق ص245

2 . مبدأ التعويض في التشريع الجزائري:

نصت المادة 124 من القانون المدني على أن " كل فعل أيا كان يرتكب الشخص بخطئ ويسبب ضرار للغير يلزم من كان سببا في حدوث التعويض،" من خلال هذا النص لم يحدد المشرع نوع الضرر أم التعويض، فقد توالت في شأن المواد 51 52 53 مكرر و55 من قانون الأسرة نصت على الحكم بالتعويض، بين الوجوب والجواز

أجازت المادة 5 ق أ ج للقاضي أن يحكم بالتعويض، متى سبب العدول ضرار لأحد الطرفين في حين أن المادة 53 مكر من ذات القانون ألزمت القاضي بالحكم بالتعويض، متى تحقق الضرر وطلبت الزوجة ذلك

أما في الطلاق التعسفي فقد قرر المشرع الحكم بالتعويض، م 52 ق أ ج فضلا عن الضرر اللاحق بأحد الزوجين عن الطلاق بسبب النشوز م 55 ق أ ج

ا . الطلاق التعسفي في قانون الأسرة:

الأصل أن الطلاق حق للرجل يوقع متى شاء دون غلو أو تماد من شأن ما يلحق بالضرر بالمطلقة متعسفا في استعمال هذا الحق ولما كان هذا الطلاق حقا شرعيا للزوج مع ما يرتب سوء استعمال من أضرار قيده الشارع حتى يحافظ على حق الجماعة وحتى لا يضر الرجل بالزوجة والأولاد فكان المناسب في معالجة آثاره هو قواعد التعسف في استعمال الحق ولي قواعد المسؤولية التقصيرية¹

والتعسف أمر باطني يصعب تبين فإن للقاضي خلال جلسات الصلح أن يتحقق ما إذا كان طلاق الزوج بإرادته المنفردة مستندا إلى سبب جد أم طلاقا تعسفيا وقد اعتبر القضاء الطلاق غير المبرر طلاقا تعسفيا فنص على " من المقرر شرعا وقانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر فإن للمطلقة الحق في النفقة والتعويض، وسائر توابع العصمة"² فما دام القرار قد تعرض، للتعويض، الناتج عن الضرر فالطلاق إذاً طلاق تعسفي

ب . التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي:

نصت المادة 52 من قانون الأسرة بالحكم للمطلقة بوجوب التعويض، بعد طلبها إياه هذا إذا تبين للقاضي من خلال جلسات الصلح أن الزوج قد تعسف في استعمال حق في الطلاق فالمشرع تعر، لوجوب الحكم بالتعويض، دون جوازه كما هو الحال في التطلق فلا يكفي توافر عنصر التعسف

¹ بن زيطة عبد الهاد المرجع السابق ص 169 عن فتحي الدريني نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ص 170

² ملف رقم 28784 بتاريخ 1982/11/12 عن بلحاج العربي المرجع السابق ص 245

في الطلاق ليتحقق التعويض، بل لا بد من توافر الضرر أيضا وعل الزوجة عبء إثبات بكافة وسائل الإثبات سواء أكان ماديا أو معنويا

ج . التعويض عن الضرر الناتج عن التطليق :

بخلاف نص المادة 52 من قانون الأسرة ورد نص المادة 53 مكرر يقضي بجواز الحكم للمطلقة بواسطة التطليق مت تضررت الزوجة من إذ اعتبر المشرع التعويض، جوازيا يبق تقدير كل من الضرر والتعويض، لسلطة القاضي فكان من الأصوب أن يكون الحكم بالتعويض، في هذه الحالة وجوبيا ؛ لأن الزوجة لم تطلب التطليق إلا بعد وجود ضرر هي ملزمة بإثبات لأن التطليق لا يكفي وحده لجبر الضرر كما أورده المشرع في الطلاق للنشوز

ج - التعويض عن الطلاق بسبب نشوز احد الزوجين:

لم تقصر المادة 55 ق أ ج على نشوز الزوجة كما هو شائع بل انصرفت به إلى الزوج أيضا فقضت بوجوب الحكم بالتعويض، للطرف المتضرر متى تم الطلاق لسبب النشوز يقينا من المشرع أن الطلاق بسبب النشوز لا يكفي لجبر الضرر بل لا بد من التعويض

6 . التعويض قضاء:

نظرا لاختلاف المحاكم في الحكم بالتعويض، من حيث سبب أو قدره فقد استقر قضاء المحكمة العليا بوجوب التعويض، عل كل طلاق تعسفي إذ صدر في قرار لها " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة نفقة إهمال نفقة متعة وكذلك التعويض، الذي قد يحكم ب لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أ إطار تدخل"¹

فالقرار هذا جاء مفصلا لكل الحقوق الثابتة للزوجة بما فيها التعويض ، وقد أكد القرار عل عدم خلط هذه الحقوق ووضعها تحت عنوان معين بل تبق منفصلة واضحة التعيين لأنها متفاوتة في قيمها ومتباينة في أسسها وهذا هو الأصوب لأن القضاة لو أخذوا بمضمون هذا القرار لكان ذلك سببا في تقليص ظاهرة الطلاق التعسفي

وعلى غرار الأحكام الصادرة عن محكمة بشار في موضوع توابع الطلاق المالية فإن بع، الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة قضت بالتعويض، عن الطلاق التعسفي ونفقة الإهمال ونفقة العدة فلم تجمع بين هذه التعويضات كونها متباينة المصادر²

¹ملف رقم 31560 لسنة 1998 ص69 عن بلحاج العربي المرجع السابق ص69

²حكم صادر عن محكمة بشار قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2013/4/4 يقضي بإل ازم الزوج دفع مبلغ للتعوي، ومبلغ لنفقة العدة ومبلغ لنفقة الإهمال فهر رقم 13/00193 جدول رقم 13/00075 كما صدر حكم آخر عن ذات المحكمة بتاريخ 2013/5/26

أما من حيث تحديد هذه المبالغ منحت المحكمة العليا للقاضي سلطة التقدير بقرارها الناص على " من المستقر علي قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض، ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل

من جملة ما جاء عن مبدأ التعويض، نتيجة الضرر اللاحق عن التطليق ورد القرار الموالي: " من المقرر قانونا أن يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولما كان ثابتا في أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا في متعسفا في من طرف الزوج فإن التطليق وحده لا يكفي لجبر الضرر فإن القضاة بقضائهم بتعويض، الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون¹ إذ أ يمكن القول أن قرارات المحكمة العليا وردت تأسيا بالفقه الإسلامي الذي أوجب التعويض،⁸⁶⁰ إن أسا التعويض، هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق والمسؤولية التقصيرية في التطليق مادام الزوج يدفع الزوجة إل طلب التطليق بالفعل أو القول²

ثم أن المشرع لم يقيد القاضي في تقدير التعويض، عن الضرر اللاحق بالزوجة من أي طلاق بل ترك ل مطلق السلطة للتقدير تبعا لشدة الضرر ولحال الزوج والحقيقة أن المشرع الجزائري حسنا فعل عندما لم يقيد التعويض، وترك لقاضي الموضوع الحكم بما يراه كفيلا لجبر الضرر ذلك أن الأوضاع والآثار قد تختلف من حالة طلاق إل آخر كما أن القانون إذا حدد قيمة التعويض، فان مراجعته تحتاج الإجراءات وتعديلات قانونية عك الأحكام القضائية التي تتماشى والواقع المعاش³. ويتعزز هذا بما أصدرت المحكمة العليا من القرارات في هذا الموضوع من بينها نص القرارات التالي: " من المقرر شرعا أن تقرير ما يفر، للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع فإن تسبب وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غن وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة"⁴

يقضي بنف النفقات المذكورة أعلاه فهر رقم 13/01077 جدول رقم 13/00748 في حين صدر حكم آخر بتاريخ 20103/1/9

يقضي بنفقة العدة ونفقة الإهمال ولم يتعر، إل التعوي، فهر رقم 13/00087 جدول رقم 13/02044

¹ ملف رقم 181649 بتاريخ 1997/12/23 المجلة القضائية العدد الأول 1997 ص 49 عن بن زيطة عبد الهاد المرجع

السابق ص 192 ⁸⁶⁰ أنظر في هذا الشأن صفحة 301

² بن زيطة عبد الهاد المرجع السابق ص 193

³ مسعودة نعيمة إليا التعوي، عن الضرر في بع، مسائل الز واج والطلاق د ارسمة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة أبي بكر بلقايد

