جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

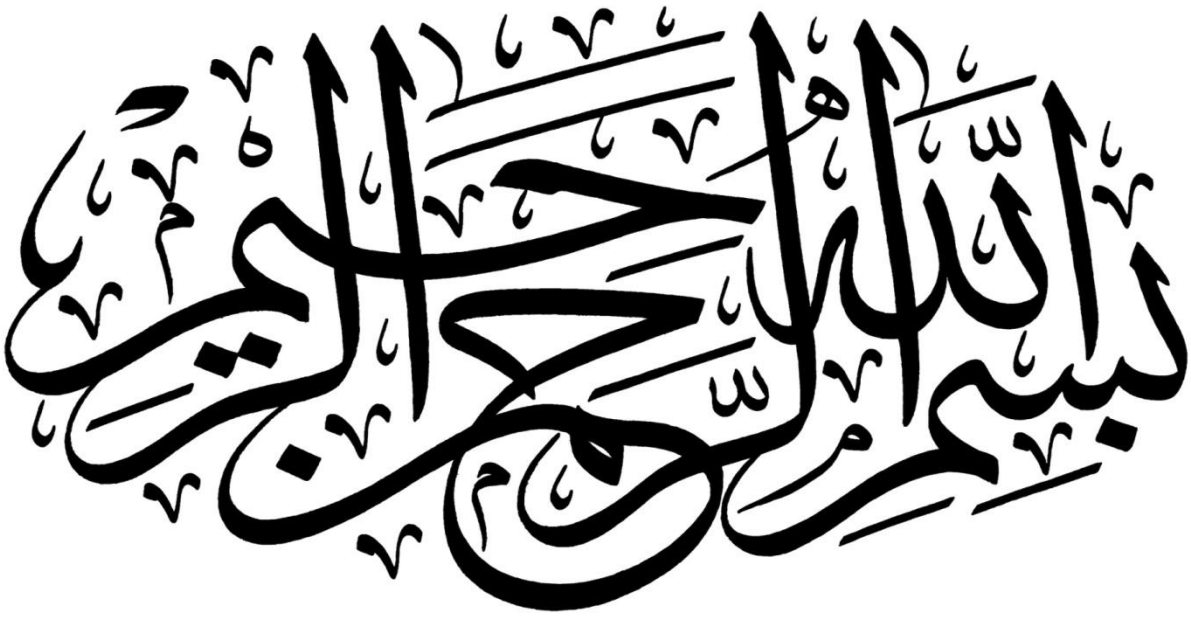
إعداد الطالبة : منصوري ياسمين

الترخيص بتزويج القصر

لجنة المناقشة:

أ . بوسطلة شهرزاد	الرتبة أستاذ محاضر أ	الجامعة محمد خيضر بسكرة	رئيسا
أ . بوقرة أم الخير	الرتبة أستاذ محاضر أ	الجامعة محمد خيضر بسكرة	مشرفا
أ . عمارة علي	الرتبة أستاذ مساعد أ	الجامعة محمد خيضر بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية : 2019 - 2020


بسم الله الرحمن الرحيم

قائمة المختصرات :

ص : صفحة .

ف : فقرة .

ج ر : الجريدة الرسمية .

ط : طبعة .

كلمة شكر

قبل بادئ الأمر أشكر الله تعالى الذي أعانني على إنجاز هذه المذكرة فالحمدلله حمدا كثيرا الذي وفقني و أنار دربي .

ولقول نبينا الحبيب : " **من لا يشكر الناس لا يشكر الله** "

أما بعد أتقدم بالشكر للأستاذة المشرفة **بوقرة أم الخير** على إشرافها في إنجاز مذكرتي , التي أنارتني بنصائحها و إرشاداتها التوجيهية .

كما أتقدم بالشكر لكل أساتذة الحقوق في كلية بسكرة على مدار جميع سنوات الدراسة .

و إلى طلاب كلية الحقوق دفعة 2019-2020 .

و إلى كل موظفي المكتبات الجامعية .

و إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد .

إهداء

أتشرف أن أقدم ثمرة عمل مذكرتي إلى

من كرمهم الله , لقوله تعالى : " **واخفِض لَهُما جَناحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحمَةِ وَقُل رَبِّ ارحَمهُما كَما رَبَّياني صَغيرًا** " . سورة الإسراء – الأية 24-

إلى التي كانت سندا في الحياة ,و من كانت سببا في نجاحي , إلى من أعانتني في صلواتها إلى أغلى إمرأة في حياتي والدتي " **أفروخ حياة** " أطال الله في عمرها ورزقها الصحة والعافية .

إلى من أنعمني الله به ومن كان سببا في إلهامي بدراسة الحقوق, إلى من كان لي سندا في الحياة و في وصولي لهذا المقام , إلى والدي "**منصوري علي** " أطال لله في عمره و أدامه فوق رؤوسنا .

إلى إخوتي زياد , محمد إلياس , أنس ...

إلى أختي مريم ...

إلى صديقات الروح : حوحو روميساء, ميلودي سلسبيل.

و إلى كل العائلة الكريمة و الأصدقاء .

منصوري ياسمين

مقدمة

المقدمة

قضت الفطرة التي فطر الله الناس عليها بضرورة إجتماع الذكور و الإناث دفعا إلى بقاء النوع الإنساني تعميرا للأرض وإثراء كنوزها وقواها الطبيعية , فلولا هذه الفطرة التي أكرم الله بها الإنسان لإندثرت الأرض في أقصر زمان , فكرم الإنسان عن سائر مخلوقاته ولم يتركه لغرائزه و نزواته الشخصية , وشرع الله الزواج من أجل تحصين النفس الإنسانية و إبعاده عن المحرمات أولا , و لإستكثار النسل و تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة ثانيا و كل ذلك يتم تحت ما يسمى بالزواج , يفيد هذا الأخير بحل العشرة بين الرجل و المرأة بما يوجبه الشرع .

و الزواج حسب الرأي القانوني , طبقا لما جاء به المشرع الجزائري في المادة الرابعة من قانون الأسرة المعدل والمتتم سنة 2005, أن الزواج عقد يتم بين الرجل والمرأة على الوجه المشروع , إضافة إلى حضور طرفي العقد لابد أن يتم إبرام عقد زواجهما برضا كلا الطرفين و إلا وقع تحت طائلة البطلان , و المشرع لم يكتف بأطراف العقد و قيامه على ركن الرضا فقط بل ألزم له بعض الشروط نص عليها في المادة 9 مكرر : الأهلية , الصداق , الولي , الشاهدان , إنعدام الموانع الشرعية .

وعليه ليقع عقد الزواج صحيحا ألزم إنعقاده بتعبير كل من الرجل والمرأة عن رغبته بالإقتران بالطرف الأخر , إلا أن ركن الرضا وحده لا يكون كافيا لإنعقاده بل يجب أن يتوفر لكل من الزوجين أهلية الأداء الكاملة لإبرام عقد الزواج , التي تعد من العناصر الجوهرية لصحة التصرفات القانونية , وقد تطرق المشرع الجزائري ضمن نص المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري إلى الأهلية القانونية الكاملة ببلوغ سن 19 سنة , غير أنه إستثنى من القاعدة العامة إستثناء تزويج القصر اللذين لم يبلغوا السن القانوني للزواج و قد تلزم أحيانا مقتضيات الحياة أن ينشأ القاصر أسرة فعالة في المجتمع تقوم على الود والتعاون تكون منتجة لكافة أثارها بالرغم من كونه قاصرا ,ذلك يرجع لإعتبرات معينة تخص القاصر بشخصه , تحقيقا لذلك راعى المشرع تلك الحالة حماية و حفاظا لمصالح قاصر وحقوقه .

ومن منطلق ما تقدمنا به ومن منطلق القاعدة القانونية العامة لإبرام عقد الزواج والتي تتوقف على بلوغ سن الزواج نطرح الإشكالية التالية :

كيف نظم المشرع الجزائري زواج القصر ؟

التساؤلات الفرعية :

وتتفرع عن الإشكالية الأساسية بعض التساؤلات الفرعية :

1- من يتولى إبرام زواج القصر ؟

2- ما هي الإجراءات القانونية اللازمة لزواج القصر ؟

المنهج المتبع في دراسة الموضوع :

إقتضت طبيعة الدراسة إستخدام منهج أساسي :

حيث إعتمدت على المنهج التحليلي , بالتطرق للعنصر المراد دراسته وودعمه بما تقدم به الفقهاء من أراء وأيضا الإستعانة بالمواد القانونية التي تخصه في محاولة تحليل ما تقدم.

أسباب إختيار الموضوع :

من بين الأسباب التي إقتضت دراسة موضوع تزويج القصر هي :

- الرغبة الشخصية في دراسة موضوع تزويج القصر لما يقتضيه مركز القاصر في المجتمع كونه يعد ناقص أهلية , ولا يتمتع بأهلية إبرام التصرفات .
- محاولة تحليل موقف المشرع الجزائري بعد مساواته لسن الزواج في قانون الاسرة و سن الرشد المحدد في القانون المدني .
- معرفة مدى حق تولي الولي فتزويج من في ولايته .
- معرفة أهم الإجراءات القانونية المتبعة عند زواج من لم يبلغ السن القانوني .
- قلة المواضيع المتخصصة في زواج القصر , حيث تطرق إليه شراح القانون كجزئية فقط .

أهمية الموضوع :

- تبرز أهمية دراسة الموضوع في إثراء الرصيد المعرفي .
- الإحاطة بكافة جوانب زواج القصر , وما يترتب عنه من أثار قانونية .

أهداف الموضوع :

- حماية القصر من إستغلال سلطة تعسف الولي في تزويجهم .
- إبراز سلطة القضاء في تقدير زواج القصر و منحه ترخيص بالزواج .
- توجيه النظر إلى ظاهرة تزويج القصر , والحث على تفاديها لمدى خطورتها .

الدراسات السابقة :

فيما يخص دراسة موضوع تزويج القصر , توجد بعض المراجع التي عالجت الموضوع إلا انها قليلة , أما بخصوص الدراسات الأكاديمية نذكر منها :

- فاسي عبدالله , **(المركز القانوني للقاصر في الزواج و الطلاق)** , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة أبي بكر بلقايد , تلمسان , 2014-2015 حيث تضمن موضوع الدراسة في الباب الأول (المركز القانوني للقاصر في الزواج وأثاره) و تطرق إلى الترخيص بزواج القصر كجزيئة في المبحث الثاني .

- سها ياسين عطا القيسي , **(زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج)** , مذكرة ماجستير في الفقه المقارن , كلية الشريعة والقانون , الجامعة الاسلامية ,غزة , 2010 حيث تناولت بدورها تزويج القصر ضمن الفصل الثاني في جزئية الولاية في زواج الصغار .

أيضا توفرت بعض المقالات التي تطرقت بدورها إلى دراسة موضوع تزويج القصر نذكر منها:

- تشاور الجيلالي , **سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري** , المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية, الجزء 37, كلية الحقوق , جامعة يوسف بن خدة , الجزائر , 1999 .
- رزيق بخوش , **ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة الجزائري** , مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية , العدد التاسع , كلية الحقوق , جامعة الحاج لخضر 1 , باتنة , 2016 .

خطة البحث :

قسمت الموضوع إلى فصلين :

- الفصل الأول تحت عنوان الإطار الموضوعي لترخيص بتزويج القصر , قسم بدوره إلى مبحثين , المبحث الأول الولاية في الترخيص بتزويج القصر , والمبحث الثاني الإشهاد في الزواج .
- الفصل الثاني تحت عنوان الإطار الإجرائي في الترخيص بتزويج القصر , قسم إلى مبحث أول في كيفيات إستصدار الترخيص بتزويج القصر , و إلى مبحث ثاني في أثار الترخيص بتزويج القصر .

الفصل الأول

الفصل الأول : الإطار الموضوعي للترخيص بتزويج القصر.

جاء الإسلام منذ القدم للحفاظ على جل المقومات الضرورية , تحقيقا لمقاصد الشريعة الإسلامية من حفظ الدين والنفس والمال و العقل و العرض , حيث خص الله تعالى لهذا منهجا خاصا لحفظ النفس لمدى أهميته في الحياة , و لتسيير ذلك وفق ما تقره الشريعة الإسلامية شرع الله الزواج تطبيقا لقاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد ولا يتم الزواج إلا بتحقق الشروط المقررة له بماجاء به قانون الأسرة المتمثلة في توفر الأهلية القانونية, الصداق, الولي , الشاهدان,إنعدام الموانع الشرعية, هذه الشروط العامة لإبرام الزواج , لكن لو كان هذا الرباط الغليظ بين قاصرين ليس لهم خبرة في الحياة إما لقلة وعيهم أولنقص أهليتهم لصغر سنهم أو لعارض أصاب أهليتهم فهل يأخذ بنفس الشروط أم هناك بما يختص به القاصر ؟

لفظ القاصر لفظ عام , يشمل كل من الصبي , الحدث , الصغير[1] . و موضوع الدراسة يقتصر على القاصر الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ,و سن الرشد حدد للأنثى والذكر ب19 سنة كاملة في قانون الأسرة لذا من كان دون هذه السن إعتبر قاصرا لنقص أهليته و قلة إدراكه ,رغم ذلك قد يحدث تزويج لقصر وهم دون سن الرشد مما يستوجب أمرا أن يتولى وليهم إبرام هذا الزواج بما يقره له الشرع و القانون من ولاية على النفس ذلك لتكفل بهم تحقيقا لرغبتهم ,و بإعتبار الزواج من أعظم العقود و أخطرها كونه يرد على أعراض الناس أحاطه الشرع بالإشهاد عناية و حرصا على حماية حقوق الزوجين و دفع الضرر عنهم و إثبات حقوقهم لما تكتسبه الشهادة من أهمية في الشريعة الإسلامية فهي من أقوى البينات في الإثبات . بناءا على ما سبق التطرق إليه , سيتم تقسيم الفصل إلى :

- الولاية في الترخيص بتزويج القصر (المبحث الأول) .
- الإشهاد و أحكامه في زواج القصر (المبحث الثاني) .

[1] **الصبي** : هو الإنسان منذ ولادته إلى غاية فطامه ويسمى غلام ; **الحدث** : هو الصبي منذ ولادته لحين بلوغه سن الرشد الجزائي ; **الصغير** :يقصد به الذكر و الأنثى دون البلوغ , حيث أن الصغر يلحق بالإنسان سواء بالبلوغ الطبيعي أو سن معين.

المبحث الاول : ا لولاية في الترخيص بتزويج القصر

وفق ما تطرق إليه المشرع من خلال نصوصه القانونية في قانون الأسرة , نجد أنه لم يوضح مفهوم القاصر بشكل خاص بل شمل في تعريفه من هم ناقصي الأهلية وبما أن القاصر لم يبلغ سن الرشد , يعتبر ناقص الأهلية في قانون المدني الجزائري[1] وكما يعرف على الصبي المميز أنه لا يعرف مصلحته ولا قدرة له على التمييز بين ما يجلب له النفع و الضرر, فلا يعقل أن يباشر الصبي عقد زواجه بنفسه وحتى ليس له أن يتقدم لخطبة من إختارها للزواج , لهذا ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى منع الصغير عن إبرام عقد زواجه , وأولوا الأمر إلى وليه وهوا ما تبناه المشرع الجزائري , و من خلال هذا المبحث سنتناول فيه ماهية الولاية و مشروعيتها في الزواج (المطلب الأول) , و سلطة الولي في تزويج القصر (المطلب الثاني) .

المطلب الاول : ماهية الولاية ومشروعيتها في الزواج

الولاية في الزواج من أبرز الموضوعات و أهمها في حياة الأفراد , من أجل ذلك قدستها الشريعة الإسلامية و أحاطتها بجملة من الأدلة الشرعية بما يحقق لها الإحترام و ما يساهم في تحقيقا , لذا في بادئ الأمر سيقدم تعريف عن الولاية , ليأتي بعده مشروعية الولاية في الزواج .

الفرع الأول : مفهوم الولاية ومشروعيتها

قبل الخوض في مسألة الولاية في الزواج , و الإحاطة بما تقتضيه من أحكام لابد من التطرق إلى مفهوم الولاية في اللغة و في الإصطلاح , إضافة إلى مشروعيتها بتقديم أدلة بين من يقول بإشتراط الولاية في الزواج ومن لا يعتبر الولي شرط في الزواج .

---

[1] مادة 40 من القانون المدني : " **كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية , ولم يحجر عليه , يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . و سن الرشد تسعة عشر كاملة** " , الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20رمضان 1395 , الموافق ل26 سبتمبر 1975 **المتضمن القانون المدني** ,الجريدة الرسمية العدد 78 , الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 , الجريدة الرسمية العدد44 سنة 2005 .

أولا : تعريف الولاية

قال الله تعالى : " **وَمَن يَتَوَلَّ اللَّـهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّـهِ هُمُ الْغَالِبُونَ** "[1] , فنظرا لأهمية الولاية في الزواج لابد من تقديم ماذا نعني بالولاية لغة و إصطلاحا .

1- لغة :

عرفت في اللغة بكسر الواو وهي المحبة والنصرة وقيام الشخص بأمر غيره , لقوله سبحانه وتعالى : " **أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّـهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا لَكُم مِّن دُونِ اللَّـهِ مِن وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ** "[2] , والولاية على الإيمان واجبة المؤمنون بعضهم أولياء بعض ومصدر الولاية , الولي : ولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفالته , وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح بدونه [3] .

2- إصطلاحا :

من ضمن التعريفات الإصطلاحية الفقهية حول تعريف الولاية , عرفها الشيخ أحمد الزرقا: " بأنها سلطة على الشخص القاصر لتنشئته وتعليمه وسائر التصرفات المتعلقة بشخصه"[4] . كما تعد الولاية تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى , وعرفها البعض بأنها قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره جبرا عليه[5].

يرتكز دور الولاية هنا في السهر على حفاظ مصالح الشخص المولى , و الولي عند توليه زواج من في ولايته يسعى بدوره لتحقيق ما يلزم لتأسيس أسرة مسلمة.

ثانيا : مشروعية الولاية في الزواج

دار الإختلاف بين الفقهاء حول شرعية الولاية فمنهم من ذهب رأيه إلى وجوب الولي في عقد الزواج , ومنهم من خالف هذا المبدأ بعدم إشتراط الولي في عقد الزواج .

---

[1] سورة المائدة , الأية 56.

[2] سورة البقرة , الأية 107.

[3] إبن المنظور , مرجع سابق , ص 407.

[4] مصطفى أحمد الزرقاء , **المدخل الفقهي العام** , دار القلم , الجزء الأول, دمشق ,ص 54.

[5] محمد بن أحد الصالح , **فقه الأسرة في الزواج و اثاره** , دون دار النشر, المجلد الأول, الرياض , 2003 , ص 196 .

1 : القائلون بإشتراط الولي في الزواج

ذهب كل من فقهاء المذهب المالكي و الشافعي و الحنبلي إلا إشتراط الولي في عقد الزواج , أي لا يجوز للمرأة بالغة كانت أم قاصرة في أن تتولى عقد زواجها بنفسها وليس لها أن توكل غير وليها لتزويجها , وإستدلوا على ذلك من الكتاب والسنة والمعقول .

1-1 – من الكتاب :

* قال الله تعالى : "**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ...** ".[1] ومدلول الآية الكريمة أن الولي هو الذي يزوج المرأة وليس للمرأة أي حق في عقد الزواج .

*وقوله عز وجل :" **وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّـهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّـهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ** " [2] .

وقوله تعالى : " **وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ...**"[3], الخطاب من خلال هته الأياتان موجه الى الاولياء , فلو كان الزواج بيد المرأة لما وجه الخطاب للأولياء .

وجاء قول الله تعالى : **(فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ)** [4], أي تزوجوهن بأمر أسيادهم و موافقة موالهين [5] وهذا قول صريح على أن الولي من يتولى الزواج , فلا زواج إلا بإذنه , وكذلك قوله تعالى : **(وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ...)** [6] , أي إختبروا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح وهو بلوغ الحلم الذي يصلحون عنده عنده للنكاح و إدفعوا إليهم أموالهم إذا كان فيه صلاحا في دينهم و مالهم [7] .

---

[1] سورة البقرة ,الأية 231.

[2] سورة النور , الأية 32 .

[3] سورة البقرة , الأية 221.

[4] سورة النساء , الأية 25.

[5] محمد علي الصابوني , **صفوة التفسير** , دار القرأن الكريم , المجلد الأول , الجزء الأول, الطبعة الرابعة , بيروت , 1981, ص 270 .

[6] سورة النساء , الأية 06 .

[7] محمد علي الصابوني , مرجع سابق , ص 259.

1-2 - من ا لسنة :

قال النبي صلى الله عليه وسلم: **(لا نكاح إلا بولي)** [1], فهذا الحديث صريح بإلزامية الولي في عقد الزواج ولا يصح بغيره وجاء هذا الحديث شاملا لكل من الصغيرة والكبيرة , بكرا أو ثيبا كانت .

