

جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



عنوان المذكرة:

الأهلية في عقد الزواج

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

إشراف:

د/ حايذ فريدة

إعداد:

الطالبة: بوفنش خديجة

الطالبة: فيالة هاجر

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
د/راشد كمال	أستاذ محاضر أ	جيجل	رئيسا
د/حايذ فريدة	أستاذة محاضرة ب	جيجل	مشرفا ومقررا
د/بن غريب رابح	أستاذ محاضر ب	جيجل	ممتحنا

السنة الجامعة: 2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

الشكر أولاً لله عز وجل الذي أعاننا على إنجاز هذا البحث

ثم نتقدم بأسمى عبارات الشكر والعرفان:

للتى أعطتنا من وقتها ورافقتنا في إنجاز هذا العمل ولم تبخل علينا بعلمها ووقتها وجهدها

وتوجيهاتها الأستاذة الدكتورة/ حايـد فريـدة

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة على ما أمضته من وقت وبذلته من

جهد لقراءة هذه المذكرة

وإلى الأستاذ/ بوكري رامي محامي معتمد لدى مجلس قضاء جيجل

وكل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل وقدم لنا العون معنوياً ومادياً من الأحابـب والأصدقاـء.

قائمة المختصرات المعتمدة:

م: المادة.

ص: الصفحة.

ع: العدد.

ج: الجزء.

ط: الطبعة.

د. ط: دون طبعة.

د. د. ن: دون دار النشر.

د. س. ن: دون سنة النشر.

ج. ر: جريدة رسمية.

م. ق: مجلة قضائية.

غ. أ. ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ. م: الغرفة المدنية.

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري.

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق. ع. ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق. ح. م: قانون الحالة المدنية.

ق. إ. ج. م. إ: قانون الإجراءات المدنية والادارية.

ق. م. م: القانون المدني المصري.

ق. م. ف: القانون المدني الفرنسي.

م. أ. م: مدونة الأسرة المغربية.

م. أ. ح. ش. ت: مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

ق. أ. ح. ش. أ: قانون الأحوال الشخصية الأردني.

ق. أ. ش. س: قانون الأحوال الشخصية السوري.

ق. أ. ش. ك: قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

مقدمة

التعريف بالموضوع:

خلق الله سبحانه هذا الكون بما عليه من مخلوقات، وأتقن في تنظيمه، حيث اعتبر الإنسان هو أسمى مخلوقاته وكرمه فقال ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ (1)، حيث أنعم الله على الإنسان بنعمة العقل دون باقي المخلوقات حتى يميز بين الصحيح والخطأ.

فمنذ أن خلق هذا الكون والإنسان يعيش في مجتمعات بشرية تختلف من مكان إلى آخر بحسب اللون والجنس والدين والعرق واللغة، إذ لا يمكن له ككائن بشري اجتماعي بطبيعته أن يعيش بمفرده وبمعزل عن الجماعة، بل لا بد له من أسرة.

وتبقى الأسرة هي النواة الأساسية لبناء المجتمعات البشرية حيث اعتبرها المشرع في قانون الأسرة الجزائري بأنها الخلية الأساسية للمجتمع وعماده تتألف من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية والقرابة وبهذا تبنى الأمم، كما أن الدستور الجزائري قد ضمن لها حماية كافية من خلال نصوص مواده.

وتنشأ الأسرة بقيام ميثاق غليظ بين رجل وامرأة، يعرف بعقد الزواج أساسه المودة والرحمة والسكينة، وهو ما شرعه الله تعالى مصداقا لقوله ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (2).

وقد نظم الإسلام عقد الزواج وقرنه وبين أحكامه حفاظا على الأنساب وتحصينا للنفوس من الوقوع في الرذيلة وسترة للفروج لأن الإنسان بطبيعته ميال للشهوة، ولا يجد استقراره إلا به، وهو ما اتجهت إليه باقي الشرائع السماوية.

ونجد أن المشرع الجزائري هو الآخر لم يغفل عن تنظيم هذا العقد حيث بين أحكامه في نصوص قانون الأسرة الجزائري واعتبره عقدا ذا طبيعة خاصة، بأن أضفى عليه صفة الرضائية

(1): سورة الإسراء- الآية [70].

(2): سورة الروم- الآية [21].