تلمسان 20102009 ص 304

⁴ ملف رقم 32779 بتاريخ 1984/03/02 عن بلحاج العربي المرجع السابق ص 245

وفي قرار آخر "تحديد التعويض، عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم" ¹

أما لو استأنفت الزوجة دعواها في شأن رفع مبلغ التعوي، فتتبق دائما لقاضي الموضوع سلطة التقدير وليست علي رقابة هذا بحسب اجتهاد قضائي مفاده: " من المقرر قانونا أن رفع المبالغ الممنوحة للزوجة المطلقة يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذ يستنتج من الوثائق المعروضة وليست علي رقابة في ²المشروع السور نظم موضوع تقدير التعوي، بوضع حد أقص لمبلغ التعوي،³

ثانيا: المتعة:

1. تعريف المتعة:

هي ما يعطي الزوج لمن طلقها سواء كانت بالغة رشيدة أو صغيرة زيادة عل الصداق لجبر خاطرها المنكسر من ألم الفراق ⁴ وهي أيضا المال الذي يصل ب المطلق جبرا لوحشة الفراق ⁵ كما يعرفها الشافعية أنها المال الذي يجب على الزوج لامرات لمفارقت إياها بشروط⁶

أما بعد، الشراح فيعرف المتعة أنها مال يعطي الزوج لمطلقت زيادة عل الصداق لتطبيب نفسها وتعويضا لها عل الألم الذي لحقا بسبب الفراق بينهما⁷ أساسها فالنص القرآني هنا نص عام عند بع، الفقهاء في كل مطلقة صغيرة كانت أم كبيرة طلقت قبل الدخول أو بعده فر، لها صداق أم لم يفر،⁸

في شأن وجوب المتعة من عدم انقسم الفقه إل ثلاثة آراء⁹:

الرأي الأول يرى أن المتعة مندوبة في كل طلاق وهو قول المالكية

¹ ملف رقم 368660 بتاريخ 2006/7/12 مجلة المحكمة العليا 2006 العدد2 483 جمال سايسي المرجع السابق ص1373

² ملف رقم 40853 صادر في 1986/05/05 عن بلحاج العربي المكرج نفس ص247

³ نصت المادة 117 من القانون السور عل ما يلي: " إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤ وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها عل مطلقها بحسب حال == ودرجة تعسف بتعوي، لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعوي، جملة أو شهريا بحسب مقتض الحال "

⁴ بن زبطة عبد الهاد المرجع السابق ص154 عن الموطأ للإمام مالك كتاب الطلاق ص350

⁵ عبد المجيد محمود مطلوب المرجع السابق ص352

⁶ بن زبطة عبد الهاد المرجع السابق ص152 عن فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ص102

⁷ أحمد حلمي مصطفى المرجع السابق ص237

⁸ عبد المجيد محمود مطلوب المرجع السابق ص356

⁹ أحمد حلمي مصطفى المرجع السابق ص239 و240

أن هذا يكون من باب الإحسان ولي الإيجاب¹ لأن الخطاب موج للمتفضلين المتجملين وما كان كان من باب الإجمال والإحسان فلي بواجب² أما المفارقة باللعان فلا متعة فيها وأيضا المفارقة من من طرف المرأة قبل الدخول بسبب من جهتها

الرأي الثاني: للحنفية الذين يرون أن المتعة واجبة إذا فارق الزوج زوجته قبل الدخول

بسبب من جهت ولم يكن قد سم لها مهرا

فالأمر للوجوب فيختص بهذه المرأة احتراز عن غيرها من النساء كالمطلقة بعد الدخول فالمتعة عندهم إذاً مستحبة لكل مطلقة

الرأي الثالث يختص ب الظاهرية والشافعية إذ يرون أن المتعة واجبة لكل مطلقة أيا كان نوع الطلاق

واحدا أو اثنين أو ثلاثا سواء دخل بها أم لم يدخل سواء سمي لها مهر أم لم يسم عملا

وأضاف الظاهرية أن المختلعة لا متعة لها ولا لمن فسخ عقد زواجها لفساده³

2 . مقدار المتعة: ليس للمتعة مقدار محدد شرعا إذ ترك الشارع الحكيم تحديده لوضعية الزوج يسرا

أو إيسرا

3 . المتعة في قانون الأسرة:

لم ينص قانون الأسرة على المتعة بل نص على التعويض، بين الجواز والوجوب) م5 م52 م53 مكرر و56 (ولعل البعض، اعتبر المتعة هي التعويض، نفس وانما حصل الاختلاف في التسمية فحسب⁴ فالمتعة وردت بنص القرآن عامة غير مقرونة بثبوت ضرر ثم أن التعاريف السابقة للمتعة دلت على أنها تعط للمطلقة جبرا من أجل جبر خاطرها من ألم فراقها لزوجها هذا أمر طبيعي طالما أن الطلاق تم دون رضاها فإنها تتألم من وقوع أما لو لحقها ضرر مؤكد من جراء الطلاق بإرادة الزوج فضلا عن ألمها من الفرقة فلها الحق في المتعة والتعويض، هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن المحكمة العليا تعرضت إعتبار المتعة والتعويض، شيئا واحدا بقرار نصه " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية⁵ " ليلحق قرار متعارض، مع يقضي بتمييز المتعة عن التعويض، بما نص" من الأحكام

¹ عبد العزيز رمضان سمك المرجع السابق ص472

² ابن رشد المرجع السابق ص552

³ ابن حزم الظاهر المحل ج9 المرجع السابق ص245

⁴ بن زينة عبد الهاد المرجع السابق ص162 ورد عن " ومن خلال النصوص والأحكام والآراء السابقة) يقصد آراء بع، الش ارح (يتبين أن هناك ارتباطا واضحا بين المتعة والتعوي، عن الطلاق التعسفي ويتجاوز أن يكون الم ارد مجرد فارق في المسميات"

⁵ ملف رقم 39731 بتاريخ 1985/04/08 عن بلحاج العربي المرجع السابق ص246

الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة نفقة إهمال نفقة متعة وكذلك التعويض، الذي قد يحكم ب لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي إطار تدخل والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نق، القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي¹ والتعسف قد يكون قبل الدخول أو بعده²

4. المتعة في بعض القوانين:

تعرضت أغلبية القوانين العربية للمتعة باعتبارها نصف الصداق غير المسمى والبعض، اعتبرها تعويضاً عن الطلاق التعسفي في حين ميز البعض، بين التعويض والنفقة.

نصت المادة 18 مكرر من القانون المصري للأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 على أن "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط" اشترط المشرع لتحقيق المتعة أن يتم الدخول من زواج صحيح فإن كان فاسداً فلا متعة وأن يتم الطلاق من طرف الزوج رضا الزوجة ودون سبب منها على أن تقدر بما يعادل نفقة سنتين على الأقل هذا إذا ثار الخلاف بين الزوجين حول المقدار بخلاف القانون المصري ميز المشرع الأردني بين المتعة والتعويض، تعرض إلى المتعة باعتبارها عوضاً عن نصف الصداق غير المسمى ولي تعويضاً عن ألم الفارق إذ نصت المادة 55 من قانون الأحوال الشخصية على أن "الطلاق إذا وقع قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على ألا تزيد عن نصف صداق المثل" فالمتعة هنا لا تعني التعويض، بل هي بمثابة دين على الزوج أدائه متى انحلت الرابطة الزوجية قبل الدخول وإن سمي الصداق ثبت للمطلقة نصف

أما التعويض، فقد نظم بنص المادة 134 من ذات القانون بما نص "إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كان طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها بتعويض، لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات ويراع في فرضها حال الزوج عسراً ويسراً" وبذلك أخذ المشرع الكويتي أيضاً³ وكذا القانون السوري الذي اعتبر المتعة نصف الصداق غير المسمى لغير

¹ ملف رقم 4156 بتاريخ 1986/04/07 المجلة القضائية عدد 2 لسنة 1989 ص 69 عن بلحاج العربي المرجع نفس ص 247

² عبد الفتاح تقي محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية المرجع السابق ص 56

³ أحمد حلمي مصطفى، المرجع السابق، ص 240 و 241.