و ما رواه عروة عن عائشة رضي الله عنها ,عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : **(أيَما امرأة نكحت بغير إذن وليها, فنكاحها باطل, فنكاحها باطل , نكاحها باطل)** [2] فجاء مؤكدا على أنه إذا أبرمت المرأة عقد زواجها بنفسها دون وليها فعقد الزواج باطل .

أيضا جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم : **(لا تزوج المرأة المرأة , ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانيةهي التي تزوج نفسها)** [3] , فلا قول للمرأة في زواجها أي يؤول تولي عقد الزواج للولي .

1-3- من المعقول :

إستدل جمهور الفقهاء من المعقول إضافة للكتاب والسنة وقالوا أن النكاح له مقاصد شتى فهو عقد العمر حيث يتحقق به السكن والإستقرار لكلا الزوجين , وإنجاب الأولاد وتربيتهم والمحافظة عليهم ,وتحقيقا لتلك المصالح أن لا تتولى المرأة عقد الزواج , يجب إسناده للأولياء من الرجال الذين هم أكمل نظرا [4] , وأوفر عقلا لقوله تعالى : **(الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّـهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ...)**[5] و أشد حرصا على صيانة أعراضهم و أنسابهم , ومن ومن المستحسن وتماشيا مع عادات المجتمع أن لا تدخل المرأة نفسها في عقد الزواج وتترك الأمر لوليها لتجاربه في الحياة .

---

[1] رواه ابن ماجه , **كتاب النكاح** , باب لا نكاح الا بولي , رقم الحديث 1880, ص 387.

[2] المرجع نفسه, الحديث رقم 1879.

[3] المرجع نفسه , الحديث رقم 1882 , ص 367.

[4] الشحات إبراهيم محمد منصور , **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية** , دون دار نشر , دون بلد نشر , دون سنة نشر , ص 101 . و عوض بن رجاء العوفي ,**الولاية في النكاح** , مكتبة الملك فهد الوطنية , الجزء الأول , الطبعة الأولى , الجامعة الإسلامية ,2002 , ص 151 .

[5] سورة النساء , الأية 34

2- القائلون بعدم إشتراط الولي في الزواج

وقد ذهب جمهور الحنفية على جواز انعقاد الزواج من دون الولي , وإستدلوا على ذلك من الكتاب والسنة.

2-1- في الكتاب:

قوله تعالى: **(فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ...)**[1] , ويظهر وجه الإستدلال في قوله تعالى: **(حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ)** أضيف النكاح إليها ,فيقتضي تصور النكاح منها, كذلك جعل نكاح المرأة غاية الحرمة , فيقتضي إنتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا تنتهي[2].

وإستند جمهور الحنفية بقول الله عز وجل : **(وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ)**[3]. دلت هذه الأية على جواز النكاح بدون ولي تفاديا لتعسف الولي في عضل زواجه مولته فيضاف العقد اليها من غير شرط إذن الولي من جهة , ومن جهة أخرى نهى الأولياء عن العضل اذا تراضى الزوجين[4].

و أيضا إستندوا بقوله تعالى : **(...فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّـهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ)** [5] فجاز فعلها في نفسها من دون وليها .

2-2- في السنة :

أما من السنة إستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم : **(الأيم أحق بنفسها من وليها , والبكر تستأذن , واذنها صماتها)**[6]. وجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الحق الى

---

[1] سورة البقرة , الاية 230

[2] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي , **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** , دار الكتب العلمية , طبعة 2, ,بيروت ,1986,ص247.

[3] سورة البقرة , الاية 232.

[4] الكساني , مرجع سابق , ص 373.

[5] سورة البقرة , الأية 234

[6] عبد العزيز بن عبد الله الراجحي , **شرح صحيح الإمام مسلم** , مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر, المجلد الرابع , الطبعة الأولى , المملكة العربية السعودية , 2018, رقم الحديث 1421, ص 38.

الى المرأة في نفسها, ونفى أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنكاحها, أما البكر نظرا لحيائها وعدم ألفها للرجال , جعل لها الشارع ترخيص بما يدل على رضاها, فكل من البكر البالغة العاقلة و الثيب فكلاهما سواء فيما يخص أمر النكاح .[1]

وما روي عن إبن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى لله عليه وسلم : (**ليس للولي مع الثيب أمر , و اليتيمة تستأمر و صمتها إقرارها**) , نص على إسقاط إعتبار الولي في زواج الثيب و إثبات الحق لها وهو ما يوافق لحديث : (**الثيب أحق بنفسها من وليها**) [2].

و جاء في رواية عبد الله بن بريدة عن عائشة رضي الله عنها – قالت : (جاءت فتاة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت :يا رسول الله : إن أبي زوجني إبن أخيه ليرفع بي خسيسته قال : فجعل الأمر إليها قالت : إني قد أجزت ما صنع أبي , ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للأباء من الأمر شئ) , ومنه ذهب الحنفية إلى أن إقرار النبي للفتاة دليل على نفي ولاية الاباء , وجعل أمر النكاح للنساء[3].

الفرع الثاني : أنواع الولاية في الزواج

جاء في تقسيم الولاية للإمام أبو زهرة , بأنها تنقسم الى ولاية قاصرة تختص بقدرة الشخص على إنشاء العقد الخاص بنفسه , وولاية متعدية تخص الشخص بنفسه و بالغير وتتمثل في إنشاء وتنفيذ العقود الخاصة بأمواله وهي الولاية على المال[4] . و ولاية على النفس تخص إنشاء عقد الزواج وهي التي تهمنا في خلال دراستنا , قسم الفقهاء الولاية في الزواج الى نوعين , فذهب التقسيم لولاية الإجبار و ولاية الإختيار .

أولا : ولاية الاجبار

تعتبر ولاية الاجبار ولاية كاملة , من خلالها يستبد الولي بانشاء الزواج على المولى عليه ولا يشاركه فيه الغير[5], وينفذ فيها قوله عليه شاء أم أبى [1], فتثبت للأب أو الجد أو المقربون

---

[1] نضال محمد أبو سنينة , **الولاية في النكاح في الشريعة الأسلامية** , دار الثقافة للنشروالتوزيع , عمان , 2011,ص 60.

[2] عبد العزيز بن عبد الله الراجحي , مرجع سابق , الحديث رقم 1421, ص 41.

[3] عوض بن رجاء العوفي , مرجع سابق , ص 167 وما بعدها .

[4] محمد أبو زهرة, **الأحوال الشخصية** , دار الفكر العربي ,القاهرة , 1957, ص 107.

[5] نفس المرجع , ص 107.

على الفتاة البكر ,والصغير ,والمجنون [2] ,هي ولاية تجعل الولي مستقلا في إبرام زواج من هم تحت ولايته دون إذن منهم لعدم توفرهم على ما يشترط لإبرام عقد الزواج .

مما سبق من أراء الفقهاء وخلافهم حول شرعية الولي عند زواج , إتضح أن للولي ولاية على أبناءه القصر مما يستوجب أمرا توليه جل التصرفات التي تخصهم من بينهم الزواج , لذا له سلطة إجبارهم بما يحقق لهم المصلحة , حيث تخص ولاية الإجبار بفئة القصر لذا لابد من تحديد من تثبت عليه ولاية الإجبار من القصر .

1 – الولاية في تزويج الصغار :

لا يجوز أن يباشر الصغير عقد الزواج لنفسه بنفسه , لأنه ليس بأهل لمثل هذه التصرفات , فيجوز إجبار الصغير على الزواج ودليل ذلك عن عائشة رضي الله عنها : " **أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ستة سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا** " وهو ما يدل على أن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أب السيدة عائشة رضي الله عنها زوجها دون أخذ إذنها .

والصغر وصف مؤثر في سلب أهلية العاقد أو نقصانها في الذكر والأنثى على السواء و الأصل في ثبوت الولاية على الصغار لقوله تعالى : **(وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ)**[3] , فاليتامى في هذه الأية الكريمة هم الصغار , وفي قوله تعالى : **(حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ)** فتنص على على حفظ أموال الصغار حتى يبلغوا , ويؤنس رشدهم , أما الولاية على الصغار في النكاح تكون قياسا على ثبوتها على الأموال[4] والصغيرة في الزواج تنقسم إلى البكر الصغيرة و الثيب الصغيرة .

1-1**البكر الصغيرة :** البكر في اللغة : العذراء والبكر من النساء , التي لم يقربها رجل ومن الرجال الذي لم يقرب إمرأة بعد [5]. و عند المالكية : التي لم توطأ بعقد صحيح أو فاسد جرى

---

[1] محمد بن أحمد الصالح , مرجع سابق , ص 196.

[2] بلحاج العربي , **أحكام الزوجية وأثارها في قانون الاسرة الجزائري** , دار هومه للنشر والتوزيع , الجزائر , 2013 ,ص401.

[3] سورة النساء , الأية 06.

[4] عوض بن رجاء العوفي , مرجع سابق , ص 366.

[5] محمد بن مكرم المصري الإفريقي لإبن المنظور , **لسان العرب** , الجزء 03 , مرجع سابق , ص73.

مجرى الصحيح , وعند الحنفية إسم لإمرأة لم تجامع بنكاح أو غيره [1], وفيما ذهب إليه المذهب الشافعي ومالك فولاية الإجبار تثبت على البكر , صغيرة أو بالغة , دون الثيب لأن العلة عندهم هي البكارة ومتى كانت البكارة ثبتت ولاية الإجبار , لأن الصغيرة بدورها لا تعرف مصالح النكاح ولا تفهم الرجال ومقدار تفاوتهم وهو ما ذهب إليه المذهب الحنفي[2] .

2-1 الثيب الصغيرة :

الثيب من النساء التي تزوجت وفارقت زوجها بأي وجه كان بعد أن مسها [3], وهي أيضا من زالت بكارتها ولو حراما [4] , والقول في تزويج الثيب الصغيرة هو كقول تزويج البكر الصغيرة , إلا أن الشافعية وإبن حزم الظاهري و بعض الحنابلة على منع تزويج الثيب قبل بلوغها بعموم الأحاديث مفرقة بين البكر والثيب في الإستئذان [5] , لقول النبي صلى الله عليه وسلم : **(لا تنكح اللأيم حتى تستأمر , ولا تنكح البكر حتى تستأذن)** , وفي قوله : **(الأيم أحق بنفسها من وليها , والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها)** [6].

ثانيا: ولاية الاختيار

هي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه, بل لابد أن تتلاقى إرادة الصغيرة مع إرادة الولي ويشتركان في الإختيار ويتولى هو الصيغة [7], وذهب جمهور الفقهاء الى أن ولاية الإختيار تثبت للمرأة البالغة العاقلة , فيرى أنه ليس لأحد عليها سلطان و ولها أن تباشر عقد زواجها بنفسها [8] , ومما تطرق فولاية الإختيار تثبت للبالغة بكرا أو ثيبا دون

---

[1] وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية الإسلامية, **الموسوعة الفقهية** , دون دار نشر , الجزء الثامن , الطبعة الثانية, الكويت, 1404-1983, ص 176.

[2] بدران أبو العينين بدران , **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون , الزواج والطلاق** , دار النهضة العربية , الجزء الأول , بيروت , دون سنة نشر , ص 143 .

[3] إبن االمنظور , مرجع سابق , جزء 1 , ص 237 .

[4] الموسوعة الفقهية , مرجع سابق , ص 177 .

[5] عوض بن رجاء العوفي , مرجع سابق , ص 424 .

[6] أخرجه البخاري , في كتاب النكاح , باب لا ينكح الأب ولا غيره البكر والثيب إلا برضاها , جزء 09 , حديث رقم 5136 , ص 110.

[7] عيسى حداد ,**عقد الزواج (دراسة مقارنة)** , منشورات جامعة برج باجي مختار ,عنابة , 2006 , ص120.

[8] محمد أبو زهرة , مرجع سابق , ص110.

الصغيرة , إلا أنه بمراعاة العادات و تقاليد المجتمع يستحب أن يتولى وليها إبرام الزواج مع الأخذ بإذنها و إختيارها .

الفرع الثالث : شروط الولي

هناك بعض الشروط الواجب توافرها في الولي , حتى تثبت له الولاية و تخلف هذه الشروط أو بعض منها يؤدي بالضرورة إلى سقوط حقه في تولي تزويج من تحت ولايته , ومن الشروط الأتية الذكر ما إتفق عليها الفقهاء ومنها ما وقه إختلاف فيها , سنبينها فيما يلي:

أولا : الشروط المتفق عليها

1-كمال الأهلية :

الولاية لا تثبت إلا للشخص البالغ العاقل , وبما أن العقل مناط التكليف , وفاقد العقل لا ولاية له على نفسه ولا على غيره[1] , وعليه لايجوز التزويج من الصبي لعدم أهليته و لا يجوز للمجنون تولي عقد الزواج فمن لا عقل له لا طاقة له في تدبير شؤون غيره سواء كان لجنون أو عارض أصابه ومن باب أولى لا قدرة له في تدبير زواج الصغيرة , لذا إشترط الفقهاء في الولي كمال العقل تحقيقا لمصالح القاصر هذه الشروط لا خلاف فيها بين فقهاء المسلمين .

2- الإسلام :

ومما إتفق عليه الفقهاء وجوب الإتحاد في الدين بين الولي والمولى عليه في الزواج , وأجمع أهل العلم على أنه لا يجوز للكافر أن يتولى تزويج المسلمة ولا يكون المسلم وليا للكافرة[2] , لقول الله تعالى : **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ**)[3]. فلو كان للصغيرة أخوان شقيقان أحدهما مسلم و الأخر مسيحيا , و كانت هي مسلمة

[1] نضال أبو سنينة , مرجع سابق , ص 306.

[2] سها ياسين عطا القيسي,**(زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج)** , مذكرة ماجستير في الفقه المقارن , كلية الشريعة والقانون , الجامعة الاسلامية ,غزة , 2010 , ص 24 .

[3] سورة النساء ,الاية 144.

فالولاية على تزويجها لأخيها المسلم و إن كانت مسيحية فالولاية للمسيحي [1], لأنه بإتحاد الدين تتحد المصلحة لقوله تعالى : **(وَلَن يَجْعَلَ اللَّـهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)** [2] , لأن إختلاف الدين يقطع ولاية التزويج كما يقطع التوارث وعليه لا تصح ولاية الغير مسلم على المسلم.

ثانيا : الشروط المختلف فيها

1- الذكورة :

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة , إلى إشتراط الذكورة في الولاية على المرأة عند زواجها , فالأصل في الولاية للولي الذكر , و لأن المرأة قاصرة تثبت الولاية عليها[3], لذا لا يصح لها تزويج نفسها بنفسها ولا أن تزوج غيرها . وإستدلوا بكتاب الله في قوله عز وجل : **(الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّـهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ)**[4] و الاية الكريمة بينت أن الرجال هم أهل القوامة على النساء في تقدير مصلحتهم , وجاء في الحديث النبي صلى الله عليه وسلم : **(لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها)**[5] .

بالرغم مما قاله الفقهاء إلا أن الحنفية خالفوا هذا الشرط , وأ جازوا للمرأة البالغة العاقلة بأن تتولى زواجها بنفسها إذا كان الزوج كفؤا ولها أن تزوج الصغيرة والصغير عند غياب الأولياء من الرجال , و قال المالكية للمرأة الولاية إذا كانت وصية أو عاتقة أو مالكة[6] , غير أن ولاية المرأة لا تصح عند الشافعية والحنابلة , و قد أثبت أبي حنيفة ولاية التزويج لأولى الارحام عند عدم العصبات , وتدخل فيه النساء مثل الأم .[7]

---

[1] عبد الوهاب خلاف , **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية** , دار القلم للنشر والتوزيع , الطبعة الثانية , الكويت , 1990, ص 61.

[2] سورة النساء , الأية 141.

[3] جمال مهدي محمود الأكشة , **مسؤولية الاباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي** , دار الجامعة الجديدة للنشر ,الاسكندرية ,2006,ص204.

[4] سورة النساء ,الاية 34.

[5] سبق تخريجه .

[6] بدران أبو العينين بدران , مرجع سابق , ص 142.

[7] نضال محمد أبو سنينة , مرجع سابق , ص 308.

2 – العدل أو العدالة :

يقصد بالعدل أو العدالة أن يتصف الولي بالصفات الحميدة وحسن الخلق والسيرة الطيبة , متجنبا لإرتكاب الكبائر كالسرقة والزنا , ليكون في نظر الناس رجلا سويا , فمن كان فاسق يكون مفتقرا للعدالة المطلوبة في ولاية التزويج , ولا صحة لولايته وهو رأي الشافعية و الحنابلة غير أن المالكية والحنفية قضوا بصحة ولايته , لأنه يملك أن يزوج نفسه ويمارس ولاية على نفسه , وله أن يمارسها على غيره , لذا فلا أثر يترتب على فسقه على من في ولايته فدرجة القرابة تمنعه من الإضرار به شفقة عليهم .[1]

3-الإحرام :

مما إختلف الفقهاء فيه هو جواز تولي المحرم بعمرة أو بحج أو بهما معا لعقد الزواج , و إنقسموا إلى قولان:

القول الاول : عدم جواز تولي المحرم عقد الزواج سواء لنفسه أو لغيره , وهذا قول المالكية , والشافعية , والحنابلة , ودليلهم حديث الذي رواه أبان بن عثمان بن عفان عن أبيه أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم – قال : (لا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكِحُ، وَلَا يَخْطُبُ).

القول الثاني : أن المحرم يجوز له أن يعقد لنفسه ولغيره , وهو رأي الحنفية . ودليلهم في ذلك بما رواه إبن عباس –رضي الله عنهما – , أن رسول الله تزوج ميمونة رضي الله عنها وهو محرم[2].

حسب ما تطرقنا إليه من شروط الخاصة بالولي وما جاء على ذكره من الفقه الإسلامي , تثبت ولاية التزويج للولي الذكر البالغ الراشد فلا ولاية للصغير والمجنون , و لا للكافر الغير المسلم , ولا لفاسق , أما بخصوص المشرع الجزائري فنجد أنه لم يتطرق في مواده القانونية في قانون الأسرة على أي شرط يخص الولي , مما يؤدي الرجوع إلى المادة 222 التي بدورها

[1] فضيل سعد , **شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق** , المؤسسة الوطنية للكتاب , الجزء الاول , الجزائر , 1986, ص 76.

[2] سها ياسين عطا القيسي , مرجع سابق , ص 28.

تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غياب النص القانوني , والتي تدل على الشروط السابقة الذكر.

المطلب الثاني : سلطة الولي في تزويج القصر

قبل أن نتطرق إلى سلطة و صلاحية الولي في تزويج من في ولايته , ينبغي أولا تحديد مرتبته في الولاية (الفرع الاول) , ثم بعد ذلك نأتي للحديث عن صلاحيته في تزويج القصر (الفرع الثاني) , وفي الأخير بما أن الولي له دور أساسي في زواج القصر , فما أثر تخلفه عن إبرام العقد ؟ (الفرع الثالث)

الفرع الأول : الولي و مراتبه عند الزواج

سنتناول خلال هذا الفرع مراتب الولي ومن له الحق في إكتساب ولاية تزويج القصر في غياب الأب حسب ما جاءت به المذاهب الفقهية , و قانون الأسرة الجزائري .

1-في المذاهب الفقهية :

إتفق الفقهاء على أنه ليس للصغير أو الصغيرة أن يباشر كل منهما عقد زواجه بنفسه , وأولوا الأمر لوليه , غير أنهم ميزوا بين مرتبة الولي أي من له الأولوية في الولاية على غيره سواء في الإنفراد أو الإجتماع فكل مذهب له رأي و هو ما سنبيه في كل مذهب على حدى .

1-1 المذهب الحنفي :

عند فقهاء الحنفية هناك نوع واحد من الولاية وهي ولاية الإجبار , وتثبت للأقارب العصبات ورتب الفقهاء الولاية إلى الأقارب من العصبات , وهي العصبات النسبية فكل قريب ذكر لاتنفرد أنثى بالتوسط بينه وبين قريبه , كالأب هو الرابط بين الشخص و عمه , عكس الخال الذي يربط العلاقة بينهما هي الأم .

- الأقارب من العصبات إلى :

البنوة (الإبن , إبن الإبن..) و الأبوة (الأب , أب الأب ..) و الأخوة (الأخ , إبن الأخ ...) والعمومة (العم , أبن العم ..) .