باعتباره عقدا يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ويكون من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب .

وفي نفس السياق ذهبت القوانين الوضعية، مبنية بدقّة الأحكام التي يجب أن تخضع لها علاقة الرجل والمرأة لما لها من فضل على المجتمع في حماية الزوجين ونسليهما، وصيانة لحقوقهما المادية والمعنوية، وذلك من خلال النص على عقد الزواج وتنظيم أحكامه في تشريعاتها الوضعية.

ولقيام عقد الزواج صحيحا لا بد أن يستوفي أركانه وشروطه التي حددها الشارع الحكيم في القرآن والسنة النبوية، وكرّسها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري، وتتمثل في الرضا كركن وحيد لعقد الزواج والأهلية، والصدّاق، والولي، والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية كشروط لانعقاده.

وموضوع مذكرتنا يتمحور حول الأهلية كشرط لانعقاد الزواج، حيث يجب أن يكون كلا الزوجين أهلا للزواج، ويفهم كل منهما ما له من حقوق وما عليه من واجبات، وتقتصر دراستنا لهذا الموضوع على الناحية القانونية عموما مع الإحالة إلى الشريعة الإسلامية في بعض المسائل معتمدين في ذلك على أحكام القانون المدني وقانون الأسرة ولذلك برزت أهمية الموضوع في الآتي.

أهمية الموضوع:

لموضوع أهلية الزواج أهمية كبيرة في حياة الأفراد، وذلك لارتباطه بالأسرة وحاجة الناس إليه ودور القاضي في حماية الأسرة وحقوق كل من الزوجين، وتتمثل هذه الأهمية أساسا فيما يلي:

1- بيان الأحكام المتعلقة بزواج فئات المجتمع من عديمي وناقصي الأهلية إلى كاملي الأهلية، سواء من حيث مدى قدرتهم على إبرام عقد الزواج، أو من حيث حكم تصرفاتهم.

2-الوقوف على مدى اهتمام الفقه الإسلامي بزواج الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه، ومدى موقف القانون الوضعي من هذه المسألة من خلال منح ترخيص قضائي بزواج من لم يبلغ السن القانوني، ومن اعتري عقله جنون أو سفه.

3-كون هذا الموضوع يعالج جزء مهما من موضوع الأهلية في الزواج وهي مسألة زواج الصَّغار (القصر) في ظل تغير الظروف والزمان.

إشكالية الموضوع:

وبالنظر لأهمية هذا الموضوع في مجال العلوم القانونية خاصة فقد ارتأينا دراسته ومعالجته من عدة جوانب، معالجين في ذلك الإشكالية الآتية: ما مدى كفاية المادة السابعة في تنظيم أحكام الأهلية في عقد الزواج؟

وينبثق عن هذا التساؤل تساؤلات فرعية تساهم في إبراز هذا الموضوع تتمثل فيما يلي:

1-ما تأثير عوارض الأهلية على الزواج؟

2-هل سائر المشرع الجزائري كل من الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة في تحديده لسن معنية للزواج؟

3-ماهي حدود سلطة القاضي في منح الإذن بالزواج؟

أسباب اختيار الموضوع:

أما عن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع فتتمثل فيما يلي:

1-الرغبة الشخصية لدراسة هذا الموضوع وذلك راجع أساسا لتخصصنا في قانون الأسرة، وميولنا لهذا المجال.

2-قلة الدراسات في هذا الموضوع نظرا لتخصصه من جهة واكتفاء المشرع بمادة وحيدة تعالجه وهي نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري من جهة أخرى.

3-إن هذا الموضوع يثير العديد من الإشكالات خاصة في الجانب التطبيقي على مستوى القضاء، كما هو الحال مثلا في الجزاء المترتب عن مخالفة سن الزواج، أو بالنسبة للحد الأدنى لمنح الترخيص القضائي بالزواج...إلخ.

4-إزالة الغموض الذي يطرحه هذا الموضوع من خلال إثرائه بالمعلومات.
 5-انتشار ظاهرة زواج القصر عن طريق الزواج العرفي، وذلك لجهل الناس بمساوئه، وجاهلهم لدور القاضي في منح الترخيص القضائي بزواج من لم يبلغ السن القانونية.
 وبناء على هذه الأسباب رغبتنا في دراسة هذا الموضوع وربطه بواقع العمل القضائي وما يطرأ عليه من مستجدات، خاصة في ظل الغموض الذي اكتتفه نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، والتي منحت للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تزويج القاصر بناء على معيار المصلحة والضرورة والقدرة على الزواج.