المدخول بها¹ أما عن التعويض، فقد أشار إلي في نص المادة 117 التي قضت بوجوب التعويض، متى كان الطلاق تعسفياً على ألا يتجاوز قدره ما يساوي نفقة ثلاث سنوات في حين أن مدونة الأسرة المغربية قضت في نص المادة 84 بوجوب المتعة متى كان الطلاق تعسفياً وتعني بها التعويض²،

5. الجمع بين التعويض والمتعة:

الخلاصة أن قانون الأسرة تعر، للتعويض، دون المتعة ولم يفصل في من حيث تقديره وكيفية تسديده في حين أن المحكمة العليا من جهتها اعتبرت المتعة مستقلة عن التعويض، إذ أجازت للقاضي أن يحكم بالتعويض، ويحكم بنفقة المتعة استقلالاً من جهة ومن جهة ثانية جمعت بين المتعة والتعويض، واعتبرت الفصل بينهما مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية

إذا كانت المتعة تمنح للزوجة من أجل جبر خاطرها فإن الزوجة التي تختار الطلاق بنفسها لا تستحق المتعة بمعنى أن لو جمعت المتعة والتعويض، في آن واحد تكون المطلقة قد أخذت تعويضاً عن نف الضرر مرتين³ ومما يؤكد هذا قرار نص على أن "من المقرر قانوناً أن التعويض، يجب على الزوج الذي طلق تعسفاً زوجت ونتج عن ذلك ضرر لمطلقة فإن كل زوجة بادرت إلى إقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكمها

فالحكم غير شرعي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد فهما خاطئاً للقانون ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجل الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلاً برفع مبلغ التعويض، ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي أن الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 فهما خاطئاً ومت كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون في جزئياً في جانب التعويض، والسكن ونفقة الإهمال⁴.

¹ نصت المادة 62 من القانون السوري على أن المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها ويعتبر فيها حال الزوج على ألا تزيد على نصف المهر

² نصت المادة 84 من مدونة الأسرة المغربية على أن مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيع مما يستنتج أن المدونة لم تعتبر المتعة نصف الصداق المسمى طالما أنها تعرضت لذكر الصداق وإنما اعتبرتها تعويضاً خاصاً بأضرار يلحق بالزوجة مع مراعاة الإعتبارات الواردة في نص المادة

³ مسعودة نعيمة إلبا، المرجع السابق، ص 310.

⁴ ملف رقم 50317 م ق 1991 عدد 1 ص 56

الخاتمة

الخاتمة

إذا كان زواج القصر من الإستثناءات الوارد النص عليها في قانون الأسرة فهذا لا يعني أن المشرع شذ عن قواعد الفقه الإسلامي بل أخذ بقول جمهور الفقهاء الذين أجازوا زواج الصغار مستنديين إل النص القرآني والحديث الشريف وقد تقاطع المشرع الجزائر مع بقية المشرعين العرب وغيرهم في هذا الموضوع ضمن عدة أحكام كما اختلف معهم في القليل منها ولا يعد هذا الإختلاف مؤثرا سلبا طالما أن يسع إلى الإستجابة إلى حاجات اجتماعية وعرفية سليمة تتوافق مع العقل والمنطق خاصة وأن إيجابيات الزواج المبكر تفوق سلبيات في الجانب الإجتماعي أما أسا اختلاف الفقهاء في زواج الصغار فمرده إل من اعتبر الأهلية شرط لزوم للزواج أجاز هذا الزواج أما من اعتبرها شرط نفاذ فلم يجزه

وقد وقفت من خلال هذا البحث عل جملة من الملاحظات ذكرا لا حصرا يمكن عرضها:

— تناول المشرع مسألة الولاية تناولا فضفاضا وخاصة في استعمال لعبارة " حضور وليها " كما استعمل المشرع أداة التخيير في ترتيب الأولياء لينتهي إلى الغير وليا وولاية الغير ينتفي فيها عنصر الحرص والشفقة على المولى عليها أما في شأن زواج القاصر فقد استعمل المشرع أداة الترتيب لزوما ليشدد على الحرص على مصلحة القاصر

وطالما أن المشرع غل يد الولي وقيد سلطت على موليته من اعتراض على من اختارت زوجا يكون قد ساوى بين الولاية على الراشدة والولاية عل القاصرة

— إذا كان المشرع قد قيد سلطة الولي في زواج القاصرة بنص المادة 13 ق أ ج وبإلغاء نص المادة 12 من ذات القانون .