فإذا وجد أحد هؤلاء ولم يكن له مزاحم كان هو الولي , وإن تعدد الأقارب فالترجيح يكون بينهم بإعتبار الجهة فجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة , فإذا إجتمع الإبن مع الأب يقدم الإبن ,و عند إجتماع الأقارب من جهة واحدة يكون التفاضل بينهم بقرب الدرجة فالأخ مقدم على إبن الأخ .
وعند تساوي الأقارب في الجهة والدرجة يكون التفاضل بينهم بقوة القرابة , فإن كانوا إخوة يقدم الأخ لأبوين على الأخ لأب , وعند التساوي في الجهة والدرجة و قوة القرابة ككونهم أشقاء جميعا , فلكل واحد منهم ولاية كاملة ومن تولى منهم عقد الزواج كان الزواج صحيحا وليس لأحد الإعتراض بشأنه [1].

- الأقارب الغير العصبات وهم على الرأي الراجح :

الأصول (الأم والأب و أم الأم) , الفروع (البنت , بنت الإبن , بنت البنت , بنت إبن الأبن ..) و من فروع الأبوين (الأخت الشقيقة , الأخت لأب , الأخ و أخت لأب) .
فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء أو وجد ولم يكن مستوفيا لشروط الولاية إنتقلت الولاية للقاضي ولا يجوز له أن يزوج من تحت ولايته من نفسه أو ممن لا تقبل شهادته من أصوله أو فروعه .

1-2 المذهب المالكي :

ذهب المالكية إلى إعتبار الولاية عن الصغار ولاية إجبار , شأنه شأن المذهب الحنفي وجعلوا كل من الأب والوصي من مستحقي الولاية , و أما الذي ليست له سلطة الإجبار على من تحت ولايته , فالولي من القرابة ثم مولى العتاقة , ثم السلطان و المقدم من الأقارب الإبن ثم إبنه و أن سفل , ثم الأب والأخ و إبنه ثم الجد ثم العم و إبنه [2] , فلأب أن يزوج إبنته الصغيرة على النظر لها [3], كما و أجاز للوصي لأن يزوج وليته إذا الأب أمره بذلك وكان هناك

---

[1] فاروق عبد الله كريم , **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 و تعديلاته (عقد الزواج وأثاره , والفرقة وأثارها وحقوق الأقارب)** , جامعة السليمانية , العراق , 2004 , ص 90.

[2] عبد الكريم زيدان , **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية** , مؤسسة الرسالة , الجزء السادس , الطبعة الأولى , بيروت , 1993, ص365 .

[3] عبد البر القرطبي , **كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي** , مكتبة الرياض الحديثة , الجزء الثاني , الطبعة الأولى , الرياض , 1987 , ص 529.

مصلحة للصغيرة أو الصغير [1] وإذا الأب زوج إبنه الصغير فالصداق على الأب لأنه متطوع عنه بذلك و ليس للصغير أي مال .

1-3 المذهب الشافعي :

الشافعية ذهبوا برأيهم أنه ليس لغير الأب والجد ولاية في تزويج القصر ولا يجب عليهم إجبارها على النكاح قبل بلوغها , لقول الشافعي –رحمه الله– ولا يزوج الصغيرة التي لم تبلغ أحد غير الأباء وإن زوجها فالتزويج مفسوخ , و الأجداد أباء إذا لم يكن الأب , فيقوم مقامه في تزويج الصغيرة.[2] وهذا بخصوص الأب و الجد عند الشافعية , أما بخصوص الحاكم , فلا يملك عندهم تزويج الصغيرة لعدم الحاجة بها إلى النكاح [3], كما إشترط الشافعية لجوازية الولاية للولي حسن النية و أن لا يضمر السوء والأذى لإبنته وإلا سقطت الولاية منه.

1-4 مذهب الحنابلة :

جاء في فقه الحنابلة أنه أحق الناس بنكاح المرأة أبوها ثم جدها لأب وإن علا الأقرب فالأقرب لأن له تعصيبا فهو أشبه بالأب ثم إبنها ثم بنوه وإن نزلوا[4] , و ليس لغير الأب إجبار الكبيرة ولا تزويج الصغيرة على الزواج , كون الأب قاصر الشفقة على إبنته , فلا يلي نكاح الصغيرة كالأجنبي , وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد بنكاحها كالأجنبي .[5]

2-في القانون الأسرة الجزائري :

مما قدمناه على مراتب الولي في الفقه الإسلامي نرى أن الولاية على القاصر أمر لابد منه لضرورته و حرصا على حماية القاصر , وقد نبرز موقف المشرع الجزائري في الولاية و ترتيبه للأولياء , بجعله أساسي و لازما في زواج القصر و محددا مراتبه, حيث نص

---

[1] نضال أبو سنينة , مرجع سابق , ص 250.

[2] محمد بن إدريس الشافعي , **الأم** , مكتبة الكليات الأزهرية , الجزء الخامس , الطبعة الأولى , دون بلد نشر, 1961, ص 20.

[3] نضال محمد أبو سنينة , مرجع سابق , 251.

[4] عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي , **حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع** , المجلد 06 , دون دار نشر , دون بلد النشر , 1399 , ص 266

[5] محمد بن قدامة , **المغني**, مكتبة القاهرة للنشر, الجزء السابع , الطبعة الأولى , دون بلد نشر ,1969–1989 , ص ص 41,48.

بموجب الأمر 05-02 في المادة 11 على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو واحدا أو أي شخص تختاره , وورد في فقرة 2 : " ...**يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب ,فأحد الأقارب الأولين , والقاضي ولي من لا ولي له** " .

ومن المادة المذكورة نرى أن للولي ولاية تزويج القصر مقررة قانونيا , ويتمثل في الأب أو في الأقارب الأوليين أو القاضي.

2-1 الأبوة :

الأبوة هي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليها [1], ذلك أن الأب في قلبه مقدار من العطف و الحنان والشفقة على إبنته , وجاء في المادة 21 من المدونة المغربية التي تنص : (**زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي . تتم لموافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب إذن بالزواج وحضوره إبرام العقد** ...)[2] ومنها نستنبط أن زواج القاصر متوقفا على إرادة النائب الشرعي الذي يكون أبوها أو أحد أقاربها , أما المشرع التونسي أشار في ولاية القاصر من خلال المادة 11 من مجلة الأحوال الشخصية الفصل 08 : (**الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا والقاصر ذكرا أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينيبه ...**) [3] فيلاحظ على الشارع التونسي أن سار مسار الفقهاء بترتيب الولاية لذوي الأقارب العصبات , وخص بزواج القصر سواء ذكرا أو أنثى فلا زواج له إلا بوليه و في غيابه من ينوب عنه .

2-2 الأقارب الأوليين :

يشمل كل الأقارب من الإخوة والأعمام وتكون الولاية للقرابة القوية على القرابة الضعيفة , فلأب وبعده الأخ الشقيق على الأخ لأب ثم العم الشقيق على العم لأب .[4] أي لا تنتقل الولاية لهم إلا

[1] فضيل سعد , مرجع سابق , ص 73.

[2] ظهير شريف , رقم 01-04-22 , الصادر في 12 ذي الحجة 1424 , الموافق ل 03 فيفري بتنفيذ القانون رقم 03-70 , بمثابة مدونة الأسرة , جريدة رسمية عدد 5184, الصادر بتاريخ 05 فيفري 2004.

[3] أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية , منشور بالرائد الرسمي التونسي , عدد 66 , الصادر في 17 أوت 1956.

[4] عيسى حداد , مرجع سابق , ص 149 .

إذا تعذر وجود الأب , لإختلاف مقدار الشفقة ومراعاة مصلحة القاصر في الزواج , وعليه قدمت قرابة الأبوة عليهم .

2-3 القاضي :

في حالة غياب الأب و الأقارب الأوليين , أولى المشرع الجزائري ولاية تزويج القاصر للقاضي التي تعتبر من صلاحياته السلطة الولائية , فهو ولي من لا ولي له [1], كما تظهر سلطة القاضي في زواج القاصر أو بالغة عند عضل الولي الأب أو من ينوبه ذلك دفعا للظلم , وقد خص هذه الولاية للقاصر و المرأة الراشدة التي لها حق في إبرام عقد زواجهابما يعود على مصلحتها متى توافرت للزواج أركانه و شروطه[2].

الفرع الثاني : تولي الولي تزويج القصر .

بما ثبت عن الولاية في الزواج فهي مساعدة لحماية وحفاظ على حقوق فاقد الأهلية , أو ناقصها, كصغر السن كون الفتاة القاصرة ذلك لعجزها عن إدراك مصلحتها ,والنظر في شؤونها [3], وعليه حددت للولي سلطة في تولي إبرام عقد زواجها والتعبير عن إرادتها , دون جبر ولا تضييق على إرادة القاصرة .

وجاء في المادة 13 من قانون الأسرة: **(لا يجوز للولي أبا كان أو غيره, أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج , ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها)** , معنى ذلك أن المشرع من خلال المادة تخلى عن فكرة إجبار الولي للمولى عنها في الزواج وتبنى ولاية الإختيار , ,فلا يجوز له أن يزوجها بغير موافقتها [4], شأنها شأن المرأة البالغة, أي أن إرادة الولي مرهونة بإرادة القاصرة في إبرام عقد الزواج.

---

[1] عبد العزيز سعد , **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد –أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل** – , دار هومه للنشر والتوزيع , الطبعة الثالثة , الجزائر , 2018 , ص 39.

[2] أحمد فراج حسين , **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية** , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2004 , ص 163.

[3] بدران أبو العينين بدران , مرجع سابق, ص 143.

[4] بلحاج العربي , **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , الجزء الأول , 2004, ص 249 .

الفرع الثالث : أثر تخلف الولي عن عقد زواج القصر

رتب جمهور الفقهاء على تخلف الولي عدم صحة العقد, وبالتالي يكون العقد باطلا , لحديث النبي صلى الله عليه وسلم : **(أيما إمرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل قالها ثلاثا)**[1]

إذا كانت المادة 9 مكرر من القانون الأسرة الجزائري تضع الولي في الدرجة الثالثة من شروط الخاصة لعقد الزواج[2] , فما مصير العقد إذا في حالة غياب الولي ؟

بينت المادة 33 في فقرتها الثانية عن أثر تخلف الولي: **(... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه , يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه , ويثبت بعد الدخول بصداق المثل)** .أي إذا أبرم عقد الزواج بدون ولي في حالة وجوبه , وهي الحالة المقصود بها في تولي الولي لزواج القاصرة ,فإنه يترتب على ذلك فسخ العقد ولا تستحق أي صداق , ويثبت بعد الدخول بصداق المثل

المبحث الثاني : مفهوم الإشهاد في الزواج

للإشهاد دور كبير وأهمية خاصة في حل النزاعات والخلاف بين الأشخاص , فكان معمولا به منذ القدم وخاصة في الإسلام , يرتكز دوره في إظهار الحق عند الغموض وتحقيق العدالة في ظل النزاع وتثبيت الحقوق بشكل خاص في عقد الزواج فلا يصح هذا الأخير بغياب الشهود . لذا سأتطرق في هذا المبحث عن مفهوم الإشهاد وما يليه من أدلة شرعية وما ذهب إليه رأي الفقهاء بخصوصه (المطلب الأول) , ثم إلى حكم الإشهاد في الزواج من خلال الحديث على ما يجب إشتراطه في الشهود و لمن تثبت الشهادة وهل له أثر يترتب في حال تخلفه ؟ (المطلب الثاني) .

[1] محفوظ بن الصغير , (**الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**) , رسالة دكتوراه , كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإنسانية ,جامعة الحاج لخضر , باتنة , 2008-2009 , ص 404.

[2] عبد العزيز سعد , مرجع سابق ,ص 39.

المطلب الأول : مفهوم الإشهاد

لدراسة هذا المطلب سنتطرق إلى تعريف الشهادة لبيان مفهومها اللغوي و على ما إستند إليه من أدلة شرعية لمن قضى بأهميتها في عقد الزواج ,ذلك لما يقتضيه الزواج من أهمية و مزايا ذات شأن عظيم .

الفرع الأول : تعريف ا لشهادة

للشهادة في اللغة معان مختلفة : منها البيان والإخبار بمعنى الإعلام و الإخبار القاطع , أو القول الصادر عن علم حاصل بالمشاهدة[1] , ومنه قوله تعالى : **(شَهِدَ اللَّـهُ أَنَّهُ لَا إِلَـٰهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَـٰهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ)** [2] , و الشهادة هي الحلف واليمين ومن قوله تعالى : **(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّـهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ)** [3] .

في الإصطلاح : فركن الشهادة هو لفظ " **أشهد** " فلا يقبل فيها بغير ذلك حتى لو قال أعلم أو أوقن , فتعني مشاهدة وقائع معينة حدثت بين شخصين أو أكثر في مكان وزمان معينين و تنقل على النحو الذي شوهدت عليه أمام القضاء لتدليل على صحة تلك الواقعة المادية محل المشاهدة والمتنازع عليها [4].

والمقرر قانونا في نظر مشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة , في غياب تعريف للإشهاد وبيان ماهيته , يعتبر الشرط الرابع في شروط الزواج و سبب لصحته (المادة 9 مكرر), فلابد من حضور الشاهدين للإعلان عن الزواج و إخراجه من حدود الكتمان كي لايلتبس بالزنا ولا يلحق كلا الزوجين الشبهات والشكوك . إضافة إلى ذلك , الإشهاد وسيلة من وسائل الإثبات المعتمدة أمام القضاء , للحكم بحقيقة الرابطة الزوجية في حالة إنكارها من قبل أحد الطرفين .

---

[1] لسان العرب , مرجع سابق , جزء 6 , ص 239-240.

[2] سورة أل عمران , الأية 18 .

[3] سورة النور , الأية 06 .

[4] يوسف دلاندة , **الوجيز في شهادة الشهود** , دار هومه للنشر والتوزيع , الجزائر , 2004 , ص20.

الفرع الثاني – الدليل الشرعي للإشهاد :

يستدل على شرعية الشهادة من الكتاب والسنة النبوية و من الإجماع والمعقول كما يلي :

أولا – من القرأن :

ورد ذكر لفظ الشهادة والشهود في كتاب الله عز وجل مرات عديدة فقوله تعالى : "... **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ...** "[1].

قال أيضا : " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّـهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّـهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّـهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا** " [2] .

وقال تعالى : " **وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّـهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ** "[3] و

قوله أيضا : " **وَلَا تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّـهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا** " [4].

ثانيا– من السنة :

لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " **إذا علمت مثل الشمس فإشهد و إلا فدع ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة** " .

وقوله أيضا : " **الشرك بالله و عقوق الوالدين وقتل النفس وشهادة الزور من الكبائر** " .

وقوله صلى الله عليه وسلم : " **ألا أخبركم بخير الشهداء هو الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها**"[5].

---

[1] سورة البقرة , الأية 282.

[2] سورة النساء , الأية 135 .

[3] سورة البقرة , الأية 283.

[4] سورة البقرة , الأية 282 .

[5] يوسف دلاندة , **الوجيز في شهادة الشهود** , مرجع سابق , ص 23.

ثالثا – من الإجماع :

ثبت على فقهاء الأمة على مشروعية الشهادة في الشريعة الإسلامية , حيث مضى العمل بها منذ نزول القرأن الكريم على سيدنا محمد – صلى الله عليه وسلم – إلى يومنا هذا على الأخذ بالشهادة كدليل للإثبات , فتم إعتبارها حجة للحاجة لها لإثبات ما يجب , وأخذ بها من غير منكر ولا مخالف مما تقبله علماء الأمة , فكان إجماعا [1].

رابعا– من المعقول :

كان أهم مقصد لشريعة الإسلامية أن تحافظ على نفس الإنسان المسلم و عرضه و ماله , و لتجسيد ذلك رسمت طرق تؤدي إلى تحقيق ذلك , وهي الشهادة التي تعد بدورها من أهم الوسائل الكفيلة بذلك وساد ذلك في معاملات الشرعية كالبيع والشراء و الرهن والمزارعة ... و في الأحوال الشخصية كالطلاق و الزواج و الميراث , وعلى الصعيد الجنائي كإثبات القتل أو الزنا , فكان ذلك لحماية المجتمع الإسلامي ودفع المشقة و الحرج عنه [2].

الفرع الثالث : دور الشهود في الزواج فقها وقانونا

تعتبر الشهادة من أساسيات عقد الزواج , لما لها من أهمية و ركيزة فيه لتعلقها بحقوق الزوجين , لذا من خلال هذا الفرع سيبرز دور الشهود في عقد الزواج من خلال التطرق للإشهاد حسب رأي الفقهاء و أيضا وفق قانون الأسرة الجزائري .

أولا : الإشهاد حسب رأي الفقهاء

إتفقت أراء الفقهاء و أهل العلم إلى بطلان عقد الزواج الذي يتم بغير شهود ولا يعلن عليه , و قال إبن تيمية في ذلك : (ومن شعائر النكاح إعلانه , كما قال النبي – صلى الله عليه وسلم – : " **أعلنوا النكاح و أضربوا عليه بالدف** ", **ومن ذلك الوليمة والطيب ... و**

[1] بسام نهار البطون , **الشهادة في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي)** , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الطبعة الأولى , عمان , 2010 , ص 55 .

[2] المرجع السابق , ص 56.

نحو ذلك مما جرت به عادات الناس في النكاح) [1], و إ عتبر النكاح بدون إعلان من نكاح البغايا .

غير أنه كان هناك موضع خلاف بين فقهاء المذاهب في أصل الشهادة , هل هي شرط صحة أم لا ؟

1- المذهب الأول :

وهو ما ذهب إليه الأحناف و الشافعية والحنابلة , وفق ما نص عليه أحمد و إختاره أصحابه بأن الشهادة شرط لصحة النكاح , وإستدلوا على قولهم بما يلي من الأدلة :

- عن عمران بن الحصين أن رسول -الله صلى الله عليه وسلم - : **(لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)** [2] .

- وما روي عن عائشة أن رسول الله قال : **(لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل وما كان من النكاح على غير ذلك فهو باطل وإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)** [3].

- وقد صح عن ابن عباس من قول موقوفا عليه : **(لا نكاح إلا بشاهدي عدل و ولي مرشد)** [4].

- وعم أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال : " **لا نكاح إلا بأربعة : خاطب وولي وشاهدين** " [5] .

مما تم ذكره من أحاديث حول الشهادة فنرى أنها نصوص صريحة على وجوب الشاهدين في عقد النكاح وعلى نفي صحة النكاح لغياب الشاهدين , لأن في ذلك صيانة و إحتياطا لأعراض الناس .

2- المذهب الثاني :

وهو رأي الإمام مالك , حيث إعتبر أن الإشهاد ليس بشرط والشرط هو الإعلان عن النكاح , ويقول إبن عبد البر : " **ليس الشهود في النكاح عند مالك من فرائض عقد النكاح , ويجوز عقده بغير شهود , وإنما الفرض الإعلان والظهور لحفظ الأنساب** " [1].

---

[1] محمد بن أحد الصالح ,مرجع سابق , ص 243 .

[2] سبق تخريجه .

[3] الدار قطني , **السنن** , رقم 3533 , مطبعة مؤسسة الرسالة , الجزء 4 , لبنان , 2004 , ص 323 .

[4] البيهقي , **السنن الكبرى** , الرقم 13725, الجزء 7 , دون بلد نشر , دون سنة نشر , ص 204 .

[5] نفس المرجع , رقم 13722 , ص 203 .

ووفقا للإمام مالك فالشهادة شرط لنفاذ عقد النكاح يقوم على إحضار الشهود وقت إبرام العقد , وإستدلوا على رأيهم بما يلي :

- عدم وجود دليل صحيح يدل على إشتراط الشهود , وما روي من الاحاديث غير صحيحة.

- لو كان الإشهاد شرطا لبينه الرسول – صلى الله عليه وسلم – , وقد تقرر في علم الأصول أن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز , خصوصا عند المسلمين فالزواج أمر يتم في كل زمان .

- أمر الشارع بإعلان النكاح فأغنى إعلانه مع دوامه عن الإشهاد , وإذا كانت المرأة عند الرجل فمعلوم عند الناس أنها إمرأته , أي لا داعي لإشهاد مدام المعلوم ظاهرا.

إستدل إبن قدامة لمن ذهب هذا المذهب بإعتاق الرسول – صلى الله عليه وسلم – صفية وتزوجها من غير شهود , قال أنس بن مالك : **(إشترى رسول الله جارية بسبع أرِؤس .فقال الناس : ما ندري أتزوجها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أم جعلها أم لولد ؟ فلما أراد أن يركب حجبها علمو أنه تزوجها)** , ورأى المخالفون أن تزوج النبي من غير شهود من خصوصياته , فقد أباح الله له أن يتزوج ممن تهب له نفسها[2].