أهداف البحث:

ونحن نسعى من خلال هذا الموضوع إلى تحقيق جملة من الأهداف أهمها:

- 1-إزالة اللبس والغموض المتعلق بالموضوع من خلال تبيان المقصود ببعض المصطلحات، كالأهلية في الزواج، السلطة التقديرية، الترخيص القضائي...إلخ.
- 2-المساهمة في حل بعض إشكالات المجتمع، كظاهرة الزواج العرفي التي قد تنجم عنها فيما بعد آثار سلبية خاصة على الزوجة والأولاد.
- 3-تقديم بعض الاقتراحات والتوصيات، والتي يمكن أن يستفيد منها المشرع مستقبلا عند تعديله لقانون الأسرة الجزائري، خاصة فيما يتعلق بجزاء مخالفة سن الزواج، أو الحد الأدنى لمنح الترخيص بالزواج.
- 4-إثراء المكتبة الوطنية عامة والجامعية خاصة.
- 5-المساهمة في تطوير الدراسات من خلال توفير مادة علمية لعل أن تكون عوننا وسندا للدارسين والباحثين.

المنهج المتبع:

من أجل استيفاء الموضوع حقه من البحث وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام عدة مناهج، حيث اتبعنا المنهج الاستقرائي والوصفي لتقصي أقوال وآراء بعض الفقهاء والمعاصرين وكذا النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الأهلية بهدف الإحاطة

الشاملة به، واستعنا أيضا بالمنهج التحليلي كدعامة لمعرفة مضمون ما ذهب إليه المشرع الجزائري ومناقشته بغرض الوصول إلى مقصوده من وضعه لهذه النصوص، واتبعنا كذلك المنهج المقارن بغرض المقارنة بين القانون الجزائري وبعض التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية وكذا الشريعة الإسلامية، والمنهج التاريخي لعرض التطور التشريعي في مسألة تحديد السن القانوني للزواج، والجزء المترتب على مخالفته.

الدراسات السابقة:

ومن أهم الدراسات السابقة التي كتبت في موضوع الأهلية والترخيص القضائي نجد:

1- الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، للأستاذة ابتسام مليط، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2011-2012، حيث ركزت في دراستها لهذا الموضوع على إجراء مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دون التطرق إلى باقي الشرائع السماوية والاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بسن الزواج، كما أنها لم تفصل في مسألة زواج المجنون والمعتوه والسفيه في القانون الجزائري ومقارنتها مع بعض القوانين المقارنة، حيث اكتفت بالإشارة إلى زواج الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة في الفقه الإسلامي.

2- نجاته قروز، السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2013-2014، لاحظنا أن هذه المذكرة قد كانت دراستها لموضوع الأهلية قاصرة ومختصرة نوعا، ولم تتطرق إلى زواج المصابين بإعاقة ذهنية.

3- عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، وقد ركزت هذه الرسالة على عوارض الأهلية وحكم زواج المصابين بإعاقة ذهنية

وكذا إجراءات منح الترخيص القضائي بزواج من لم يبلغوا السن القانونية للزواج، وتطرق لموضوع الأهلية لكن بشيء من الإختصار.

وأمام هذه الانتقادات والنقائص التي لاحظناها من خلال هذه الدراسات السابقة-وهذا ليس انتقاصا من الجهد المبذول من طرف الباحثين في المجال، ولكن تكملة لعملهم وإثراء للمعلومات-فإننا قد حاولنا في بحثنا هذا أن نلم بها، من خلال بعض الإضافات خاصة فيما يتعلق بمسألة زواج المجنون والمعتوه والسفيه، وكذا ولاية المرأة في الزواج.

الصعوبات:

أثناء إعدادنا لهذا البحث واجهتنا العديد من الصعوبات والتي كان من أهمها:

1-قلة المراجع المتخصصة في موضوع الأهلية في الزواج وإن وجدت هذه المراجع كانت كلها منقولة عن بعضها البعض.