— لم يضع المشرع حدا أدن للترخيص بالزواج بل اكتف بوضع عبارة " قبل ذلك " في نص المادة 7 ق أ ج في حين أن بعض، القوانين وضعت حدا أدنى للترخيص حتى

نضمن حماية للبنات القاصرات من تعسف أوليائهم بتزويجهم مبكرا خاصة وأن ظاهرة المتاجرة بالبنات لتحقيق مآرب خاصة ظهرت في المجتمع وهذا رغم منح المشرع سلطة التقدير في منح الترخيص.

– التصرف في الصداق الإشتراط بين الزوجين في عقد رسمي التعاقد مع المصحات في شأن التلقيح الإصطناعي إنشاء ذمة مالية مشتركة بين الزوجين كل هذه التصرفات تقتضي توافر أهلية الأداء والزوجة القاصرة معنية بها فكان للمشرع أن يستثنىها بنصوص خاصة تجيز لها ممارسة هذه الحقوق باعتبارها زوجة

– لم يتعرض، قانون الأسرة إلى إمكانية الطعن في الإذن بالزواج من عدم مع العلم أن أغلب القوانين أشارت إلى عدم الطعن فيه

– بعض القوانين أدخلت الوالدين مقترنين في الولاية بخلاف قانون الأسرة الذي اكتفى بولي واحد لأن مسؤولية زواج القاصر تعود للأب والأم معا ومادام قانون الأسرة قد ألغى نص المادة 39 التي تقر بقوامية الرجل على المرأة وجعل الزوجين في مستوى واحد من السلطة والمسؤولية تجاه الأسرة لتصبح الأم متحملة لجزء من المسؤولية.

كما أكد المشرع تركيزه على الزوجة القاصرة دون الزوج القاصر وذلك بورود نص المادة 39 الموجهة للزوجة فقط.

لم يميز المشرع بين طلاق الراشدة وطلاق القاصرة من حيث الموضوع إلا ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث إجراءات التقاضي.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

الكتب:

- 1- أحمد عمر بوزريقة، قانون المرافعات، ج1، جامعة قان يوسف، بنغازي ليبيا، 2003.
- 2- أحمد فراج حسين، المدخل للفقهاء الإسلاميين، منشورات الحلبي، بيروت، 2002.
- ابن حجر العسقلاني فتح الباري، ج9، دار الرسالة، الجزائر، 2000.
- 3- ابن حزم، المحلى، ج10، دار التراث، القاهرة، د.س.ن.
- 4- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الفكر، بيروت، 2003.
- 5- ابن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.
- 6- أبو القاسم محمود بن عمر الخوارزمي الزمخشري، أساس البلاغة، دار الكتب المصرية، الإسكندرية، 1923.
- 7- الإمام البخاري، صحيح البخاري، ج5، موفم ودار الهدى للنشر، الجزائر، 1992.
- الإمام مالك، الموطأ، ج1، مؤسسة المعارف، بيروت، 2004.
- 8- بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، ناشرون، 1979.
- 9- بلحاج العربي، قانون الأسرة.
- 10- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.
- 11- بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 12- بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 13- الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2005.
- 14- خديجة بناني، حق تصرف الزوجة في مالها حق شرعي وقيود تشريعية، دار تينمل للطباعة والنشر، مراكش، 1995.
- 15- خليل بن اسحق المالكي، مختصر خليل، دار الشهاب، الجزائر، 1988.
- 16- رعد مقداد الحمداني النظام المالي للزوجين دار الثقافة عمان الأردن 2010.
- 17- سامح عبد السلام، نظام الأسرة بين حضارتين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 18- سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2006.

- 19- الشافعي، الأم، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
- 20- شعيب الحمداني، قانون حمورابي، المطبعة الإعدادية، بغداد، 1988.
- 21- شهاب الدين القرافي، الذخيرة، ج4، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.
- 22- طاهري حسين، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، دار ربحانة للنشر، الجزائر، 2002.
- 23- عارف البصري، نفقات الزوجة في التشريع الإسلامي، الدراسات الإسلامية، بيروت، 1992.
- 24- عارف بن أحمد الصبري، الزواج المبكر بين حراسة الإسلام وتآمر الاتفاقيات الدولية، د.د.ن، د.س.ن.
- 25- عبد الحكيم فوده، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 26- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر، 2000.
- 27- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط2، دار هومة للنشر، الجزائر، 2013.
- 28- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية.
- 29- عبد الفتاح تقي محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية ثالة للنشر 2000.
- 30- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي كنوز الحكمة 2013.
- 31- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.
- 32- عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار أنسيكلوبيديا، الجزائر، د.س.ن.
- 33- القرافي الذخيرة ج1 دار الكتب العلمية بيروت دن.
- 34- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 35- كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 36- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.
- 37- محمد الأزهر شرح مدونة الأسرة المغربية دار النشر المغربية الدار البيضاء 2008.
- 38- محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج7، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.