ثانيا : الإشهاد وفق قانون الأسرة الجزائري

من خلال نص المادة التاسعة من قانون الأسرة رقم 84-11 وقبل تعديله سنة 2005 نجد أن المشرع جعل الإشهاد ركنا لقيام عقد الزواج حيث نص : " يتم عقد الزواج برضا الزوجين , وولي الزوجة, و شاهدين , وصداق " , فإذا تخلف الإشهاد عن عقد الزواج يترتب عليه بطلان العقد و هو ما قضت به المحكمة العليا : " متى كان من المقرر شرعا أن الزواج لا يقوم إلا بأركان مبينة بوضوح , ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته لا نكاح بلا ولي وصداق و شاهدي عدل ... " [3] , وإذا تخلف الشهود عن مجلس العقد كان سببا للفسخ أما إذا

---

[1] عمر سليمان الأشقر , **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة** , دارالنفائس لنشر والتوزيع , الطبعة الأولى , الأردن , 1997 , ص 164.

[2] المرجع السابق , ص ص 176,-177.

[3] ملف رقم 34438 بتاريخ 24-09-1984 , المجلة القضائية 1990, العدد 1 , ص 64 . عن جمال سايس , **الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية** , ج 1 , منشورات كليك , 2013 , ص 342 .

إقترن غيابهم عن مجلس العقد إضافة لغياب الولي أو الصداق فنكون هنا بصدد بطلان العقد [1]. بينما بعد تعديل 05-02 إستبعد الإشهاد من الأركان , وأصبح منصوص عليه في المادة 9 مكرر ضمن الشروط الخاصة بالزواج , وإستقل الرضا كركن وحيد .

و من هذا فالمشرع بدوره أخذ برأي المذهب المالكي حيث إعتبر الإشهاد شرط عند البناء يترتب على تخلفه فسخ العقد عكس ممن إعتبره ركن فيؤدي إلى بطلانه [2]. و وأن الزواج الشرعي يقوم على العلانية و الشهرة [3] لهذا يعد شرط للزواج و وسيلة للإثباته دعما لحقوق الزوجين و ما يترتب من أثار من بعده .

المطلب الثاني : حقيقة الإشهاد في الزواج

قد أورد الشارع إعلان الزواج و إخراجه من طابع السرية لكف الضرر عن الزوجين و إبعاد الشبهات عنهم حسب ما ورد من أدلة تقضي بذلك , غير أنه لتصدر الشهادة لابد أن من توفر شروط في الشهود ليتم إعتبار الشهادة و ليتمكن من أدائها وقت ما طلب منهم , وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال هذا المطلب .

الفرع الأول : الشروط الواجبة للإشهاد

بعد أن نص المشرع عن الإشهاد في عقد الزواج ضمن شروط الخاصة بصحة الزواج من خلال النص القانوني في المادة 9مكرر , غير أنه لم يحدد ما بعد ذلك من شروط تخص الشهود , لذا وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة حسب ما ورد ضمنها أنه إذا لم يرد نص قانوني يعالج الموضوع فيتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية , و عليه سيتم التطرق إلى الشروط وفق ما حددته الشريعة الإسلامية .

---

[1] بلحاج العربي , مرجع سابق , ص 431 . المحكمة العليا , غ أ ش , 02-01-1989, ملف رقم 51107 , م ق , عدد 1992 , عدد3 , ص 53 .

[2] عيسى حداد , مرجع سابق , ص 173

[3] ملف رقم 75344 بتاريخ 30-04-1990 , المجلة القضائية 1992 , العدد 04 , ص 65 . عن يوسف دلاندة , **دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)** , دار هومه , الجزائر , 2019 , ص78 .

أولا : شرط الأهلية لتحمل الشهادة

يشترط عند الإشهاد أن يكون الشاهد ذا أهلية كاملة بأن يكون عاقلا بالغا , فلا يصح تحملها من مجنون [1] , و لا من صبي صغير ولا من المعتوه لأن الشهادة بدورها تقتضي أن تصدر ممن له القدرة على الفهم والنطق و يقضة العقل لثبوت شهادته و من كان غير ذلك لسبب عارض لنقص أهليته فهنا فلا تصح ولا تقبل الشهادة منه , و نص قانون الحالة المدنية الجزائري في هذا الصدد عن الشهود من خلال المادة 33 على أنه يجب أي يبلغ الشهود 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون إختلاف في الجنس [2], غير أن ما نشهده في الواقع الجزائري أن غالبية الشهود عند الزواج هم رجال كبار في السن ممن لهم خبرة في الحياة و من هم أكثر عقلا و يقضة تماشيا مع العرف السائد وخصوصا عند زواج القصر لما له خطورة على حقوق الزوجين .

ثانيا : الإسلام

يشترط الإسلام عند زواج المسلمين كون الشهادة من باب الولاية [3] , فلا شهادة للكافر على المسلم أو لغيره لقوله تعالى : " **وَلَن يَجْعَلَ اللَّـهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا** " [4], "**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ** " [5] والكافر الفاسق ليس من رجال المسلمين المؤمنين ولا شهادة له على المسلم والمسلمة .

في حال تزوج المسلم بغير المسلمة من أهل الكتاب فشهد ذميان على عقد الزواج , كان الزواج صحيحا عند أبي حنيفة و أبي يوسف فتصح شهادة مسيحيان على زواج مسلم بالكتابية

---

[1] بسام نهار البطون , مرجع سابق , ص 177.

[2] قانون رقم 14-08 , المؤرخ في 13 شوال 1435 , الموافق ل 09 غشت سنة 2014, المعدل والمتمم للأمر رقم 70-20 , المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 , الموافق ل 19 فبراير 1970 , المتضمن قانون الحالة المدنية , ج ر ج ج , الصادرة بتاريخ 24 شوال 1435 , الموافق ل 20 غشت سنة 2014 , العدد 49 , ص 5 .

[3] الإمام أبو زهرة , مرجع سابق , ص 55

[4] سورة النساء , الأية 141 .

[5] سورة البقرة , الأية 282 .

, غير أن الشافعي و أحمد لا تعتد عندهم مثل هذه الشهادة , كون طرف العقد مسلم لهذا يجب أن يذيع خبر الزواج بين المسلمين و بحضور شهود الإسلام [1] .

ثالثا : العدل أو العدالة

يعتبر العدل أو العدالة من بين شروط الواجب توافرها عند الشاهد , وهو أن يكون صلاح الشخص أكثر من فساده , عادلا في قوله و ألفاظه وأن يكون أمينا , و محافظا على دينه و أداء فرائض الإسلام , بعيدا على إرتكاب الكبائر و أعمال السوء .

جاء تأكيد ذلك في قول الله تعالى : " **وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ** " [2] كان هذا ما إشترطه فقهاء المذاهب الثلاثة و منه فلا شهادة لفاسق أو عاصي , بل تقتصر فقط على من كانت الطاعة أكثر حاله غير أنه عند مذهب أبي حنفية فلا يعتبره شرط للإشهاد كون الشهادة لها أغراض عدة في الزواج كتكريم الزواج [3] , و تقدير شأنه وهذا يتحقق بحضور الشهود سواء كانوا عادليين أو فاسقين , بما أن الفاسق له أهلية و ولاية على نفسه في إبرام عقد الزواج فمن باب أولى له أن يكون شاهدا .

رابعا : حضور مجلس العقد

من شروط الإشهاد أن يحضر الشهود مجلس العقد و يسمع كل طرف كلام المتعاقدين و فهمهم ما المراد من ذلك إجمالا , وبالتالي إذا سمع أحد الشهود كلام العاقدين دون الأخر أو لم يفهمه لسبب أنه بلهجة يجهلها لا تصح الشهادة[4] , لأن الأصل سماع كل الحضور الإيجاب والقبول في الزواج .

وممن لا تصح قبول شهادتهم السكارى لعدم إدراكهم ما يقولون أو ما يسمعون , ولا تقبل شهادة الأصم ولا شهادة الحاضر الذي كان نائم , ولا من كان حاضرا وبعيدا على

[1] بدران أبو العينين بدران , مرجع سابق , ص 64 .
[2] سورة الطلاق , الأية 2 .
[3] بدران أبو العينين بدران , مرجع سابق , ص 66 .
[4] عيسى حداد , مرجع سابق , ص 170 .

المجلس ولم يسمع ما يقال [1], حيث تعتبر الشهادة في الزواج بحضور الشهود و سماعهم لكل ما يدور بمجلس العقد و التأكيد عليه بالإشهاد .

خامسا : نصاب الشهادة في الزواج

شرط الذكورة لا خلاف فيه عند جميع الفقهاء بل الإختلاف حول عدد الشهود ونصابهم , و يأتي ذلك حسب الموضوع المراد الإشهاد فيه , فمنهم ما يشترط عدد أربعة رجال ذلك في مسائل قذف المحصنات كالزنا , و من المواضيع ما يشترط عدد ثلاث رجال كشهادة على من إدعى الفقر , وقد عرف غناه لأخذ الزكاة .

أساس النصاب الذي تصح به الشهادة في الزواج هو رجلان أو رجل و إمرأتان , لقول الله عز وجل : " **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ** " [2] , والمعمول به عرفا في الجزائر هو إعتبار شهادة رجليين حضرا مجلس العقد أو قراءة الفاتحة و أقرت المحكمة العليا بهذا من خلال قراراتها بأن الشهادة المعتبرة لإثبات الزواج و المعتد بها[3] .

تعرضت الأية إلى صحة شهادة المرأة في الزواج وكان هذا رأي الحنفية على شرط أن ترفق مع شهادة الرجل و ما تم على غير ذلك فهو باطل [4], أما المالكية و الشافعية والحنابلة خالفو هذا الرأي و إعتمدوا على شهادة الذكورة فقط دون غيرها , للقول الرسول – صى الله عليه وسلم – : " **لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق**"[5].

---

[1] عمر سليمان الأشقر , مرجع سابق , ص 172 .

[2] سورة البقرة , الآية 282 .

[3] ملف رقم 43889 بتاريخ 15-12-1986 , المجلة القضائية 1993 , العدد 2 , ص 37 . ملف رقم 53272 العدد 3 , ص 82 . عن نجيمي جمال , **قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الإجتهاد القضائي** , دار هومه , الجزائر , 2018 ,ص ص 76 , 77.

[4] ملف رقم 381880 بتاريخ 14-02-2007 , المجلة القضائية 2007 , العدد 2 , ص 483 . عن نجيمي جمال , مرجع سابق , ص 78 .

[5] عيسى حداد , مرجع سابق , ص 164 .

الفرع الثاني : تخلف الإشهاد في عقد الزواج

سيتم الحديث هنا حول مصير عقد الزواج إذا إستوفى شرط الإشهاد أم لا , وذلك حسب ما ورد في الشريعة الإسلامية و رأي المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية .

أولا : موقف الشريعة الإسلامية

مما سبق التطرق إليه أن شرط صحة الزواج حضور الشهود وقت إبرام العقد , إلا أنه هناك من يتخلى عن هذا الشرط , أو يبرم العقد بحضور الشهود ويطلب منهم كتمانه .

قال الحنابلة فيما يخص ذلك بأنه لا يبطل النكاح بالتواصي بكتمانه , إلا أنه يكره ذلك إذا كتمه الزوجين و الولي والشاهدين , كون الإعلان سنة في النكاح جاء لإبن حزم : " **وقال قوم إذا إستكتم الشاهدان , فهو نكاح سر وباطل , وقال هذا خطأ من وجهين : أحداهما أنه لم يصح قط نهي شرعي عن نكاح السر إذا شهد عليه عادلان , و الأخر أنه ليس سرا ما علمه خمسة : الزوجان والولي و الشاهدان** " [1] .

إتفق كل من الحنفية و الشافعية , و المالكية في عدم جواز نكاح السر غير أن الحنفية و الشافعية إعتبروا نكاح السر العقد الذي لم يشهد عليه مطلقا [2] , بخلاف المشهور عند مالك أن الشهادة وحدها لا تكفي للإعلان , وإذا إستوصى الشهود بكتمان النكاح فلا ينشأ العقد [3]. مدام الكتم على الزواج باطل سواء كان بشهادة الشهود أو عدمها , و عليه يترتب فسخ العقد قبل الدخول و بعده وقد روي عن الإمام مالك رحمه الله أنه لا يفسخ النكاح متى طال عليه الأمد ويكون فيه الصداق المسمى [4] .

مما سبق إذا أبرم عقد الزواج وكان شاملا لكل شروطه من دون إعلانه و عدم التشهير به , يقتضي في هذه الحالة فسخ عقد الزواج كون الإشهاد شرط لحل الدخول لخطورة ما

---

[1] عبد الكريم زيدان , مرجع سابق , ص 116 .

[2] بلحاج العربي , **أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري** , مرجع سابق , ص 433 .

[3] محمد أبو زهرة , مرجع سابق , ص 53 .

[4] بلحاج العربي , **أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري** , مرجع سابق , ص 434 .

يترتب على الزواج من نسب , لذا من الأنسب أن يكون الزواج علانيا و واضحا بدون غموض أو كتمان .

ثانيا : موقف المشرع الجزائري

ثبت عن رأي المشرع الجزائري في نكاح السر بأنه باطل ولا أساس لصحته في عقد الزواج ذلك كون الكتمان مخالف للإعلان , والأصل في الزواج هو الإشهار و و إيذاعه بين الناس , وهو ما أقره المشرع في قرارات المحكمة العليا منها , بتاريخ 03-07-2002 و تضمن : " ... حيث أنه لا يوجد في الشريعة الإسلامية زواج ظاهر و أخر سري , بل هناك زواج واحد يقره الشرع والقانون وهو الذي تتوفر فيه الأركان والشروط المنصوص عليها في المادة 09 من قانون الأسرة المكرس للشريعة الإسلامية " [1] .

وجاء في قرار بتاريخ 30-04-1990: " من المقرر شرعا و قانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية و الشهرة و مراعاة شروطه و أركانه ... " وجاء في حيثيات القرار :

(... فمعاشرة رجل لإمرأة طالت مدتها أو قصرت , ولو وقع الإشهاد بها , ولا تعد زواجا , فالزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة ومراعاة شروطه واركانه , وفي غير هذا فليس ثمة زواج) [2] .

بالرجوع لنص القانوني في المادة 18 من قانون الأسرة : " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون " , وعليه يظهر جليا أن المشرع لا يقر بالزواج الذي لا يستوفي جميع شروطه و الذي يبرم خارج السلطات المخولة لذلك , لذا لابد حصرا أن يراعي كل من الموثق و الموظف المؤهل التأكد من توفر كل شروط عقد الزواج المنصوص عليها في مواد 9 و 9 مكرر , بما فيها حضور الشهود لإزالة السرية عن عقد الزواج [3] و الإعلان عنه حتى لا يشبه بنكاح السر ,

---

[1] ملف رقم 261525, بتاريخ 03-07-2002, المجلة القضائية 2003 , العدد 02 , ص 272 , 273 . عن سعادي لعلى ,(**الزواج وإ نحلاله في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)**) , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة , 2014-2015 , ص 121 .

[2] نجيمي جمال , مرجع سابق , ص 80 .

[3] محفوظ بن الصغير , مرجع سابق , ص 412 .

إذ لا يكون حجة في مواجهة الغير حتى لا يقع عقد الزواج تحت حكم الفسخ طبقا لما ورد في المادة 33 من ق أ : " ... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو ولي أو صداق في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه , ويثبت بعد الدخول بصداق المثل " .

الفصل الثاني

الفصل الثاني : الإطار الإجرائي لترخيص بتزويج القصر.

بعد أن تعرضنا لموضوعية زواج القصر و إدراك أن القاصر ناقص الأهلية لا يتمسك بحق إبرام عقد زواجه لإنتفاء الأهلية على النفس , كون تصرفاته في هذه المرحلة تعتبر غير صحيحة لذا أحيل أمر تزويجه لوليه . وبدوره أقر القانون في نصوصه المنظمة للزواج وما تضبطه من أحكام تسيره , خص القاصر بمواد قانونية تتعلق بشخصه و بماله لما يقتضيه الأمر من خطورة و ضرورة للقاصر تستوجب حماية له ولحقوقه , حيث يستثنى فيها من الأصل العام ويعفى من القيود التى وضعها المشرع الجزائري من بينها الأهلية في الزواج .

جاء القانون بما يتيح تزويج القاصر قبل بلوغه الأهلية المحددة قانونيا , و جعل له سبيل في ذلك بالترخيص المنصوص عليه في المادة 7 من قانون الأسرة لذا لابد من البحث و التقصي عن أحكام الترخيص و ما يضبطها من شروط و إبراز الإجراءات اللازمة لإستصدار هذا الترخيص كون المشرع الجزائري لم ينص عنها بصفة خاصة مما إستلزم الرجوع للقواعد العامة في الإجراءات المدنية و الإدارية.

و عليه كان لابد من الإحاطة الشاملة لكل ما يقتضيه الترخيص بتزويج القصر وما يترتب عنه من أثار , حيث قسم هذا الفصل إلى :

- المبحث الأول : كيفيات إستصدار الترخيص بتزويج القصر .
- المبحث الثاني : أثار الترخيص بتزويج القصر .

المبحث الأول : كيفيات إستصدار الترخيص بتزويج القصر

حدد قانون الأسرة سن الزواج بتمام 19 سنة كاملة لكلا الجنسين المرأة والرجل , وهو عادة السن الذي يتوفر في طرفي العقد ويكون ببلوغ السن المحدد لإبرام عقد الزواج , إلا أنه قد يحدث أن يبرم عقد الزواج قبل هذا السن المنصوص عليه قانونا [1], وعليه يعتبر هذا الزواج إستثناءا عن القاعدة الأصلية لذا يستوجب أن تتم وفق إجراءات معينة و خاصة بفئة القصر , والقانون هنا إشترط في ذلك تقديم ترخيص للإعفاء من السن القانونية لكي يتم الزواج , من طرف القاضي بناءا على طلب ولي القاصر , من خلال توفر بعض الشروط (المطلب 1) , ولنا حديث عن إجراءات تقديم الطلب الترخيص (المطلب 2)

المطلب الأول : شروط الحصول على طلب الترخيص بتزويج القصر

يتعين على كل فرد يرغب في اللجوء إلى القضاء إما لدعوى أو طلب معين أن يتوفر في شخصه شروط محددة و معينة و لابد أن تتوافر فيه كاملة دون نقص و إلا لا تقبل الدعوى أو الطلب , و ورد في المادة السابعة من قانون الأسرة : (... للقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة , متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج) [2]. تعد هذه الشروط التي وضعها المشرع خاصة بمنح الترخيص [3] لتزويج القصر الذي اكتفى بذكرها دون أن يبين الضوابط الخاصة بكل شرط منها , بل جعل تقدير الشروط السابقة الذكر تحت رقابة القاضي وسلطة تقديره .

الفرع الأول : شرط المصلحة والضرورة

إشترط المشرع الجزائري لمنح الترخيص لتزويج القصر من توفر شرطي المصلحة و الضرورة تحقيقا لحماية القصر , غير أن ما ورد في المادة 7 من قانون الأسرة نجد أن المشرع

---

[1] بلحاج العربي , **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** , مرجع سابق ,ص 268.

[2] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل26 فبراير 2005 المعدل والمتتم لقانون رقم84-11 , المتضمن قانون الأسرة الجزائري , الجريدة الرسمية المؤرخة في 27-02-2005 , العدد 15.

[3] الترخيص عبارة عن إجازة تمنحها السلطات المعنية بغية مباشرة بعض المهن , الإجازة عبارة عن موافقة صريحة أو ضمنية على تصرف قانوني تتوقف صحته على الموافقة ; وعليه الترخيص للزواج يصدر من طرف القاضي المختص لولي القاصر الذي لم يبلغ السن القانوني لتمكينه من الزواج .

بدوره أغفل عن توضيح مفهوم كل من المصلحة و الضرورة و عن تقديم أمثلة يستعان بها عند تقدير القاضي لها لإصدار الترخيص لزواج القصر , لذا سيتم التطرق من خلال هذا الفرع إلى تعريف كل من المصلحة و الضرورة , و سلطة تقدير القاضي لكل منها.

أولا – تعريف المصلحة و الضرورة :

1- المصلحة :

المصلحة أولا فهي في اللغة كالمنفعة وزنا , و مصدر بمعنى الصلاح وهي كل ما كان فيه نفع , سواء بالجلب والتحصيل كتحصيل الفوائد أو بالدفع والانتقاء كاستبعاد المضار.
وعرف علماء الشريعة الإسلامية المصلحة بأنها المنفعة من حفظ دينهم, ونفوسهم , وعقولهم و نسلهم وأموالهم[1]. ويشترط أن تكون المصلحة مشروعة أي محمية قانونا ولا تخالف النظام العام أو الأداب العامة , على أن تكون قائمة للشخص بذاته [2] . لذا تعد المصلحة المنفعة الشخصية و الباعث الأساسي الذي يرجو الوصول إليه من خلال تقديم الطلب الترخيص , وترتكز على مصلحة القاصر التي تترتب بالزواج كمثل الفتاة القاصرة التي تكون دون سند من أب أو أخ يعيلها و يحميها من المجتمع لذا تحقيقا لمصلحتها و حفاظا على شرفها الأصح تزويجها .