2-قلة القضايا المتعلقة بموضوع الترخيص القضائي بالزواج في مجال العمل القضائي، وكذا قلة الاجتهادات القضائية الجديدة في موضوع الأهلية في الزواج خاصة بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري، وهذا على مستوى الجهات القضائية بولاية جيجل.

3-الموضوع عبارة عن جزئية صغيرة في قانون الأسرة الجزائري، مما زاد الأمر صعوبة.

4-ضيق الوقت الممنوح للبحث في الموضوع.

خطة البحث:

لمعالجة موضوعنا هذا والإحاطة بكل جوانبه اتبعنا خطة مقسمة إلى مبحث تمهيدي وفصلين، حيث تناولنا في المبحث التمهيدي (مفهوم الزواج)، قسمناه إلى مطلبين، التعريف بالزواج (مطلب أول)، أركان الزواج وشروطه (مطلب ثاني).

وتناولنا في الفصل الأول (أثر السن في أهلية الزواج)، وقسمناه إلى مبحثين، مفهوم الأهلية (مبحث أول)، ثم تحديد السن القانوني للزواج (مبحث ثاني).

أما في الفصل الثاني (أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج)،
قسمناه إلى مبحثين، أثر اختلال العقل في الأهلية (مبحث أول)، ثم سلطة القاضي في
الترخيص بالزواج (مبحث ثاني).

المبحث التمهيدي:

مفهوم الزواج

تعتبر الأسرة هي النواة الأساسية لبناء المجتمع وأساس وجودها هو قيام علاقة زوجية بين رجل وامرأة على أساس عقد زواج يربط بينهما على الوجه الشرعي، وهو من أهم العقود التي حظيت بعناية تامة نظرا لمكانته في القوانين الوضعية والشرائع السماوية، حيث تم تنظيمه بأحكام وقواعد سواء من حيث إنشائه أو سريانه أو إنهائه، وهذا لضمان قيام أسرة أساسها المودة والرحمة والتكافل وإنجاب الأولاد وحفظ النسل، وعليه فقد ارتأينا من خلال بحثنا هذا وكانطلاقاً له أن نعرض إلى مفهوم الزواج حتى نتضح لنا بعض الأمور، فننتقل إلى التعريف بالزواج (مطلب أول)، ثم أركان الزواج وشروطه (مطلب ثاني).

المطلب الأول: التعريف بالزواج

يعتبر الزواج أحد أهم دعائم بناء الأسرة، ويظهر ذلك من خلال قيام علاقة زوجية بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي أساسها المودة والرحمة والتعاون، وهذا لضمان استمرار الأسرة، وعليه يبقى الزواج من أسمى العقود لأهميته البالغة في حياة الأفراد بما يضمن بناء مجتمعات أسرية تكفل قيام الأمة بكاملها، وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب أن نتطرق إلى تعريف الزواج (فرع أول)، ثم أهمية الزواج (فرع ثاني)، وأخيراً والطبيعة القانونية للزواج (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف الزواج

لتعريف الزواج نتطرق إليه في اللغة أولاً ثم في الاصطلاح ثانياً.

أولاً: لغة

الزواج مأخوذ من كلمة زوج وهو خلاف الفرد، يقال زوج أو فرد، كما يقال خسا أو زكا، أو شفع أو وتر (1) قال تعالى ﴿ وَالْأَرْضَ مَدَدْنَاهَا وَأَلْقَيْنَا فِيهَا رَوَاسِيَ وَأَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ ﴾ (2)، أي من كل اثنين قوله تعالى ﴿ وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّرَّاجِينَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى ﴾ (3).

(1): أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج2، د. ط، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968، ص 291.

(2): سورة ق- الآية [07].

(3): سورة النجم- الآية [45].

ويقال الزوج، أي الشكل له نظير كالأصناف والألوان أو يكون له نقيض كالرطب واليابس والذكر والانثى والليل والنهار والحلو والمر (1).

إذن الزواج لغة هو ضد الفرد.

ثانياً: اصطلاحاً

ونتطرق إلى تعريف الزواج في الاصطلاح القانوني ثم الفقهي

1- الزواج في الاصطلاح القانوني: نصت م 04 ق أ ج قبل التعديل على ما يلي: "الزواج هو عقد بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب" (2).