- 39- محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، 1977.
- 40- محمد الحسن البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، جامعة دمشق، 2007.
- 41- محمد الشماع، المفيد في الأبحاث في أحكام عقد الزواج والطلاق والميراث، دار القلم، دمشق، دار الشامية، بيروت، 1995.
- 42- محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، افرقيا للنشر، المغرب، د.س.ن.
- 43- محمود محمد الشيخ، المهر في الإسلام بين الماضي والحاضر، المكتبة العصرية، بيروت، 2000.
- 44- مصطفى الجمال ونبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي، بيروت، 2002.
- 45- مقدم سعيد نظرية التعوي، عن الضرر المعنو المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1992.
- 46- الملكي الحسين نظام الكد والسعاية دار السلام الرباط 1999.
- 47- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، دار الفكر، دمشق، 1997.
- البحوث والرسائل الجامعية:**
- 1- أحمد قبيصي ولاية المرأة في التشريع الإسلامي رسالة ماجستير جامعة القاهرة 2003.
- 2- بن يحي أم كلثوم، أحكام القاصر، دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانونيين الجزائري والأردني، رسالة دكتوراه الجامعة الأردنية، 2007.
- 3- حميدو زكية مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة رسالة دكتوراه جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2005/2004 .
- 4- عبد الله أبداح العجمي، الرضا في العقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1999.
- 5- مسعودة نعيمة، مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

المجلات والدوريات:

- 1- اسماعيل ابراهيم أبو سريعة الحي، بين الفقه والطب مجلة البحوث الفقهية المعاصرة الربا، العدد4، د.ن.د.
- 2- تشوار الجيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1999، العدد4.
- 3- مصطفى القضاة، التبكير في الزواج والآثار المترتبة عليه، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد26، العدد1، 2010.
- 4- ياسين محمد غادي، أهمية الثقافة الطبية للخطاب وفحصهم قبل الزواج، مجلة الشريعة للدراسات الإسلامية، مجلس النشر العلمي لجامعة الكويت، العدد40، 2000.

المعاجم:

- 1- الفيروزي أبادي، القاموس المحيط، د.د.ن.د.س.ن.
- 2- مورييس نخلة، روجي البعلبكي وصلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي، بيروت، 2002.

مواقع أنترنت:

- فهرس حقوق الإنسان، موقع arbhumanrights.org.

الفهرس

الفهرس

الصفحة	العنوان
	إهداء وشكر
	فهرس المحتويات
أ-د	مقدمة
	الفصل الأول: المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق
7	المبحث الأول : مفهوم القاصر
7	المطلب الأول: تعريف القاصر
08	المطلب الثاني: حكم زواج القاصر
12	المطلب الثالث: الرضا في زواج القاصر
18	المبحث الثاني : الترخيص القضائي لزواج القاصر
18	المطلب الأول: تطور قاعدة الترخيص بزواج القاصر
22	المطلب الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج
23	المطلب الثالث: أثر الإخلال بحكم الترخيص بزواج القاصر
27	المبحث الثالث: صور وأحكام الفرقة الزوجية للزوج القاصر
27	المطلب الأول : طلاق القاصر ومن في حكمه
28	المطلب الثاني: سير دعوى الطلاق والبت فيها
	الفصل الثاني: آثار زواج القاصر وطلاقه
32	المبحث الأول: آثار زواج القاصر
32	المطلب الأول: أهلية التقاضي للقاصر
38	المطلب الثاني: حق القاصر في التصرف
47	المطلب الثالث: النظام المالي للزوج القاصر
52	المبحث الثاني: آثار فك الرابطة الزوجية للقاصر
52	المطلب الأول: الآثار الشخصية
68	المطلب الثاني: الآثار المالية لفك الرابطة الزوجية
82	الخاتمة
85	المصادر والمراجع