2- الضرورة :

عرفت في اللغة: أنها مشتقة من الضرر الذي لا دفع له , والضرورة نظرية متكاملة تشمل جميع أحكام الشرع و يترتب عليها إباحة المحضور وترك الواجب[3] .

قال الجرجاني في تعريفاته : " الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل بما لا مدفع له " , وعرفها الزركشي والسيوطي : " الضرورة هي بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك , أو قارب , كالمضطر للأكل و اللبس بحيث لو بقي جائعا لمات أو تلف منه عضو " , وعليه فالضرورة

---

[1] محمد سعيد رمضان البوطي , **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** , مؤسسة الرسالة , طبعة 2 , دمشق , 1973, ص 23.

[2] عبد السلام ديب , **قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد** , موفم للنشر , الطبعة الثانية , الجزائر , 2011 , ص 62.

[3] فاسي عبد الله , **(المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق)** , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة أبي بكر بلقايد , تلمسان , 2014-2015 , ص 100.

هي حالة من الخطر تطرأ على الشخص أو مشقة شديدة , بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالقتل أو بالمال و توابعها , ويتعين أو يباح عندئذ إرتكاب الحرام أو تأخير الواجب عن وقته دفعا للضرر عنه [1] .

في الإصطلاح عرفها المالكية : الضرورة هي خوف على النفس من الهلاك أو ظنا , وعرفها الأستاذ محمد أبو زهرة بأنها الخشية على الحياة إن لم يتناول المحظور أو يخشى ضياع ماله كله , أو أن يكون الشخص في حال تهدد مصلحته الضرورية ولا تدفع إلا بتناول محظور لا يمس حق غيره[2] .

ثانيا – سلطة القاضي في تقدير شرطي المصلحة والضرورة :

بعد أن إكتفى المشرع الجزائري بذكر ما يشترط توفره لتحقيق طلب الترخيص لتزويج القصر من مصلحة أو ضرورة دون أن يحدد حصرا فيما تتمثل أو يبين ضوابطها , إلا أنه جعل سلطة تقدير الشروط لسلطة تقدير القاضي المختص بشؤون الأسرة .

1- سلطة القاضي في تقدير شرط المصلحة :

إن تحديد معيار الذي تقوم عليه المصلحة يختلف بالنظر إلى المصلحة نظرة شخصية , ونظرة شرعية , فالمعيار الشخصي يرى المصلحة بما يحصل عليه الإنسان من لذات ومنافع وقتية , أما المعيار الشرعي يذهب إلى أساس المصلحة والمفسدة بالجهة الغالبة , فليس هناك تصرف كامل بل هو خليط من المصلحة والمفسدة [3].

فإذا تبين أن الولي و القاصر تجمعها مصلحة واحدة من وراء هذا الزواج , ولم تكن مخالفة للنظام العام والأداب العامة كعدم تفويت فرصة الزواج إذا كان الزوج كفؤا , فلا بد للقاضي أن يمنح الترخيص بالزواج , أما إذا تعارضت مصلحة القاصر و مصلحة الولي ,

---

[1] وهبه الزحيلي , **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي** , مؤسسة الرسالة , الطبعة الرابعة , بيروت , 1985 ,ص 66 .

[2] زيدان عبد النور , **(تدخل الهيئات القضائية و الإدارية في الزواج)**, رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة بن يوسف بن خدة, الجزائر , 2016-2017 , ص 30 .

[3] أحمد فراج حسين , **أصول الفقه الإسلامي** , منشورات الحلبي , بيروت , 2004 , ص ص 128,131.

يتدخل القاضي بإعمال سلطته التقديرية وترجيح مصلحة القاصر بالدرجة الأولى , بإعتباره معنيا بالزواج وطرفا محايدا , لا يرتجي مصلحة شخصية , أما لو كانت مصلحة الولي والقاصر متعارضتان مع مقتضيات عقد الزواج[1] , فلقاضي له حق رفض منح الترخيص كون المصلحة متناقضة مع أسس و أهداف الزواج المحددة بالمادة الرابعة من قانون الأسرة.

كما تعتبر من مصلحة القاصر تزويجها إذا تقدم لها من هوا كفؤا لها , وكان قادرا على مسؤولية الزواج معنويا و ماديا , و ثبت عن القاصرة تحملها للزواج و كان لها أن تطلب العفاف و الستر , و لها رغبة في تكوين الأسرة , دون النظر إلى حالتها الإجتماعية أو المادية , لأنها مصلحة مشروعة وتقوم على أساس شرعي وهو حفظ النفس و النسل من باب أولى .

2 – سلطة القاضي في تقدير شرط الضرورة :

إذا كان مناط الترخيص للزواج المصلحة والضرورة , فيرى أساتذة القانون بالإكتفاء بمصطلح المصلحة فقط دون الضرورة , لأنها أوفى بالغرض المنشود بحيث أن دفع الضرورة أو الإستجابة لها ما هي إلا تحقيق لمصلحة من قامت الضرورة عقبة لإتمام زواجه وهو دون السن القانونية , كأن يكون الزواج مخرجا للقاصرة من ضرر قد يلحق بها كأن يخشى عليها من الإنحراف أو من الفقر[2] , فمن كانت دون معيل و ليس لها أحد في الحياة من يعيلها أو يسندها وعليها تقضي ضرورة ذلك في تزويجها حماية لها و لحقوقها , لذا يتعين على القاضي تكييف الوقائع و تقدير ما هو الأصلح للقاصر في زواجه دون التعسف في سلطته كون نتيجة تقديره لشروط المذكورة سابقا أساس الترخيص .

جاء التشريع الجنائي ببعض حالات الضرورة منها حالة الإعتداء و حالة الإختطاف [3], قد نصت المادة 326 من قانون العقوبات على جزاء من يرتكبها : **(كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشر و ذلك بغير عنف أو تهديد أوتحايل أو شرع في ذلك , يعاقب بالحبس لمدة سنة إلى خمسة سنوات , وغرامة 500إلى 2.000 دج . وإذا تزوجت**

[1] فاسي عبد الله , مرجع سابق , ص 98.

[2] تشاور الجيلالي , **سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري** , المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية , الجزء 37, كلية الحقوق , جامعة يوسف بن خدة , الجزائر , 1999 , ص 79.

[3] بن مدخن مريم , بوكمال سعاد, **(الإذن القضائي بزواج القصر)**, مذكرة ماستر , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة عبد الرحمان ميرة , بجاية , 2016-2017, ص 46.

القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناءا على شكوى الأشخاص الذي لهم صفة في إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله). أي إذا وقع الإعتداء على فتاة لم تبلغ سن الزواج وكانت إرادتها بالرغبة في الزواج من المعتدي عليها لتغطية فضيحة الأخلاقية , على الرغم من أن الزواج سببا لإزالة الفعل الإجرامي عن الجاني ووقف تنفيذ العقوبة عليه إلا أنه لا يتم إلا بترخيص من القاضي المختص [1] .

الفرع الثاني : قدرة الطرفين على الزواج .

قبل تعديل 2005 جاء في النص القديم من قانون الأسرة : (... للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة) [2], إقتصر فقط على شرط المصلحة والضرورة غير أنه بالتعديل الوارد بالأمر 02-05 و بالإضافة لشرطي المصلحة والضرورة المنصوص عليهما في المادة السابعة , أضيف شرط أخير بتوفره يتم منح الترخيص لتزويج القاصر , وهو قدرة هذا الأخير على الزواج وتحمل أعباء الحياة الزوجية وإدارة شؤون الأسرة , لذا يلزم على القاضي قبل إصدار الترخيص التأكد أولا من حالته الجسمية و الحالة المالية و هذا ما أغفل عنه المشرع في تحديد أي قدرة يقصدها .

أولا -الحالة الجسمية :

هي القدرة الجسدية للزوجة القاصرة لممارسة أعمال البيت وخدمة الزوج, وتحمل الحمل والإنجاب و هي بالنسبة للزوج القاصر القدرة على التكفل بأسرته ماديا و معنويا ما يستوجب عليهم تحقق شرط القدرة فيهم , و تتحقق القدرة بالبلوغ الطبيعي للقاصر والقاصرة , ويظهر ذلك عند الذكر بالإحتلام أي خروج المني المتدفق بلذة في حال النوم أو في حالة اليقضة بالجماع و كذلك بظهور شعر العانة [3] وهذا يشترط فيه كلا الطرفين , وتختص الأنثى عن الذكر القاصر في البلوغ بالحيض والحمل[4] .

[1] تشاور الجيلالي , مرجع السايق , ص 79.

[2] المادة 7 من قانون الأسرة .

[3] عمر سليمان الأشقر , مرجع سابق , ص 111.

[4] عبد الكريم زيدان , مرجع سابق , ص 421.

ذهب رأي الفقهاء على أنه يجب البلوغ لدخول عن القاصرة لكي تطيق الممارسة الجنسية ولا يلحق بها أي ضرر[1] , ويتجلى ذلك أن تكون الفتاة لها بنية جسمية تتحمل الوطء خالية من أي مرض قد يقف عائقا في تحقيق الغاية من الزواج و الهدف الأسمى منه وهو تكوين الأسرة الذي من شأنه تحقيق الإستقرار في الحياة الزوجية , وعليه تعرض المشرع الجزائري في المادة 7 مكرر من قانون الأسرة إلى أنه يشترط تقديم وثيقة طبية للتأكد من صحة و قدرة الطرفين المقبلين على الزواج .

1- الشهادة الطبية :

من جانب تعريف الفحص الطبي فنرى أن المشرع أغفل عن تعريفه بالرغم من كونه شرط خاص في منح الترخيص بالزواج للقصر , أو للزواج بصفة عامة , ويعرف إصطلاحا بأنه : " تقديم إستشارات طبية إختيارية أو إجبارية للخاطبين المقبلين على الزواج , تستند إلى فحوصات مخبرية أو سريرية تجرى لهم قبل عقد القران " . وعرفه الإستشاري في إختصاص جراحة النساء و التوليد و العقم د. عبد الكريم قرملي : " برنامج نفسي و ثقافي متكامل , الهدف الأساسي منه لا يقتصر على إجراء بعض التحاليل , إنما إستشارة كاملة لما قبل الزواج و رصد لمرحلة التاريخ الطبي السابق لدى المتقدم , و تشمل كل من الصحة النفسية و الجسدية , وهو إجراء يتعرف من خلاله المتقدم على الحالة الصحية العامة للزوجين و إمكانية إنجاب أطفال أصحاء عند الولادة و أثناء النمو لاحقا "[2] .

ذكرها المشرع الجزائري في المادة 7 مكرر قانون الأسرة أنه: (يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية , لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج ...) و شرط تقديم الشهادة الطبية يقصد به خلو كل واحد من الزوجين من الأمراض المعدية كأمراض السيدا و الإيدز التي تؤدي إلى العقم و إلى غيره من الأمراض المانعة للإنجاب[3].

---

[1] رزيق بخوش , **ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة الجزائري** , مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية , العدد التاسع , كلية الحقوق , جامعة الحاج لخضر 1 , باتنة , 2016 , ص 366.

[2] ملوك محفوظ , **الفحص الطبي كشرط لإبرام عقد الزواج و إشكالات تطبيقه** , مجلة الحقيقة , العدد 37 , كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية , جامعة درارية , أدرار , 2016, ص 270.

[3] عبد العزيز سعد , **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد** , مرجع سابق , ص 50.

مما يأخذ من التعاريف السابقة أن الفحص الطبي السبيل الوحيد لتقدير الحالة الجسمانية لكلا الطرفين , و تأكيدا على خلوهم من أمراض من شأنها أن تكون سبب في عدم تحقيق الغاية المرجوة من الزواج و تعكس أثار سلبية للقاصر , نذكر منها على سبيل المثال أن الفتاة القاصرة لا تكون في المعتاد مكتملة في متطلبات الجسدية , فإذا حدث حمل فإن جسمها يتطلب تغذية لها و لحملها , و تخلفه يعرضها للإجهاض و فقر الدم وفي بعض الأحيان يؤدي إلى وفاتها.

1-1 تأكد الموظف المختص بتحرير عقد الزواج من الشهادة الطبية :

أورد المشرع في الفقرة الثانية من المادة 7 مكرر قانون الأسرة : (... يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج , ويؤشر بذلك في عقد الزواج . تحدد الشروط و كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم) , حيث منح سلطة إستلام الوثيقة الطبية لإبرام عقد الزواج إلى كل من الموثق وضابط الحالة المدنية , الذي يلزم قبل تحرير عقد الزواج التأكد من خضوع طرفي العقد للفحوصات الطبية المقررة قانونا , كما نص في المادة 7 من مرسوم 06-154 أنه يجب على الموثق وضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الإستماع إلى كلا الطرفين في ان واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما و بالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك فيعقد الزواج[1]. ولا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يرفض إبرام عقد الزواج للأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين لأن قبولهم الإقتران دليل على علم كل منهما بالحالة الصحية للأخر وبالتالي قبوله تحمل تبعات هذه المجازفة [2].

مما ورد على الرغم من كون الشهادة شرط لإبرام عقد الزواج و و أولى الأمر للموثق و ضابط الحالة المدنية لتسجيل الزواج , إلا أن المشرع ترك لطرفي العقد الحرية في إتمام عقد

[1] المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11-05-2006 , يحدد الشروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 , المتضمن قانون الأسرة , ج.ر.ج.ج , العدد 31 ,الصادر في 11-05-2006.

[2] ملوك محفوظ , مرجع سابق , ص 280 .

زواجهم دون سلطة منعهم في حالة إصابة أحد منهما أو كلاهما بمرض وكانت إرادتهم في الإستمرار في حياتهم الزواجية .

2-1 أثر تخلف الشهادة الطبية عن عقد الزواج :

في حالة عدم تقديم أحد الزوجان أو كلاهما للشهادة الطبية التي تثبت فحصهما وخلو كل واحد منهما من أي مرض فإنه يترتب على ذلك جزاء مخالفة أن يمتنع الموثق وضابط الحالة المدنية عن تحرير العقد ,و ينوه لكلا الزوجين بضرورة توفر الشهادة الصحية لقيام عقد الزواج و إلا وقعت عليه الجزاء , أما إذا تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط , وحرر العقد دون شهادة طبية أو أغفل وجودها فإنه يعرض نفسه للعقاب الإداري والعقاب الجزائي[1].

وطبقا للمادة 06 من المرسوم 06-154 : " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالبا هذا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم " , وعليه فيمنع منعا باتا تسجيل الزواج في غياب الشهادة الطبية , ويعود الأمر لتوقيع الجزاء على من يخالف هذه المادة إضافة لحالات أخرى في مخالفتها يعاقب ضابط الحالة المدنية وفق قانون العقوبات الجزائري , ورد في المادة 441 : "يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من 100 إلى 1.000 أو بإحدى العقوبتين ... والذي لا يتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا أشترط القانون هذه الموافقة للزواج ... " [2] .

ثانيا – القدرة المالية :

بما أنه إشترطت القدرة الجسدية للفتاة القاصرة للإثبات قدرتها على تحمل مسؤولية الزواج و الحمل , إلا أن الذكر القاصر لا يعفى أيضا من شرط القدرة حيث لتسيير الزواج لابد له من مدخول ماديا لتوفير الإستقرار العائلي , لذا لا بد من القاضي أن يتأكد هل للقاصر القدرة المادية لتحمل ما ينتج على الزواج من أعباء .

---

[1] عبد العزيز سعد , **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد** , مرجع سابق , ص 51.

[2] لأمر رقم 66-156, المؤرخ فـ18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 , المتضمن قانون العقوبات ج ر ج ج عدد49 الصادر في 21 صفر عام 1386الموافق 11 يونيو سنة 1966 , معدل ومتمم .

تتعلق هذه القدرة بالصغير وذلك بأن يكون قادر على دفع الصداق , ومتمكنا من إكتساب المال , من أجل الإنفاق على زوجته و أولاده فلا يعقل أن يتزوج الصغير , ولا يملك ما يكفيه للوفاء بإلتزاماته المالية [1]. فللقاصر أن يكون له مدخول مالي يعيل به عائلته ويوفر التوازن المالي فهل عند منح القاصر الترخيص بالزواج يؤهله هذا الترخيص لممارسة والتصرف في أمواله أم يشترط ترخيص من أجل التصرف في المال؟ لذلك أورد المشرع لمن كان قاصرا و بلغ سن التمييز له أن يباشر ممارسة الأعمال التجارية بالإذن له بالترشيد غير أنه يبقى تحت رقابة من كان وليه أو الوصي يعود سبب ذلك أن تصرفاته تكون واقعة بين النفع والضرر وفق المادة 43 من قانون المدني .

1 – إذن التصرف في الأموال في قانون الأسرة :

تنص المادة 84 من قانون الأسرة : (للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناءا على طلب من له مصلحة , وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك) . كما جاء في نص المادة 968 من مجلة الأحكام العدلية : " للولي أن يسلم للصغير المميز مقدارا من ماله أو يأذن له بالتجارة لأجل التجربة فإذا تحقق رشده دفع وسلم إليه باقي أمواله " [2], ومن خلال نص المادة يتضح أنه يجوز للقاضي أن يأذن للقاصر الذي بلغ سن التمييز, وهو 13 سنة أن يتصرف في أمواله الخاصة بناءا على طلب من له مصلحة كوليه أو نائبه الشرعي, و حسب قانون الأسرة القاصر الذي بلغ سن التمييز المحدد 13 سنة ولم يبلغ سن الرشد المحدد 19 سنة , يكون متمتعا بأهلية الاداء تمكنه من إدارة الأعمال الدائرة بين النفع والضرر و التصرف في أمواله بالبيع أو الشراء .... وهو ما يسمى الترشيد [3] .

ومما سبق فيشترط لترشيد القاصر وفق قانون الأسرة الجزائري , أن يبلغ سن يمكنه من فهم ما يدور حوله من تصرفات و وما يترتب عنها من أثار سواء عادت عليه بمنفعة أو

---

[1] رزيق بخوش , مرجع سابق , ص 366.

[2] لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية , **مجلة الأحكام العدلية** , دون دار نشر , دون بلد نشر , دون سنة نشر , ص 188 .

[3] غربي صورية , **(حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري)**, مذكرة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة أبو بكر بلقايد, تلمسان , 2014–2015 , ص 166.

بمضرة , ويقدم طلب الترشيد للقاضي بطلب من وليه أو ممن له مصلحة , بعد تقدير القاضي لحالة القاصر يتحصل على إذن بالترشيد لممارسة أعمال .

2- الترشيد وفق قانون التجاري :

حسب ما نصت عليه المادة 5 من قانون التجاري الجزائري : " لا يجوز للقاصر المرشد , ذكرا أم أنثى , البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية , كما لا يمكن إعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها من أعمال تجارية:

- إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرارا من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة , فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو أسقطت عليه السلطة الأبوية أو إستحال عليه مباشرتها أو في حالة إنعدام الأب و الأم .
- ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري " [1] .

فالأصل ليس للقاصر سواء كان في سن التمييز أو عدمه حق للإتجار لنقص أهليته , إلا أنه ورد إستثناءا عن القاعدة الأصلية بمنحة إذن لذلك , طبقا لنص المادة السابقة من بلغ سن 18 عشرا و كانت إرادته تتجه نحو ممارسة الحياة التجارية , له أن يزاول التجارة بإذن صادر من وليه أو إقرارا من مجلس العائلة , شرط أن لا يقل سنه عن السن المحدد قانونا للإتجار , ويرد إختصاص حول الجهة المصدرة للإذن فحسب القانون التجاري الولي من يأذن للقاصر في مزاولة العمل التجاري أب أو أم كان , ذلك بعد سلطة تقدير القاضي المختص , و تحديد نطاق الإذن فيما يخص بالأعمال التجارية و أموال المخصصة لذلك .

3- حق القاصر في العمل وفق قانون العمل الجزائري :

بما ثبت عن القاصر أنه يتمتع بأهلية الوجوب التي تثبت له صلاحيته في الحقوق المقررة له و عليه , غير أنه يستثنى في ذلك بعض الحقوق التي لا يقدر على تلقيها , إما لعارض أصاب أهليته أو لصغر سنه منها حقه في العمل و التمهين .

[1] أمر رقم 75-59 , مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق26 سبتمبر سنة 1975 , يتضمن القانون التجاري , ج ر ج ج , عدد 78 الصادر في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر سنة 1975 , المعدل والمتمم .

و طبقا لما جاء في نص المادة 15 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل : " لا يمكن في أي من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ستة عشر سنة إلا في حالات التي تدخل في إطار عقود التمهين , التي تعد وفقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما . ولا يجوز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وصيه الشرعي ... " [1].