وبعد تعديل قانون الأسرة أصبحت تنص على أن "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب" (3).

من خلال استقراءنا لنص م 04 ق أ ج قبل التعديل وبعد التعديل نخلص إلى الملاحظات

التالية:

أ- أن المشرع الجزائري قبل التعديل أعطى للزواج تعريف مطلق، لكن بعد التعديل قيد هذا التعريف باعتبار الزواج عقد رضائي، وكأنه يريد التركيز على الإرادة.

ب- أن المشرع حدد طرفي هذا العقد وهما الرجل والمرأة، وبذلك يكون قد استبعد ما يعرف بزواج المثليين أو ما يسمى بالشذوذ الجنسي الذي يتم بين طرفيين من نفس الجنس، رجل مع رجل أو امرأة مع امرأة.

(1): أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، د. ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1987، ص 98.

(2): القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ع 24، الصادر في 12/09/1984.

(3): الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ع 15، الصادر في 27/02/2005.

ج- أن المشرع حدد الهدف من هذا الزواج، والمتمثل أساساً في حفظ الأنساب وتحسين الزوجين، ولم شمل الأسرة التي هي نواة المجتمع.

أما بالنسبة للقوانين المقارنة، فنجد أن المشرع الفرنسي يعرفه من خلال نص المادة 143 من ق م ف والتي جاء فيها ما يلي: "الزواج يعقد بين شخصين من جنس مختلف أو من نفس الجنس" (1).

إذن نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الفرنسي اعتبر أن الزواج قد يتم بين شخصين من نفس الجنس أو من جنسين مختلفين، بمعنى أنه قد أخذ بزواج المثليين.

أما بعض التشريعات الأوروبية، مثل بلجيكا وهولندا، فقد عرفت أنه عقد بين شخصين دون ذكر جنسيهما، بما يعني أنها تجيز هي الأخرى إبرام عقد زواج بين المثليين (2)، في حين عرفت م 01 ق أ ح ش س على أن "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل" (3)، إذن فالزواج عقد يفيد حل استمتاع الزوجين بعضهما ببعض على الوجه المشروع ويجعل لكل واحد منهما حقوقاً وواجبات تجاه الآخر (4).

وعرفته مدونة الأسرة المغربية الجديدة في نص م 04 منها بأن: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة" (5).

(1): القانون المدني الفرنسي Code civil Version consolidée au 2 mars 2017، أنظر الموقع الإلكتروني:

«Article 143: Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe»
<http://www.legifrance.gouv.fr/> بتاريخ 28 مارس 2017، على الساعة 12:18،

(2): سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 37-38.

(3): قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 07/09/1953، أنظر الموقع الإلكتروني <https://elawpedia.com> بتاريخ 29 أبريل 2017، على الساعة 11:46.

(4): عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1979، ص 78.

(5): القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، ج. ر. ع 5184، بتاريخ 05 فيفري 2004، أنظر الموقع الإلكتروني

<http://adala.justice.gov.ma/>، بتاريخ 06 أبريل 2017، على الساعة 00:05.

فالمشرع المغربي استعمل مصطلح ميثاق عوض عقد الأمر الذي يؤكد أهمية هذا العقد، حيث لا يقف عند حدود العلاقة التعاقدية، بل يتعداها إلى ما لا يستطيع مقتضيات العقد تنظيمه، كالتجاوب الروحي والمتعلق بالأسرة وحمائتها وصيانتها (1).

وعليه فالزواج في القانون الجزائري لا يختلف عنه في باقي القوانين المقارنة، وسنحاول أن نعرض لتعريفه في الفقه الإسلامي.

2- الزواج في الفقه الإسلامي: لم يغفل الفقه الإسلامي هو الآخر موضوع الزواج حيث تعددت تعاريف الفقهاء للزواج وتقاربت نذكر منها:

عرفه محمد أبو زهرة بأنه "عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع" أو هو "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات" (2).

فيرى أن الغرض من الزواج في عرف الناس والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا، لكن ليس هي كل أغراضه ولا أسمى أغراضه في نظر الشارع الإسلامي، بل إن غرضه الأسمى هو التنازل وحفظ النوع الانساني، وأن يجد كل من العاقدين في صاحبه الإنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى به بينهما (3). لقوله تعالى ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ (4).

ويعرفه بعض الفقهاء بأنه عقد يفيد قصدا ملك استمتاع الرجل بالمرأة، التي لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، وحل استمتاع المرأة بالرجل (5).

(1): محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة: الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة ونتائجها، ط7، د. د. ن، الدار البيضاء، المغرب، 2015، ص 29.

(2): محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1984، ص 17.

(3): المرجع نفسه.

(4): سورة الروم- الآية [21].

(5): محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. ط، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص112.

إذن نلاحظ بأن تعريف الزواج في القوانين العربية هو نفسه الذي ورد في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: أهمية الزواج

لقد رغب الإسلام في الزواج وحبب فيه لما يترتب على ذلك من آثار تعود بالنفع على الفرد والأسرة والجماعة⁽¹⁾، ذلك أن حفظ النوع الانساني لا يتحقق إلا بالزواج في إطار العلاقة الشرعية وهو المنشئ للأسرة⁽²⁾.

ويرى الإمام محمد أبو زهرة بأن الغرض من الزواج في الإسلام ليس هو قضاء الوطر الجنسي، بل الغرض أسمى من ذلك، ولهذا اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم سنة الإسلام، ولم يكن كذلك لأن فيه قضاء الطبع الجنسي فقط، بل لمعان اجتماعية ونفسية ودينية⁽³⁾. وجاء في الحديث قوله صلى الله عليه وسلم "من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإن له وجاء"⁽⁴⁾.

وقد أحاط الشارع الزواج بعناية ورعاية تامة من وقت التفكير فيه، وعند انشائه إلى غاية انتهائه، فبين أحكامه ووضع قواعده، إذ حدد العلاقة بين الزوجين وبين حقوق وواجبات كل منهما، وذلك حتى تسود المودة والرحمة وحسن المعاشرة بين الزوجين بينهما⁽⁵⁾.

وللزواج أهمية عظيمة في حياة الأمم والشعوب وقد دل الإسلام على عظيم شأن الزواج ومكانته في أكثر من موضع في القرآن الكريم والسنة النبوية، حيث لا بد منه من أجل استمرارية

(1): إبراهيم عبد الرحمان ابراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية: الزواج، الفرقة وحقوق الأقارب، ط1، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1999، ص 10.

(2): العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: أحكام الزواج، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 61.

(3): محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 18.

(4): أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصوم، باب الصوم لمن خاف على نفسه العزبة، ط1، دار ابن كثير، دمشق، سوريا، 2002، ص 459.

(5): عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2007، ص 33.

الحياة، لأنه طريق حفظ الوجود الإنساني ومنع الاعتداء على النسل بالزنا أو القذف أو الانتهاك، وتظهر أهمية الزواج ومكانته في حياة المجتمعات فيما يلي:

أولاً: حفظ النوع الإنساني

فلما كان الغرض من خلق الإنسان أن يكون خليفة الله في أرضه لإعمارها، لأن ذلك لا يمكن أن يكون بفرد واحد مهما طال عمره، فكان لابد من التوالد من أجل التكاثر، وهذا لا يكون إلا عن طريق الزواج، حيث يختص الرجل بالرجل وامرأته ولا يزاحمه فيها غيره فلا تتنازع ولا تقتاتل ويجد كل ابن أبا ينتسب إليه ويقوم بتربيته ويحافظ عليه، ويتكون من هؤلاء مجتمع صالح ويبقى النوع الإنساني على أكمل وجه وأحسنه (1).

ولما كان الهدف من الزواج هو تكثير النسل فعلى من يقدم عليه أن يقصد به ذلك حتى يكون ممتثلاً لشرع الله، أما كونه ينتج نسلاً فليس مكلفاً به، لأنه ليس في مقدوره فهو هبة من الله تعالى فقال ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴿١٩﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَاقِمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴿٢٠﴾﴾ (2).