إذن إذا أراد القاصر مزاولة العمل بعد ترك مقاعد الدراسة لتلبية إحتياجات المادية أو إعالة عائلته عند الزواج , إشترط المشرع لتشغيله أن يبلغ من العمر 16 سنة كاملة ولم يبلغ سن 18 عشر , كما وضع شرط ثان يتعلق بالترخيص للقاصر , حيث تعتبر الرخصة أو الإذن شرطا مسبقا لإبرام العقد و يقع باطلا في حال تخلفه . لذا فرخصة الوصي الشرعي ضرورية لتشغيل القاصر و هي تشكل حماية للقاصر في حد ذاته بتدخل وصيه للدفاع عن مصالحه وهي إجراء وقائي تمنح الوصي مسؤولية تجاه الولد القاصر رعاي له عند توظيفه وخلال عمله في حدود ما يقر له القانون [2].

4- تمييز الترخيص بين قانون الأسرة و قانون التجاري و قانون العمل :

أفرد قانون الأسرة في أحكامه الخاصة بفئة القصر , على جوازية التصرفات المالية للقاصر إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت تلحق به ضررا تحت شرط إجازة وليه أو القاضي , فالمشرع لذلك جعل للقاضي سلطة التقديرية في منح ترخيص التصرف في الأموال , إضافة إلى الترخيص بالزواج .فهو يشترك بذلك مع ما ورد في قانون العمل و القانون التجاري في جهة إصدار الترخيص و في طبيعة الترخيص أن يكون بموجب أمر على عريضة تصدر من القاضي , وفق ما نصت عليه المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : (يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا , والمتعلق ببعض تصرفات الولي , من قبل قاضي

[1] قانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 , المتعلق بعلاقات العمل , الجريدة الرسمية , العدد17 , الصادر في 25 أبريل 1990 , المعدل و المتمم .

[2] عزاوي عبد الرحمان , **السن القانونية للعمل والحماية المقررة لصغار السن وفقا لقانون علاقات العمل الجزائري** , المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية , المجلد 32 , العدد 02 , كلية الحقوق , جامعة يوسف بن خدة , الجزائر , 1995 , ص 387 .

شؤون الأسرة , بموجب أمر على عريضة)[1] , كما يشترك في الترخيص أنه يمنح للقاصر الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد , وبالرغم من ذلك التشابه , إلا أنه يوجد بعض نقاط الإختلاف منها :

*الترخيص بزواج القصر غير محدد بل شامل في كافة التصرفات و الإلتزامات الزواج , عكس الترخيص التصرف في الأموال فيكون محدد بالجزء أو يكون كلي , أما الإذن في القانون التجاري يخص الأعمال التجارية والأموال المخصصة لذلك دون غير , شأنه شأن قانون العمل الذي يتيح له فقط التوظيف وفق التنظيم الخاص بالعمل .

* المشرع جعل للقاضي حق في الرجوع عن الترخيص لتصرف في المال إذا ثبت لديه ما يبرر لذلك المادة 84 من قانون الأسرة " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناءا على طلب من له مصلحة و له الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك " , أما في الترخيص لزواج القصر و الإذن لممارسة التجارة و توظيف القاصر لم يرد أي حكم يقضي بجواز رجوع القاضي فيه .

المطلب الثاني : إجراءات تقديم طلب الترخيص بتزويج القصر

بعد ما تم التطرق إليه من بيان الشروط الخاصة لزواج القصر وتحديدها من قبل المشرع الجزائري في نص المادة 7 قانون الأسرة , يتضح أنه لابد لقيام عقد الزواج توفر ما ذكر من الشروط من مصلحة أو ضرورة و تقدير قدرة كل من الطرفين على تحمل الزواج , ليبرز بعده الجانب الإجرائي في إصدار الترخيص المطلوب بعد تقدير القاضي في توفر الشروط عند القاصر , ليترتب بعد ذلك إجراءات قانونية خاصة بإصدار الترخيص , منها كيفية تقديم طلب الترخيص بالزواج (الفرع الأول) , والشروط الخاصة بالطلب (الفرع الثاني) , وأخيرا تحديد الجهة القضائية المختصة بإصدار الترخيص (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : تقديم طلب الترخيص بتزويج القصر .

يترتب على إستعمال المواطن لحقه في رفع الطلب أو الدعوى , التي تعد بدورها وسيلة إتصال المواطن بالمرفق القضاء قصد الحصول على الحماية القضائية إنشاء مركز قانوني .

[1] قانون رقم 08-09, المؤرخ 18 صفر 1429 , الموافق ل 25 فبراير 2008, المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية , الجريدة الرسمية العدد21 , الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

لذا نظم المشرع الجزائري كيف يستعمل هذا الحق . جاء في المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : "**ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة, موقعة و مؤرخة , تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله ...** "

أول إجراء يقوم به ولي القاصر أو ممثله القانوني , أن يقدم طلب للحصول على ترخيص لتزويج القاصر في شكل عريضة في نسختين مطابقتين إحداهما يحتفظ بها في المحكمة والأخرى تسلم إلى مقدم طلب, وهو ما أورده قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 311: (**تقدم العريضة من نسختين ويجب أن تكون معللة وتتضمن الإشارة إلى الوثائق المحتاج بها... , ...ويجب أن يكون الأمر على العريضة مسببا , ويكون قابلا للتنفيذ بناءا على النسخة الأصلية)**, على أنه يشترط يجب أن تشمل عريضة الطلب على جميع البيانات اللازمة بتحديد كل من أطراف المعنيين بطلب إستصدار الإذن بالزواج و تحديد مضمون الطلب وجاءت المادة 15 من نفس القانون على ما يجب أن تتضمن عليه عريضة إفتتاح الدعوى أو عريضة الطلب تحت طائلة عدم قبولها شكلا , البيانات التالية :

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى .
- إسم ولقب طالب الطلب و موطنه.
- عرض موجز للوقائع و الطلبات المؤسسة للطلب , وإن إقتضى ترفق بها المستندات و الوثائق المؤيدة للطلب .

بعد تحرير العريضة وفق البيانات والشكل المحدد لها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقدم طلب الترخيص بالزواج , مرفق بالوثائق والمستندات اللازمة [1]:

- طلب مكتوب من ولي الأنثى أو الذكر مؤرخ وموقع منه .
- شهادة ميلاد المعني (ة) بالإعفاء .
- طابع جبائي .
- شهادة طبية تثبت أهلية القاصر للزواج فيزيولوجيا .

[1] بن وارد محمد الطيب , **الترشيد لإبرام عقد الزواج القانوني** , دار المحامي الجزائري , http://avocatalgerien.blogspot.com/2013/10/blog-post_13.html#.WTKFT_nyjI (25/02/2017)، تاريخ الإطلاع 20-04-2020 , على الساعة 17:50 .

يقدم الطلب إلى رئيس المحكمة , ليفصل فيه خلال أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ إيداع الطلب حسب المادة 310 في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

الفرع الثاني : شروط تقديم طلب الترخيص

إذا كان حق رفع الدعوى مكفول للناس كافة إلا أن المشرع قيده بشروط معينة يجب على القاضي , يترتب على تخلفها عدم قبول الطلب شكلا ولا يفصل في موضوعه , وهو ما أقره قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نص المادة 13 : " لا يجوز لأي شخص , التقاضي أمام ما لم تكن له صفة , وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ... " .

أولا – الصفة :

تعرف الصفة على أنها الحق في المطالبة أمام القضاء , وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي [1], فلا يمكن تقديم الطلب أمام القضاء ما لم يكن يتوفر في الشخص صفة التقاضي والتي تجد أساسها في السند القانوني الذي يمنحه القدرة أو الصلاحية في اللجوء إلى القضاء[2].

و بالنظر إلى المادة السابقة فيلزم على القاضي المختص أن يتحقق من توفر العلاقة القائمة بين الشخص طالب الطلب و موضوع الطلب , إذ يتعين أن يرفع الدعوى من ذي الصفة , و إعتبرت الصفة بأنها تلك الوضعية القانونية التي تفيد إرتباط رافع الدعوى بالحق المعتدى عليه أو بالمركز القانوني محل المنازعة وهذه الحالة القانونية تتوافر في الشخص بصفة أصلية أو بمقتضى تمثيل قانوني [3] . وعليه يلزم لقبول أي طلب يشترط أن يقدم من طرف المعني شخصيا , وطالما القاصر لم يبلغ السن القانوني الذي يمكنه من مباشرة التصرفات القانونية , من يتولى رفع الطلب ؟

و جواب على من يتولى تقديم الطلب في حالة كان صاحب الحق قاصرا , عليه يجوز أن يكون رافع الطلب ممثلا عن صاحب الحق , و في هذه الحالة فإن التمثيل القانوني

[1] بربارة عبد الرحمان , **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**, منشورات البغدادي ,ط3, الجزائر , 2011, ص 40 .

[2] ذيب عبد السلام , مرجع سابق , ص 62 .

[3] سليمان بارش , **شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري (الخصومة القضائية أمام المحكمة)** , دار الهدى للنشر , الجزء الأول , الجزائر , 2006 , ص 10 .

يعطي للمثل صلاحية إتخاذ إجراءات رفع الطلب و مباشرته , نظرا لعدم تمكن صاحب الحق من مباشرة الإجراءات لإستحالة مادية أو قانونية , يتعين على الممثل إثبات صفته القانونية و إثبات صفة صاحب الحق الذي يرفع الطلب لفائدته وتكون المصلحة المباشرة لصاحب الحق و ليس لممثله القانوني وهو ما يعبر عنه بالصفة الإجرائية [1].

أجابت المادة 11 من قانون الأسرة بدورها على ذلك فيما يتعلق بحق تولي تزويج القصر وجاء في نص المادة : **(دون إخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون , يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب , فأحد الأقارب الأوليين والقاضي ولي من لا ولي له)** .ومنه يتولى الأب تقديم طلب الترخيص , بإعتبار صفته قائمة في التمثيل القانوني لكن بخصوص موضوع الطلب فتبقى صفة القاصر قائمة و تخلفها يؤدي لعدم قبول الطلب لإنتفاء الصفة لطالب الحق . كما أوردت المادة السابقة في غياب الأب الولي عن القاصر أو في حالة وفاته , تنتقل الصفة الإجرائية إلى أحد الأقارب القاصر الأولين , في حالة غيابهم فالقاضي ولي من لا ولي له .

ثانيا – المصلحة :

إن المبدأ المستقر عليه فقها و قضاءا أنه لا دعوى بغير مصلحة , لأن المصلحة مناط الطلب بحيث لا يحق لأحد أن يقدم الطلب أمام القضاء ما لم تكن له مصلحة في ذلك , والمقصود بها أنها هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية من إلتجائه إلى القضاء , فوجود المصلحة يجنب القضاء بالإنشغال بمطالب لا فائدة عملية منها [2] , وعليه المصلحة هي الدافع للمنفعة التي تعود على شخص طالب الإذن , فطلب إذن الترخيص بزواج القصر هو مصلحة مشروعة لا تخالف النظام العام ولا الأداب العامة بل يجعل القاصر ذا أهلية كاملة تمكنه من تجاوز عقبات الحياة , ولكي تكون المصلحة محل إعتبار قانونيا لابد من توفرها لشروطها الخاصة :

- أن تستند المصلحة إلى حق يحميه القانون , بحيث يجب أن يكون الحق المطالب به معترف به قانونا و محمي بصفة مجردة ولا تصطدم بالنظام العام والأداب العامة .

[1] سليمان بارش , المرجع نفسه , ص 10 .

[2] فاسي عبدالله , مرجع سابق , ص 128.

- أن يكون الدافع الأساسي للمصلحة يعود على طالب الطلب بفائدة مباشرة سواء كان رافع الطلب شخصيا أو لممثله القانوني [1].

الفرع الثالث : الجهة المختصة بإصدار الترخيص

كما سبق التطرق إليه أن المشرع إستثنى فئة القصر من شرط الأهلية الكاملة و أجاز لهم الزواج بترخيص من طرف القاضي , ويشمل هذا الترخيص طلب الإذن بزواج القصر يتقدم به وليه , أو من يمثله أمام القانون , و يقدم الطلب إلى القاضي المخول بإصدار الترخيص بالزواج بعد تقديره لكافة الشروط الخاصة , حسب ما جاء في المادة 7 من قانون الأسرة , إلا أن المشرع ومن خلال المادة السابقة الذكر وقع في إغفال في عدم تحديده للقاضي ذو صلاحية إصدار الترخيص أو من هو القاضي المختص بإصدار الترخيص لتزويج القصر ؟ هل هو رئيس المحكمة أم قاضي شؤون الأسرة ؟ .

بما ثبت عن التطبيقات القضائية بما جرت بها العادة , أن رئيس المحكمة هو المختص بمنح الترخيص بالزواج لمن هم دون السن القانونية , بإعتبار أن صلاحية رئيس المحكمة تحقق الغاية والمصلحة التي من أجلها وضع الترخيص لما فيه من سرعة للإصدار الترخيص بالزواج , ومنه إذ كان القاصر المعني بطلب الترخيص قد خرج عن الأصل في السن المحدد فالأمر يقتضي تحقيق مصلحة مستعجلة [2].

بالرجوع لنص المادة 3 مكرر قانون الأسرة , نرى أن قانون الأسرة جعل من النيابة العامة طرفا أصيلا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون , بما ذلك القضايا الخاصة بالقصر كالإذن بالزواج وجاء تأكيد على ذلك في إجتهاد المحكمة العليا في ملف بتاريخ 09-01- 1983 , قررت فيه " يعتبر إطلاع النيابة العامة على ملفات الخاصة بالقصر قاعدة جوهرية "[3]. كما ذكرت مادة 426 ف 7 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن الجهة القضائية المختصة إقليميا في مواد شؤون الأسرة , نصت على أن المحكمة المختصة إقليميا في موضوع الترخيص بالزواج , هي محكمة مكان طالب الترخيص . وعلى

[1] سليمان بارش , مرجع سابق , ص ص 13, 14 .

[2] محفوظ بن الصغير , مرجع سابق , ص 427 .

[3] نقلا عن , فاسي عبدالله , مرجع سابق , ص 95 .

غرار قانون الأسرة , أحال المشرع من خلال المواد 424 و479 و 480 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلى قاضي شؤون الأسرة بالتكفل بكل المصالح المتعلقة بالقاصر حماية له و لمصالحه , بما في ذلك صلاحية ترخيص للزواج بأمر ولائي , حيث يندرج ضمن الأشكال الإجرائية الواجب إتباعها في الأحوال التي لا يوجد فيها نزاع يراد حسمه.

بناء لما تم التطرق إليه , يعود أمر إصدار الترخيص بتزويج القصر لقاضي شؤون الأسرة بعد سماعه لكل الأطراف من القاصر والولي أو ممثله القانوني , وبعد تحققه من مصلحة القاصر ومن الضرورة التي دعت إلى زواجه قبل سن المحدد القانوني , وقبل أن يصدر القاضي قراره بخصوص الترخيص لابد له أن يطلع على الوثيقة الطبية للقاصر و أن يبني قناعته فيما يخص الصحة الفيزيولوجيا و قدرته على تحمل الزواج ذكرا أو أنثى كان .

حيث يستوجب على القاضي المختص الذي يمنح رخصة الإعفاء من سن أهلية الزواج , أنه لا يجوز أن يمنحها مجاملة لمن تقدم إليه للحصول على ترخيص لزواج القاصر لأنه مقيد بالتحقق قبل ذلك من إثبات صغر السن , و توفر شروط الخاصة بزواج القصر , والتي لا بد من تحققها ليصدر القاضي الترخيص ولا يقبل أية طريقة من طرف الطعن .

بعد تقدير قاضي شؤون الأسرة لشروط المادة السابعة من قانون الأسرة , من شرطي المصلحة و الضرورة و قدرة كلا المتعاقدين على الزواج , يقوم القاضي بمنح المعني رخصة الإعفاء من سن أهلية الزواج . فإنه يتعين على من يتولى تزويج الفتى أو الفتاة مثل هذه الحالة أن يحتفظ بنسخة من هذه الرخصة ليستظهر بها أمام الموثق أو أمام الموظف المؤهل لتحرير عقود الزواج لكي يسلمها له قبل مباشرة إجراءات إبرام العقد , و يلزم على الشخص المحرر لقعد الزواج أن يشير إلى رخصة الإعفاء من سن أهلية الزواج و أن يضمها إلى أصل العقد المسجل في سجل عقود الزواج بسجلات الحالة المدنية [1].

المبحث الثاني : أ ثار ا لترخيص بتزويج القصر

إذا أبرم عقد الزواج مستوفيا لجميع أركانه وشروطه المقررة قانونا حسب المواد 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة , يعد هذا الزواج وفق المبدأ العام أن الزواج صحيحا منتجا أثارا ترتب

[1] عبد العزيز سعد , **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد** , مرجع سابق , ص ص 24 , 25 .

لكلا الزوجين ما لهما وما عليهما من حقوق و واجبات في حياتهم الزوجية , بما أن القاصر بعد تحصله على الترخيص بالزواج من قبل القاضي يعتبر شأنه شأن الشخص الراشد البالغ ذا الأهلية القانونية الكاملة , و ما يلاحظ على المشرع أنه إكتفى في نص المادة 7 فقرتها 2 بذكر أن القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يخص أثار الزواج , دون أن يفصل في هذه الأثار أو يوضح الأثر الذي يترتب عن مخالفة قاعدة الترخيص بالزواج , وهو ما سنتطرق إليه من خلال هذا المبحث .

المطلب الأول : الأثار المترتبة عن الترخيص بتزويج القصر

الزواج على الوجه الشرعي رباط مقدس بين الرجل والمرأة , يجمع بينهم بالمودة والحسنى وفق ما إقتضاه الله في الشرع الإسلامي و تطبيقا لذلك لابد من أن يكون الزواج متوفرا على كافة الشروط الخاصة به إضافة لإبرامه برضا كلا الطرفين كي تترتب أثارا تنتج من هذا الزواج تخص كلا الزوجين , و تشمل هذه الأثار ما لهما و ما عليهما من حقوق و واجبات من ضمنها حقوق التي يكسبها الزواج للرجل هو حق الطاعة مصداقا [1] لقوله تعالى : " **ولهن مثل الذي ما عليهن بالمعروف و للرجال عليهن درجة ولله عزيز حكيم** " [2] , ومن بين حقوق الزوجة على الزوج , الصداق , كما يحق لها النفقة وما يشملها ... ومن الحقوق المشتركة بينهم ما جاء في قانون الأسرة من خلال المادة 36 منها المحافظة على الروابط الزوجية و المعاشرة بالمعروف , و حسن التسيير في ما تقضيه شؤون الأسرة ... , إضافة لما سبق من الأثار التي تنتج بعد الزواج , يكتسب القاصر أثارا خاصة بعد حصوله على ترخيص الإعفاء من سن الزواج , منها إكتساب أهلية التقاضي (الفرع الأول) و إلتزام القاصر بدفع الصداق وتحمل النفقة الشرعية (الفرع الثاني) , وهو ما سيتم التطرق إليه خلال هذا المطلب .

الفرع الأول : إكتساب أهلية التقاضي .

بعد صدور الترخيص لولي القاصر من طرف القاضي , و تحصله على مركز قانوني جديد من خلال الزواج بصفته شخصا بالغا متمتعا بأهليته الكاملة القانونية , يترتب على

[1] عيسى حداد , مرجع سابق , ص 265 .

[2] سورة البقرة , الأية 228 .

إثره أن يكتسب القاصر أثار عدة منها ما نص عليه في المادة السابعة من قانون الأسرة : " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق و إلتزامات " , مما يتيح له أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج و أثاره وعلى إثره تكون جميع تصرفاته تحت حماية القانون .

أولا : المقصود بأهلية التقاضي .

الأهلية كما يعرفها فقهاء القانون هي صلاحية الفرد لكسب الحقوق و التحمل الإلتزامات , وهذه الصلاحية يكتسبها الفرد إذا كان بالغا سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه حسب المادة 40 من القانون المدني , كما يكتسبها القاصر بعد ترشيده من طرف القاضي ليصبح بالغا قانونيا [1] .

حق التقاضي من الحقوق العامة التي لا يجوز التنازل عنها بصفة مطلقة وهو مكفول للجميع دون إستثناء ويقصد بحق التقاضي حق الفرد في حماية حقه و إسترجاعه عند سلبه منه , وكذا حق الأفراد في دفع الضرر عن أنفسهم وعن أموالهم عن طريق اللجوء إلى القضاء و على رغم إرتباط مصطلح التقاضي بالأهلية , إلا أن أهلية التقاضي يقصد بها صلاحية الفرد لمباشرة الدعوى القضائية ولا يقصد بها صلاحيته للجوء إلى القضاء [2].

وعليه تعد أهلية التقاضي بمثابة أهلية الأداء في المجال الإجرائي , أي صلاحية الفرد في مباشرة الإجراءات القضائية بنفسه[3] . وهذا أن المشرع بدوره يكسب القاصر الأهلية المدنية في حدود ضيقة في كل ما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق وواجبات , وعلى إعتبار أن الزواج فيه تكاليف و التزامات , و مسؤوليات كالنفقة و الأولاد والخصومات المتعلقة بمسائل الشخصية [4].