ثانياً: تكاثر البشر

حيث أنه بالزواج يتكاثر البشر وتمتد حياتهم فوق ظهر هذه الأرض، ولو خلق الله عباده دفعة واحدة، وهو على خلقهم كذلك قادر لضاقت بهم الأرض، ولما تحقق الابتلاء الذي شاءه الله للجنس الإنساني الناشئ عن علاقة الأبوة والنبوة والزوجية والقربانية، والزواج هو الطريق الأمثل لإيجاد الذرية الصالحة، وكان البشر قديماً ولا يزالون يرغبون في امتداد عقبهم من بعدهم، وهذه فطرة فطر الله العباد عليها، كما أن الزواج يربط بين الأسر ويقوي أواصر المحبة

(1): محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة، ط4، دار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ص 55.

(2): سورة الشورى - الآية [49-50].

في المجتمعات الإنسانية⁽¹⁾، لقوله تعالى ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ۝ ﴾⁽²⁾.

ثالثا: ضمان الاستقرار والراحة النفسية

حيث أن الزواج يؤدي إلى الاستقرار والراحة النفسية وعن طريقه تسود المحبة والمودة بين الزوجين، ويؤدي الزواج إلى الربط بين الأسر وتوثيق الصلات فيما بينهما، لقوله تعالى ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ۝ ﴾⁽³⁾، فهذه الآية تبين صراحة غاية من غايات الزواج بها تستقر الحياة الزوجية، وهي سكون كل من الزوجين إلى الآخر لأنهما أصبحا كشيء واحد. ولا يكون الزواج وسيلة لهذه الغاية إلا إذا عرف كل منهما ما لشريكه في الحياة من حقوق وما عليه من واجبات ووفى بها، وتحددت العلاقة بينهما على أساس التعاون والمشاركة في بناء مستقبلهما دون أن يتحكم أحدهما في الآخر⁽⁴⁾.

رابعا: تكثير الأمة

وفي ذلك حفظ لها من الزوال والإذلال، ولذا قدم كثير من العلماء أحكام الزواج في مؤلفاتهم على أحكام الجهاد، لأن الجهاد وإن كان سببا لحفظ حوزة الإسلام والمسلمين، إلا أن النكاح هو الذي تتكاثر به الأمة الإسلامية، ويوجد الرجال المجاهدون الذين يحفظون الديار⁽⁵⁾.

خامسا: تحصين النفوس

ويكون ذلك بقضاء الحاجة الجنسية بطريق سليم، لأن من يتزوج تقنع نفسه عادة ولا يتعد حدود الله بانتهاك الحرمات، أما من أعرض عن الزواج لجأ إلى طريق فاسد وأستباح

(1): عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1997، ص 18.

(2): سورة الفرقان- الآية [54].

(3): سورة الروم- الآية [21].

(4): محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 56.

(5): عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 18.

الحرمان وفتح على المجتمع الذي يعيش فيه بابا من أبواب الشر، فيصبح بذلك عضوا فاسدا فيه (1).

أما أهمية الزواج في قانون الأسرة الجزائري لا تختلف عنها في الفقه الإسلامي، فنجد أن المشرع الجزائري قد أشار إليها من خلال نصوص قانونية متتالية، حيث اعتبر أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وهي تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة، وأن الأسرة تعتمد في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية، وأن الهدف من الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب (2).

إذن للزواج أهمية بالغة في حياة البشر، إذ به تتكاثر الأمم وتحفظ الأنساب.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للزواج

ظهر خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية للزواج، فهناك من الفقه من اعتبره نظام قانوني، وهناك من اعتبره عقد، وأما البعض فقد اعتبره نظام وعقد في آن واحد، وهو ما سنتطرق إليه في الآتي:

أولا: الزواج نظام قانوني

ذهب الفقيه الفرنسي ليون ديجي "Léon Dugui" إلى التفرقة بين العقد الذاتي والاتفاق المنظم (نظام قانوني)، حيث اعترف بصفة العقد للنوع الأول دون النوع الثاني، ذلك أن هذا الأخير يشكل مركز قانوني ثابت، وهو أقرب إلى القانون منه إلى العقد، كما أنه لا تعارض

(1): محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 57.

(2): سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري والأمر المعدل له، ط2، شركة الأصالة، الجزائر، 2012، ص 26-27.

فيه بين مصالح الأطراف، إذ لهم غاية متحدة وهدف مشترك، وهو الحكم الذي ينطبق على الزواج، إذ لا يوجد تناقض بين مصلحة الزوجين (1).