---

[1] سليمان بارش , مرجع سابق , ص 12 .

[2] زرارة عواطف , **أهلية التقاضي في قانون إجراءات المدنية والإدارية** , مجلة الحقوق والعلوم السياسية , العدد 12 , كلية الحقوق , جامعة زيان عاشور , الجلفة , 2008 , ص 266.

[3] بوبشير محند أمقران , **قانون الإجراءات المدنية** , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 2001 , ص 76.

[4] بلحاج العربي , **أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري** , مرجع سابق , ص 204.

ثانيا – أهلية التقاضي وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية

الذي يبدو عليه أن أهلية التقاضي تعد في مركز أهلية الأداء فيما يتعلق بالإجراءات المطروحة أمام القضاء. و حسب ما نص عليه المشرع الجزائري في ظل القانون القديم للإجراءات المدنية من نص المادة 459 : " لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة أو أهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك ... " , لذا لابد أن تتوافر الأهلية في كل أطراف الدعوى لقبولها , و إن حدث و رفعت الدعوى من فاقد الأهلية سيؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى لإنتفاء عنصر الأهلية في الشخص غير أن هذا لا يمنع أساسا من الدفاع على حقوقه , بل يحق له اللجوء إلى القضاء بواسطة الممثل القانوني له [1] .

و بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية إستبعد المشرع الجزائري في المادة 13 الأهلية في التقاضي و إكتفى بشرطي المصلحة و الصفة كشروط قيام الدعوى , وهو ما أثار إختلاف بين فقهاء وباحثين في القانون منهم من أعتبر أن إستبعاد الأهلية يعني إمكانية رفع الدعوى من أي شخص سواء كان ناقص الأهلية أو معدوم الأهلية , ومنهم من إعتبرها شرط بديهي ولا داعي ليتم ذكره [2] , و إستحسنوا تخلي المشرع عن الأهلية من دائرة شروط قبول الدعوى و يعود سبب ذلك أن الأهلية لا تكون عادة مستقرة فقد تتوفر وقت قيد الدعوى و تتخلف أثناء سير الدعوى .

تعد القاعدة العامة عند التقاضي أن للشخص صلاحية التقاضي دون تقييد , فهل تنطبق أيضا على القاصر ؟ بمعنى هل للقاصر حالات معينة فقط للتقاضي فيها أم له حرية كاملة

بالرجوع لنص المادة السابعة فقرة الثانية : " يكتسب القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثر عقد الزواج من حقوق و إلتزامات " وعليه يبدو أن المشرع حدد للقاصر مجال معين فقط يسمح له بالتقاضي و هو في حدود الزواج و ما ينتج عليه من أثر , حيث ساوى بين القاصر و الراشد في التقاضي في مسائل الزواج كالنفقة و إثبات النسب و الحضانة , دون الطلاق كون الطلاق تصرف مستقل عن أثار الزواج , و الجدير بالذكر أنه لا يجوز لأحد أن يدعي صفة الزوجية أو يطالب بأثار الزواج ما لم يقدم عقد الزواج محرر أو مسجل لدى

[1] سليمان بارش , مرجع سابق , ص 12 .

[2] زرارة عواطف , مرجع سابق , ص 272 .

سجلات الحالة المدنية , كما أن مجرد عقد الزواج الصحيح يجعل كل من الزوجين مالكا للأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية الناشئة عن هذا العقد بقوة القانون [1] .

الفرع الثاني : إلتزام القاصر بدفع الصداق و تحمل النفقة الشرعية

مما لا شك فيه أن بعد زواج القاصر و تحصل وليه على الترخيص لتزوجيه , سيسعى القاصر لإدارة حياته المالية لتحقيق التوازن فيها , خاصة وبعد أن أتيح القانون له حق التقاضي فيما يرد عليه من أثار الزواج , وما يعلم عن تصرفات القاصر أنها واقعة ضمن دائرة النفع والضرر و تتوقف على إجازة وليه ,ومن بين التصرفات التي يقرها القانون للقاصر حق التصرف في الأموال و من بينها الأثر المالي كالصداق والنفقة , غير أن المشرع أغفل التطرق في توضيح تصرفات القاصر الخاصة بقيمة الصداق وقبضه و التصرف في النفقة .

أولا – الصداق :

يعرف عن الصداق أنه المال الذي يجب على الزوج لزوجته بالعقد عليها أو بالدخول الحقيقي بها[2] , كما يطلق عليه بالمهر صدقا ليبين صدق رغبة الزوج في التزوج بالمرأة كرمز للمودة والتكريم [3].

من ناحية القانون إعتبر المشرع الصداق من شروط صحة عقد الزواج , وجعل الزوج ملزما لدفعه بغض النظر عن كونه راشدا أم قاصر و أورد حق التصرف فيه ملكا لزوجة طبقا للمادة 14 من قانون الأسرة . طالما المشرع أعفى عن القاصر و سمح له بالزواج وهو دون السن القانوني , ولإكمال متطلبات عقد الزواج وفق الشروط القانونية لابد من القاصر دفع الصداق , بعد أن تحدد قيمته و طبيعته إن كان معجلا أم مؤجلا شرط أن لا يطول التأجيل و يصبح مسقطا للصداق.

[1] بلحاج العربي , **الوجيز في شرح قانون الأسرة – أحكام الزواج** – , مرجع سابق , ص123 .

[2] عيسى حداد , مرجع سابق , ص 179 .

[3] العربي بختي , **أحكام الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري** , ديوان المطبوعات الجامعية , دون بلد نشر , 2013, ص 37 .

و يعد دفع القاصر للصداق من الأعمال المعاوضة , التي لا يصح له تنفيذها إلا بعد إجازة وليه فليس للقاصر حق في أن يزيد الصداق أو ينقص منه بعد أن يحدده وليه لإنتفاء مركزه في هذه التصرفات .

أما بشأن قبض الصداق و التصرف فيه من طرف القاصرة فهنا يعود أمر القبض لوليها لنقص أهليتها لإنتفاء أهلية الولاية على المال [1] , لذا على الزوج أن يحرص في هذه الحالة أن لا يقبضها صداقها , وعلى الرغم ما أتى به المشرع في مادة 14[2] إلا أنه يبقى قبض الصداق وفقا لما جرت عليه العادات و التقاليد يكون للولي فقط .

ثانيا : النفقة الشرعية

النفقة المقصودة هنا هي نفقة الزوج على زوجته التي تترتب على عقد الزواج الصحيح , و يقصد بها كل ما يخرجه الرجل و يقدمه لزوجته في شكل أدوات لإشباع الحاجات المادية و المعنوية , بالمعنى العام إخراج الرجل جزءا من ماله لصالح زوجته [3]. بالنظر إلى مواد قانون الأسرة الخاصة بالنفقة , نرى أن المشرع لم يعطي تعريف دقيق يلخص النفقة بل إتجه نحو تحديد ما تشتمل عليه في نص المادة 78 من قانون الأسرة لتذهب لكل ما تحتاجه الزوجة من طعام و كسوة و فراش و علاج و سكن , وكل ما يلزم حسب العرف والعادة , و تعتبر من حقوق الثابتة للزوجة بمقتضى عقد الزواج [4].

من القاعدة القانونية العامة تنشأ النفقة بمجرد الدخول الصحيح إلى بيت الزوجية أو بالدعوة إليه بالبينة , لكن هل القاصر يأخذ نفس الحكم فيما يتعلق بالإنفاق مثل الشخص البالغ ؟ وما أثر حكم النفقة إذ صدرت من الزوج القاصر ؟ هنا أيضا لم يتطرق المشرع عن شروط النفقة و لم يستثني القاصر بقاعدة خاصة , إلا أنه قد أثار الفقه الإسلامي مسألة وجوب النفقة على الزوج الصغير لزوجته القاصرة فالحنفية يرون أن للزوجة النفقة ولو كان الزوج

---

[1] فاسي عبد الله , مرجع سابق , ص 135 .

[2] مادة 14 قانون الأسرة : " **الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح , وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء** " .

[3] فضيل سعد , مرجع سابق , ص 176.

[4] عيسى حداد , مرجع سابق , ص 266 .

صغيرا وذلك لوجود التسليم من الزوجة , و أخذ الشافعية بذلك لقول الشافعي " إذا كانت هيا البالغة وهو الصغير فعليه النفقة , لأن الحبس جاء من قبلها ومثلها يستمتع به " , والحنابلة ايضا , أما المالكية فقالو بعدم إستحقاقها للنفقة وذلك لقول الإمام مالك " كذلك الصبي إذ تزوج المرأة البالغة فدعته إلى أن يدخل بها فلا نفقة لها عليه " [1].

بناءا على ذلك , يعود الإنفاق على الزوجة للزوج القاصر بغض النظر أن كانت بالغة أو قاصرة , أو كانت عاملة ذات مدخول أم لا , طالما توفر شرط الدخول بالزوجة لذا يحدث أن يقابل حق الإحتباس تنفيذ الإلتزام المالي .

المطلب الثاني : أثار تخلف الترخيص عن عقد تزويج القصر .

بعد أن أورد المشرع الأهلية في قانون الأسرة في المادة 7 بسن 19 سنة كاملة لكلا الطرفين , الذي يعد كأصل عام لا يجوز مخالفته غير أنه ورد إستثناء عليه ضمن نفس المادة الذي يقضي بتمليك قاضي شؤون الأسرة منح الترخيص بالزواج لمن هو دون السن القانوني , وما يعرف على القواعد القانونية أنها ملزمة و امرة , وقاعدة الترخيص بالزواج من قواعد الخاصة بالأهلية حيث أن إبرام عقد الزواج بدون ترخيص من القاضي يعتبر مخالف للقانون , فكيف يلجأ أطراف العقد لمخالفة ما أقره القانون ؟ وما أثر مخالفة قاعدة الترخيص على الزواج ؟ سيتم التطرق خلال هذا المطلب إلى طرق مخالفة قاعدة الترخيص بتزويج القصر (الفرع الأول) , و أثر تخلف الترخيص عن زواج القصر (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : طرق مخالفة قاعدة الترخيص بتزويج القصر

إن الزواج بصفة قانونية هو إقتران المرأة بالرجل بموجب عقد قانوني , يتضمن كافة الشروط الواجب توافرها إضافة لركن الأساسي للزواج وهو رضا كلا الطرفين وإستعدادهما لإنشاء أسرة ذات قيم حميدة وأخلاق فاضلة , وجاء المشرع بشرط أخر بأن يسجل عقد الزواج عند الجهات المختصة حفاظا على حقوق الزوجين , إلا أنه هناك بعض من الأشخاص يتعمدوا لمخالفة الشرط الأخير , بحالة خاصة إذا كان طالبي الزواج قاصرين فيلجأ وليهم إلى إبرام

[1] فاسي عبدالله , مرجع سابق , ص 141 .

الزواج دون تسجيله وهو ما يعرف بالزواج العرفي , أو يلجأ القاصر بنفسه إلى التحايل بشأن سن أهليته .

أولا : الزواج العرفي

الزواج العرفي هو زواج متوفر على جميع الأركان الشرعية من رضا الزوجين , وولي الزوجة , وشهود و الإعلان وكل ما في الأمر أنه لم يوثق لدى الجهات المكلفة بتسجيله , وقد إصطلح عليه الفقهاء بالزواج العرفي لأنه يتم وفق ما تعارف عليه الناس منذ عهد رسول الله –صلى الله عليه و سلم – كما يطلق عليه إسم الزواج المغفل لإغفاله بعدم التسجيل , و يصطلح عليه الزواج الشرعي لأنه مكتمل الأركان الشرعية [1].

إعتبر القانون الجزائري الزواج العرفي صحيحا طالما إستوفى ركن الرضا وبقية الشروط فهو عقد غير رسمي فقط , وهو ما نص على مخرج له في المادة 22 من قانون الأسرة : (يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية , وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي) . فمن دواعي اللجوء إلى هذا النوع من عقود الزواج لدى فئات القصر التهرب من الشروط القانونية , وتفادي اللجوء إلى القضاء لإعتقادهم بأن إجرءات الحصول على رخصة الزواج تكون معقدة , فهناك حالات يضطر فيها الأولياء للتعجيل في الزواج إستجابة لهذه الضرورة كستر عار مثلا [2] . ومما أوردته المادة 22 السابقة فقد جعل المشرع سبيلا لتخطي عقبة الترخيص بالنسبة لزواج القاصر بالزواج العرفي , ليتم بعد بلوغ القاصر سن الزواج القانوني أو ولادة الأولاد ضرورة تسجيل الزواج لإثبات النسب وذلك بتقديم طلب ممن له مصلحة من رئيس المحكمة لتسجيله قضائيا ليصبح عقد زواج رسمي .

ثانيا – إخفاء الأهلية :

قد يسعى القاصر أو القاصرة , عند إبرام عقد الزواج إلى إخفاء أهليته بإدعائه راشدا أو يتواطأ مع الموثق أو الكاتب العمومي , ففي الحالة الأولى تدعي القاصرة بلوغها سن الزواج وخاصة إذا كانت بنيتها الجسدية تؤيد ذلك و أثبت ذلك بعقد ميلاد مزور ,أما الحالة الثانية

[1] كريمة محروق , **الإعتراف القضائي بالزواج العرفي بين النص و الممارسة** , مجلة التراث , المجلد العاشر , كلية الحقوق , جامعة زيان عاشور , الجلفة , 2020 , ص 61 .

[2] فاسي عبدالله , مرجع سابق , ص 111.

فإن الموظف أو الموثق ينزل عند رغبة القاصر [1], ويتواطأ معه لتحرير عقد الزواج وهو ما إعتبره المشرع مخالف للقانون , لذا نص على جزاء كل من يخالف القاعدة القانونية وهو ما جاءت به المادة 77 من قانون الحالة المدنية والتي بدورها تحيل إلى قانون العقوبات التي يرتب عقوبات جزائية و إدارية .

الفرع الثاني : أثر تخلف الترخيص عن زواج القاصر

بعد أن حدد المشرع الجزائري سن الأهلية بتسعة عشر سنة , وحدد الشروط الخاصة لتزويج القاصر بعد تقدير القاضي المختص , غير أنه لم ينص ما مصير عقد الزواج إذا أبرم دون رخصة وهو ما أدى لإختلاف في الرأي بين أساتذة القانون الوضعي الجزائري وشراحه.

أولا- أصحاب الرأي الأول :

بالرجوع لأحكام قانون الأسرة 05-02 لم ينص صراحة ولا ضمنا عن ما يترتب من أثار على مخالفة سن أهلية الزواج , وذهب رأي عدد من شراح القانون أن عدم تطرق المشرع إلى جزاء من يخالف قاعدة الترخيص رأي صائب , لأن المشرع بنفسه أقر بزواج الذي لم تكتمل شروطه الشكلية و يمكن تسجيله بالحالة المدنية بعد إثباته بحكم قضائي[2] , عملا بالمادة 22 من قانون الأسرة , قد يتم إبرام عقد الزواج شرعا قبل بلوغ السن القانوني إلا أنه بعد مدة من الزمن يقدم طلب من قبل ولي القاصر أو من له شأن به لإثبات عقد الزواج و تسجيله في سجلات الحالة المدنية , وعليه يستخلص من المادة 22 أن المشرع يقر بالزواج الغير مسجل ولا يرتب عليه أي جزاء فلا يقع باطلا ما دام تم على الوجه المشروع , وكان منتجا لكافة أثاره.

ثانيا – أصحاب الرأي الثاني :

إعتمد أنصار الرأي الثاني بما ورد في قانون 224-63 الصادر في 1963 الذي نص في المادة الأولى على أنه لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة , ولا للمرأة التي لم تبلغ 16 سنة أن يعقدا زواجهم . ونص في المادة الثانية على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية

[1] نفس المرجع , ص 115.

[2] زيدان عبد النور , مرجع سابق , ص 42.

أو القاضي (الموثق) , والزوجين وممثليهما الذين لم يراعو شرط السن القانونية [1]. لكن بعد صدور قانون 84-11 قد ألغت ضمنيا تلك المادة الأولى دون بقية المواد التي كانت تشمل على قواعد تنظيمية لم يتطرق إليها قانون الأسرة الجديد أو أغفل عن بعض الجزئيات فيها , منها جزاء من يخالف قاعدة الترخيص حيث تضمنت أن كل عقد زواج يبرم مخالف للمادة الأولى يقع باطلا قبل الدخول و قابل للإبطال بعد الدخول [2] , أما أحكام النصوص الأخرى فيرى بعض فقهاء القانون أنه يمكن العمل بها لأنه لا يوجد ما يخالفها أو ما يعارضها في قانون 84-11 ولا في تعديل 05-02 .

في حين يرى بعض الفقهاء أن مخالفة قاعدة الترخيص و إبرام عقد الزواج دون السن المحدد لا ينشئ أي جزاء , ولا يترتب عن إبطال العقد أو فسخه [3] , وهو ما تبناه الأستاذ عبد العزيز سعد برأيه أنه مدام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 224-63 ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزواج [4] , وقد أكدت الإجتهادات القضائية هذا المبدأ : " من المقرر شرعا أن عدم توفر أهلية الزواج ينتج عنه البطلان ... " " وإن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون " [5].

[1] عبد العزيز سعد , **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد** , مرجع سابق , ص ص 25 ,26.

[2] عبد العزيز سعد , **الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري** , مرجع سابق , ص 98 .

[3] فاسي عبد الله , مرجع سابق , ص 117.

[4] عبد العزيز سعد , **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد** , ص 26 .

[5] دزيري خليل ,(**دور القاضي في إنعقاد الزواج و إنحلاله**), مذكرة ماجستير , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة الجزائر 1, الجزائر , 2014-2015 , ص 22 .

الخاتمة

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والذي وفقني في إنجاز موضوع الترخيص بتزويج القصر , حيث قدمنا من خلاله أن القاصر الذي يخصه هذا الموضوع هو القاصر الذي بلغ سن التمييز, و لم يبلغ سن الرشد و هو السن القانوني للزواج أي لا يكون أهلا للتصرف فيما يرغب من التصرفات من بينها الزواج, مما يستوجب أمرا أن يتولى غيره إدارة هذه التصرفات و إبرام عقد زواج القاصر لهذا أولى المشرع ذلك لوليه ,أو ممثله القانوني حماية لمصالح القاصر وحفاظا على حقوقه, وبهذا إتفق المشرع الجزائري مع مذاهب المالكية و الحنابلة و الشافعية في ضرورة وجود الولي في عقد الزواج , حيث تم إدراجه ضمن شروط الزواج عامة و زواج القصر خاصة وفق المادة 11 من قانون الأسرة , أي أنه ليس للمرأة القاصرة أن تنفرد بإبرام عقد زواجها خلافا لما ذهب إليه المذهب الحنفي ويبقى لكل مذهب أدلته و حججه .

إضافة لشرط الولي , يندرج الإشهاد أيضا من ضمن شروط الزواج لما يكتسيه من أهمية حيث يعد معيار للتفرقة بين الحلال و الحرام, و يرتكز الإشهاد بنصاب رجلين بالغين مسلمان ويبرز دوره في إخراج عقد الزواج من طابع السرية بالإعلان عنه بين الناس .

كما تطرقنا إلى الجانب الإجرائي في الترخيص بتزويج القصر , حيث أن الترخيص هو إجازة يمنحها قاضي شؤون الأسرة لولي القاصر , بطلب من هذا الأخير , ويصدر القاضي الترخيص بعد تقديره في مدى توفر شروط الخاصة في زواج القاصر المنصوص عليها في المادة 7 قانون الأسرة لينتج على إثره أثارا للقاصر تخص عقد الزواج . ومن خلال ما تطرقنا إليه سابقا نستخلص إلى بعض النتائج .

1-النتائج :

- ذهب فقهاء المذاهب المالكية والشافعية والحنبلية إلى إلزامية تولي الولي إبرام تزويج موليته , وأنه لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها سواء كانت بالغة ام قاصرا ومن أبرمت عقد زواجها أصالة بنفسها كان باطلا , على غرار المذهب الحنفي الذي إعتبر تزويج المرأة لنفسها صحيحا .
- على إعتبار أن القاصر من لم يبلغ السن القانوني للزواج الذي يتيح له حق تولي التصرف فيما يرغب من التصرفات من بينها الزواج , لذا مراعاة لمصلحته و تحقيقا

لرغبته أحيل الأمر تزويجه لوليه وهو ما يدخل ضمن الولاية على النفس , حيث تثبت هذه الأخيرة لكل من الصغير و الصغيرة بكرا كانت أم ثيبا .

- أولى المذهب المالكي ولاية تزويج الصغار القصر لكل الأب والوصي دون غيرهم , وهو ما طابق رأي المشرع الجزائري في المادة 11 بنصه يتولى تزويج القصر الأب , الأقارب الأولين , والقاضي ولي من لا ولي له .
- ما ورد عن إختلاف في قانون 84-11 و الأمر 05-02 , من بينه مركز الولي في عقد الزواج سابقا إعتبر ركن من الأركان الخاصة بالزواج و تخلفه يؤدي إلى بطلانه , وكان للولي سلطة المنع ما يعرف بعضل الولي في تزويج من تحت ولايته من غير الكفؤ . أما في الأمر 05-02 أصبح الولي شرط لصحة الزواج , وجاء التعديل بالمادة 13 بسحب الحق منه في إجبار القاصر على الزواج و ليقتصر دوره في الحضور فقط شأن المرأة البالغة .
- من أبرز وسال حماية القصر و مصالحهم إضافة إلى الولاية . الإشهاد حيث تعد الشهادة من أساليب تحقيق العدالة و تثبيت الحقوق وفيما يخص الزواج فتعتبر من الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر الشهادة شرط صحة الزواج لصحة الدليل لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل .
- يعد الإشهاد نوع من أنواع البينة لذا لابد منه حماية لأثار الزواج و مقتضياته , لذا يبرز دور الإشهاد في إزالة اللبس والشك عن طرفي عقد الزواج و الإعلان بين الناس عنه .
- ليعتبر بأحقية الإشهاد يجب أن يصدر من رجلين بالغين مسلمين و هو النصاب المعتبر في الزواج , لصحة شهادتهم يجب أن يكون الحضور شخصيا في عقد الزواج و يسمع كلاهما بما يقع , وعليه لا مدخل للنساء في شهادة عقد الزواج إلا إذا إقتضى شهادة رجل مع إمرأتين فيقع صحيحا , ولا تقبل شهادة الكافر في زواج المسلم .
- معالجة الشروط التي حددها المشرع الجزائري في المادة 7 من قانون الأسرة , من مصلحة و ضرورة إضافة لقدرة الطرفين على الزواج , و ما يعاب على المادة أن

المشرع لم يوضح المعنى الدقيق لهم أو أن يبين الضوابط التي تسيرها التي بدورها يكون تقدير القاضي في منح الترخيص .

- يتمثل زواج القصر من الناحية الشكلية في تقديم طلب للترخيص للإعفاء من سن الزواج من طرف وليه أو من له مصلحة من ذلك ويقدم في شكل عريضة لقاضي شؤون الأسرة في محكمة موطن طالب الترخيص وفق الإختصاص الإقليمي الذي حدده ق إ م إ .
- المشرع الجزائري بعد تحديده لسن الزواج ب 19 سنة كاملة , و بعد أن أجاز لشخص الزواج قبل ذلك السن بعد توفر شروط خاصة , إلا أنه أغفل عن تحديد السن الأدنى للزواج .
- لم يتطرق المشرع في الأمر 05 -02 في مصير من يخالف قاعدة السن القانونية ولم يقدم بذكر ما يناله من جزاء و عقاب , عكس ما ورد في قانون 224-63 .

بعد التوصل إلى النتائج السابقة , نخلص إلى تقديم بعض من الإقتراحات التي من شأنها أن تساعد في بناء الموضوع المدروس .

2-الإقتراحات :

- تحديد سن الأدنى للزواج , لعدم الوقوع في لبس بين تزويج القاصر قبل سن التمييز أم بعده .
- المراقبة الفعلية لتطبيق المادة السابعة على أرض الواقع تفاديا لمشاكل الزواج العرفي .
- إزالة الغموض حول شروط الخاصة بتزويج القصر و توضيح ضوابطها لتسهيل تقديرها للقاضي المختص .
- التشييد بدور الولي عند تزويج القاصر , كطرف أصيل في إبرام عقد الزواج مع الأخذ برأيه و منحه سلطة المنع بإعتبار القاصرة قليلة الخبرة في الحياة فلا تدرك خطورة إختيار زوجها بنفسها , لذا من الأصح التعديل في المادة 13 من قانون الأسرة بما يلائم مصلحة القاصر .
- الرجوع للتأكيد على المادة الثانية من قانون 224-63 التي تخص عقاب كل من يخالف القاعدة القانونية , للكل من لم يحترم السن القانوني و أبرم عقد الزواج .

تم بحمد الله

قائمة المصادر و المراجع

أولا – المصادر :

1– القران الكريم :

2– السنة النبوية الشريفة :

– البخاري , **كتاب النكاح**, جزء 09 , دون دار نشر , دون بلد نشر , دون سنة نشر.

– البيهقي , **السنن الكبرى** , الجزء 7 , دون دار نشر , دون بلد نشر , دون سنة نشر.

– الدار قطني , **السنن** , مطبعة مؤسسة الرسالة , الجزء 4 , لبنان , 2004 .

– محمد علي الصابوني , **صفوة التفسير** , المجلد الأول , الجزء الأول, الطبعة الرابعة, دار القرأن الكريم , بيروت , 1981.

3– المعاجم والقواميس :

– محمد بن مكرم المصري الإفريقي لإبن المنظور , **لسان العرب** , المجلد الخامس عشر , دار الصادر , بيروت , 1419–1999 .

– _____ , **لسان العرب** , الجزء 03, دار الصادر , بيروت , 1419–1999 .

– _____ _ , **لسان العرب** , الجزء 06, دار الصادر , بيروت , 1419–1999 .

4– النصوص القانونية :

– الأمر رقم 05–02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل26 فبراير 2005 المعدل والمتتم لقانون رقم84–11 , المتضمن قانون الأسرة الجزائري , الجريدة الرسمية المؤرخة في 27–02–2005 , العدد 15.

– الأمر رقم 66–156, المؤرخ ف18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 , المتضمن قانون العقوبات ج ر ج ج عدد49 الصادر في 21 صفر عام 1386الموافق 11 يونيو سنة 1966 , معدل ومتمم .

– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 , الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني , الجريدة الرسمية , العدد78 , الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 , الجريدة الرسمية العدد44 سنة 2005 .

– أمر رقم 75–59 , مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق26 سبتمبر سنة 1975 , يتضمن القانون التجاري , ج ر ج ج , عدد 78 الصادر في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر سنة 1975 , المعدل والمتمم .

– أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية , منشور بالرائد الرسمي التونسي , عدد 66 , الصادر في 17 أوت 1956.

– ظهير شريف , رقم 01–04–22 , الصادر في 12 ذي الحجة 1424 , الموافق ل 03 فيفري بتنفيذ القانون رقم 03–70 , بمثابة مدونة الأسرة , جريدة رسمية عدد 5184, الصادر بتاريخ 05 فيفري 2004 .

– قانون رقم 08–09, المؤرخ 18 صفر 1429 , الموافق ل 25 فبراير 2008, المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية , الجريدة الرسمية العدد21 , الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

– قانون رقم 14–08 , المؤرخ في 13 شوال 1435 , الموافق ل 09 غشت سنة 2014, المعدل والمتمم للأمر رقم 70–20 , المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 , الموافق ل 19 فبراير 1970 , المتضمن قانون الحالة المدنية , ج ر ج ج , الصادرة بتاريخ 24 شوال 1435 , الموافق ل 20 غشت سنة 2014 , العدد 49.

– قانون رقم 90–11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 , المتعلق بعلاقات العمل , ج ر , العدد 17 , الصادر في 25ابريل 1990 , المعدل والمتمم.

–المرسوم التنفيذي رقم 06–154 المؤرخ في 11–05–2006 , يحدد الشروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7 من قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 , المتضمن قانون الأسرة , ج.ر.ج.ج , العدد 31 ,الصادر في 11–05–2006.

ثانيا – المراجع :

1– الكتب

أ – الكتب الفقهية :

–أحمد فراج حسين , **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية** , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2004 .

– _____ , **أصول الفقه الإسلامي** , منشورات الحلبي , بيروت , 2004.

– بدران أبو العينين بدران , **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون – الزواج والطلاق –** , دار النهضة العربية , الجزء الأول , بيروت , دون سنة نشر .

– جمال مهدي محمود الأكشة , **مسؤولية الاباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي** , دار الجامعة الجديدة للنشر ,الاسكندرية ,2006.

– الشحات إبراهيم محمد منصور , **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية** , دون دار نشر , دون بلد نشر , دون سنة نشر .

– عوض بن رجاء العوفي ,**الولاية في النكاح** , مكتبة الملك فهد الوطنية , الجزء الأول , الطبعة الأولى , الجامعة الإسلامية ,2002 .

– مصطفى أحمد الزرقاء , **المدخل الفقهي العام** , دار القلم , الجزء الأول, دمشق , دون سنة نشر .

– عبد البر القرطبي , **كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي** ,مكتبة الرياض الحديثة, الجزء الثاني ,الطبعة الأولى , الرياض,1987 .

– عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي , **حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع** , دون دار نشر , المجلد 06, دون بلد النشر , 1399 .

– عبد الوهاب خلاف , **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية** , دار القلم للنشر والتوزيع , الطبعة الثانية , الكويت , 1990.

– عبد كريم زيدان , **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية** , مؤسسة الرسالة , الجزء السادس , الطبعة الأولى , بيروت , 1993.

–عبد العزيز بن عبد الله الراجحي , **شرح صحيح الإمام مسلم** , مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر, المجلد الرابع , الطبعة الأولى , المملكة العربية السعودية , 2018.

–علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي , **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** , دار الكتب العلمية , ط2, ,بيروت,1986 .

– عمر سليمان الأشقر , **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة** , دار النفائس لنشر والتوزيع , الطبعة الأولى , الأردن , 1997 .

– فاروق عبد الله كريم , **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 و تعديلاته (عقد الزواج وأثاره , والفرقة وأثارها وحقوق الأقارب)** , جامعة السليمانية , العراق , 2004 .

– محمد أبو زهرة , **الأحوال الشخصية** , دار الفكر العربي , القاهرة , 1957.

– محمد بن أحمد الصالح , **فقه الاسرة في الزواج وأثاره** , دون دار نشر, المجلد الاول , الرياض , 2003 .

– محمد بن إدريس الشافعي , **الأم** , مكتبة الكليات الأزهرية , الجزء الخامس , الطبعة الأولى, دون بلد نشر , 1961 .

– محمد بن قدامة , **المغني**, مكتبة القاهرة للنشر, الجزء السابع , الطبعة الأولى دون بلد نشر ,1969–1989 .

– محمد سعيد رمضان البوطي , **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** , مؤسسة الرسالة , طبعة 2 , دمشق , 1973 .

– وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية الإسلامية, **الموسوعة الفقهية**, دون دار نشر , الجزء الثامن , الطبعة الثانية , الكويت, 1404 .

– نضال محمد أبو سنينة , **الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية** , دار الثقافة للنشر و التوزيع , عمان , 2011 .

– وهبه الزحيلي , **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي** , مؤسسة الرسالة , الطبعة الرابعة , بيروت , 1985.

– لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية , **مجلة الأحكام العدلية** , دون دار نشر , دون بلد نشر , دون سنة نشر.

ب– الكتب القانونية :

– بربارة عبد الرحمان , **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**, منشورات البغدادي , ط3, الجزائر , 2011.

– بلحاج العربي , **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** , ديوان المطبوعات الجامعية, الجزء الأول, الجزائر , 2004.

– _____ ,**أحكام الزوجية وأثارها في قانون الاسرة الجزائري**, دار هومه للنشر والتوزيع , الجزائر , 2013 .

– بوبشير محند أمقران , **قانون الإجراءات المدنية** , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 2001 .

– جمال سايس , **الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية** , منشورات كليك , جزء 1, 2013 .

– سليمان بارش , **شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري (الخصومة القضائية أمام المحكمة)** , دار الهدى للنشر , الجزء الأول , الجزائر , 2006 .

– عبد السلام ديب , **قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد** , موفم للنشر , الطبعة الثانية , الجزائر , 2011.

– عبد العزيز سعد , **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)** , دار هومه للنشر والتوزيع , الطبعة الثالثة , الجزائر , 2018 .

– العربي بختي , **أحكام الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري** , ديوان المطبوعات الجامعية , دون بلد نشر , 2013 .

– عيسى حداد ,**عقد الزواج (دراسة مقارنة)** , منشورات جامعة برج باجي مختار ,عنابة , 2006.

– فضيل سعد , **شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق** , المؤسسة الوطنية للكتاب , الجزء الاول , الجزائر , 1986.

– نجيمي جمال , **قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي و المحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الإجتهاد القضائي** , دار هومه , الجزائر , 2018 .

– يوسف دلاندة , **الوجيز في شهادة الشهود** , دار هومه للنشر والتوزيع , الجزائر , 2004 .

– _____ , **دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)** , دار هومه , الجزائر , 2019 .

2- الرسائل والمذكرات :

أ- رسائل الدكتوراه :

- زيدان عبد النور , **(تدخل الهيئات القضائية و الإدارية في الزواج)**, رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة بن يوسف بن خدة, الجزائر, 2016-2017 .

- سعادي لعلى , **(الزواج وإ نحلاله في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة)**- , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة يوسف بن خدة , الجزائر, 2014-2015.

- فاسي عبد الله , **(المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق)** , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة أبي بكر بلقايد , تلمسان , 2014-2015.

- محفوظ بن الصغير , **(الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري)** , رسالة دكتوراه , كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإنسانية , جامعة الحاج لخضر , باتنة , 2008-2009 .

ب – مذكرات الماجستير :

- دزيري خليل , **(دور القاضي في إنعقاد الزواج و إنحلاله)** , مذكرة ماجستير , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة الجزائر 1 , الجزائر , 2014-2015 .

- سها ياسين عطا القيسي ,**(زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج)** , مذكرة ماجستير في الفقه المقارن , كلية الشريعة والقانون , الجامعة الاسلامية ,غزة , 2010.

- غربي صورية , **(حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري)** , مذكرة ماجستير , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة أبو بكر بلقايد , تلمسان , 2014-2015.

ج – مذكرات الماستر :

- بن مدخن مريم , بوكمال سعاد , **(الإذن القضائي بزواج القصر)** , مذكرة ماستر , كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة عبد الرحمان ميرة , بجاية , 2016-2017.

3– المجلات العلمية :

– تشاور الجيلالي , **سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري** , المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية, الجزء 37, كلية الحقوق , جامعة يوسف بن خدة , الجزائر , 1999 .

– رزيق بخوش , **ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة الجزائري** , مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية , العدد التاسع ,كلية الحقوق , جامعة الحاج لخضر 1 , باتنة , 2016 .

– زرارة عواطف , **أهلية التقاضي في قانون إجراءات المدنية والإدارية** , مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية, العدد 12 , كلية الحقوق , جامعة زيان عاشور , الجلفة , 2008.

– عزاوي عبد الرحمان , **السن القانونية للعمل والحماية المقررة لصغار السن وفقا لقانون علاقات العمل الجزائري**, المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية , المجلد 32 , العدد 02 , كلية الحقوق , جامعة يوسف بن خدة , الجزائر, 1995 .

– كريمة محروق , **الإعتراف القضائي بالزواج العرفي بين النص و الممارسة** , مجلة التراث , المجلد العاشر, كلية الحقوق ,جامعة زيان عاشور , الجلفة , 2020 .

– ملوك محفوظ , **الفحص الطبي كشرط لإبرام عقد الزواج و إشكالات تطبيقه** , مجلة الحقيقة , العدد 37 , كلية العلوم الإجتماعية و الإنسانية , جامعة درارية , أدرار , 2016 .

4– المواقع الالكترونية :

– بن وارد محمد الطيب , **الترشيد لإبرام عقد الزواج القانوني** , دار المحامي الجزائري , **http://avocatalgerien.blogspot.com/2013/10/blogpost_13.html#.WtKFT_nyjI (25/02/2017)** .

الفهرس

الفهرس

المقدمة.....01

الفصل الأول: الإطار الموضوعي لترخيص بتزويج القصر 04

المبحث الأول : الولاية في الترخيص بتزويج القصر.....05

المطلب الأول: ماهية الولاية و مشروعيتها في الزواج.....05

الفرع الأول : مفهوم الولاية ومشروعيتها في الزواج 05

الفرع الثاني :أنواع الولاية في الزواج 10

الفرع الثالث : شروط الولي 13

المطلب الثاني : سلطة الولي في تزويج القصر 16

الفرع الأول : الولي و مراتبه عند الزواج 16

الفرع الثاني :تولي الولي تزويج القصر 20

الفرع الثالث : أثر تخلف الولي عن عقد زواج القصر 21

المبحث الثاني : مفهوم الإشهاد في الزواج 21

المطلب الأول : مفهوم الإشهاد 22

الفرع الأول : تعريف الشهادة 22

الفرع الثاني : الدليل الشرعي للشهادة 23

الفرع الثالث : دور الشهود في زواج القصر فقها و قانونا 24

المطلب الثاني : حقيقة الإشهاد في الزواج 27

الفرع الأول : الشروط الواجبة للإشهاد 27

الفرع الثاني : تخلف الإشهاد عن عقد الزواج 31

الفصل الثاني : الإطار الإجرائي لترخيص بتزويج القصر 34

المبحث الأول : كيفيات إستصدار الترخيص بتزويج القصر 35

المطلب الأول : شروط الحصول على الترخيص بتزويج القصر 35

الفرع الأول : المصلحة والضرورة 36

الفرع الثاني : قدرة الطرفين على الزواج 39

المطلب الثاني : إجراءات تقديم طلب الترخيص بتزويج القصر 46

الفرع الأول : تقديم طلب الترخيص بتزويج القصر 47

الفرع الثاني : شروط تقديم الطلب 48

الفرع الثالث : الجهة المختصة بإصدار الترخيص 50

المبحث الثاني : أثار الترخيص بتزويج القصر 52

المطلب الأول :الأثار المترتبة عن الترخيص بتزويج القصر.....52

الفرع الأول : إكتساب أهلية التقاضي 53

الفرع الثاني : إلتزام القاصر بدفع الصداق و تحمل النفقة الشرعية 55

المطلب الثاني : أثار تخلف الترخيص عن عقد تزويج القصر 58

الفرع الأول : طرق مخالفة قاعدة الترخيص بتزويج القصر 58

الفرع الثاني : أثر تخلف الترخيص عن زواج القصر 60

الخاتمة 62

قائمة المصادر و المراجع 65

فهرس المحتويات.....73 -75

يعد زواج القصر من بين المسائل التي تثير الرأي العام نظرا لمركز القاصر, كونه لم يبلغ السن القانوني الذي يسمح له بالزواج , لذا تماشيا مع الشريعة الإسلامية نظم المشرع الجزائري في قانون الأسرة بما يضمن حماية القاصر و حقوقه من خلال المادة السابعة.

وعليه وإن إقتضى لمصلحة القاصر أن يبرم وليه عقد زواجه وهو دون سن 19 سنة لابد من مراعاة بعض الضوابط من قبل قاضي شؤون الأسرة التي من شأنها تسيير أمر تزويج القاصر , المتمثلة في الضرورة و المصلحة الباعثة وراء هذا الزواج إضافة لقدرة كل الطرفين القصر على تحمل الزواج و تبعاته , و حرصا على إثبات و أحقية حقوق القاصر أوجب المشرع لذلك الإشهاد لما يمتاز به من أهمية في عقد الزواج من بينها الإعلان عن الزواج و إخراجه من طابع السرية .

و في الأخير لتحقيق زواج القصر لابد له أن يأخذ الشكل القانوني لإكتساب الطابع الرسمي لذا يتم تقديم عريضة إلى قاضي شؤون الأسرة للحصول على ترخيص الإعفاء من سن الزواج بعد تقديره لما سبق ذكره من ضوابط و ما يلائم القاصر , و في الأخير يرتب له مركزا قانونيا يتيح له إكتساب الأثار القانونية التي تخص عقد الزواج .

Minor marriage is among the issues that raise public opinion due to the status of the minor, since he has not reached the legal age that allows him to marry, so in line with Islamic law, the Algerian legislator has regulated the family law in a way that guarantees the protection of the minor and his rights through Article Seven.

Accordingly, even if it is required in the interest of the minor that his guardian conclude his marriage contract when he is under the age of 19 years, some controls must be taken into account by the family affairs judge that will conduct the marriage order of the minor, represented in the necessity and interest behind this marriage in addition to the ability of all minor parties to endure marriage And its consequences, and in the interest of proving the entitlement of the rights of the minor, the legislator required that certification because of its importance in the marriage contract, including announcing the marriage and removing it from the nature of secrecy.

And in the end, to achieve the marriage of minors, it must take the legal form to acquire an official character. Therefore, a petition is submitted to the family affairs judge to obtain a license for exemption from the age of marriage after his assessment of the aforementioned controls and what suits the minor, and in the end arranges for him a legal position that allows It has the legal implications of the marriage contract.