وأهم الحجج التي يستند إليها هذا الاتجاه في اعتبار الزواج نظام قانوني هي:

- 1- أن المرأة والرجل بزواجهما يؤسسان مؤسسة هي الأسرة، ولها ذمة مالية خاصة مستقلة عن الذمة المالية لكل من الزوجين، فما عليهما إلا الانضمام إليها ويقبلان بنظامها القانوني.
- 2- الزواج عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية المفروضة من قبل المشرع، وما على الطرفان إلا الخضوع لهذه القواعد وتطبيقها دون تدخل من الإرادة للتغيير من شروطها أو التعديل في آثارها (2).

ثانياً: الزواج عقد

ذهب جانبا آخر من الفقه إلى تكييف الزواج على أساس أنه عقد وليس نظام قانوني، وفقا لما جاء به القانون المدني في تنظيمه للعقد، من حيث التكوين أو تعديل أو إنهاء عقد الزواج (3).

أما عن المشرع الجزائري فقد تبنى الطبيعة العقدية للزواج، وذلك من خلال التعريف الوارد في نص المادة 04 ق أ ج "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."(4)، وهو يشكل ترابط معنوي بين رجل وامرأة على وجه الدوام لبناء أسرة وتحمل أعبائها(5)، وبذلك فهو عقد يدخل في دائرة العلاقات التعاقدية، ويتم كالعقود بما يتطلب ذلك

(1): محمد صالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 88.

(2): المرجع نفسه، ص 89.

(3): المرجع نفسه، ص 90.

(4): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(5): العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 58.

دور الإرادة والرضا، وما يترتب عليه من حقوق والتزامات، كما يقوم على شروط أساسية وضرورية لإنشائه، وهي إما شروط شكلية أو موضوعية⁽¹⁾.

ولكن هذا الأمر له خطر في اعتبار عقد الزواج كباقي العقود رغم خصوصية آثاره.

ثالثا: الزواج عقد ونظام قانوني في آن واحد

نظرا للانتقادات التي وجهت للاتجاهين السابقين، فقد ظهر اتجاه حديث يكيف الزواج على أنه ذو طبيعة مزدوجة، فهو عقد من جهة ونظام قانوني من جهة أخرى، على اعتبار أن إرادة كل من الزوجين تساهم في إنشاء وإنهاء عقد الزواج، فكيف على أنه عقد ومن جهة أخرى لا يمكن لإرادة الزوجين أن تعدل أو تغير في المركز القانوني لهما، لأنهما ينتميان لأسرة يحكمها النظام العام بقواعد أسرة⁽²⁾.

هذا ونجد أن المشرع الجزائري قد ذهب إلى التفريق بين الجانبين التعاقدية والتنظيمية للزواج، حيث ترك الحرية للزوجين في بعض الجوانب من هذا العقد، كالحق في إنشاء أو إنهاء عقد الزواج، لكنه تدخل في عدة جوانب ونظم هذا العقد بقواعد أسرة لا يجوز للزوجين مخالفتها، كاختلاف طرفي عقد الزواج، تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، إلزامية دفع الصداق، إلزامية اعتداد الزوجة بعد حل الرابطة الزوجية... الخ⁽³⁾.

إذن من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أن عقد الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، هدفه الأساسي تكوين أسرة مبنية على المودة والرحمة والتعاون بين أفرادها، وقد نظم المشرع الجزائري أحكامه بقواعد أسرة لا يجوز مخالفتها، وهذا بالنظر لأهميته البالغة في حياة الأفراد واعتبره عقد ونظام قانوني في آن واحد، وهو ما لمسناه من نصوص قانون الأسرة.

(1): الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص28.

(2): محمد صالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج، المرجع السابق، ص 93-94.

(3): المرجع نفسه، ص 94.

وفيما يلي نبين أركان وشروط هذا العقد في القانون الجزائري لنبين المركز القانوني للأهلية في انشائه.

المطلب الثاني: أركان الزواج وشروطه

بعد أن تطرقنا إلى تعريف الزواج وأهميته وحددنا طبيعته القانونية فإنه لقيام هذا الزواج يشترط أن يتوافر فيه أركان وشروط حددها قانون الأسرة الجزائري بنصوص صريحة يترتب على تخلفها بطلان عقد الزواج، وعليه نحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى ركن الرضا كركن وحيد في عقد الزواج (فرع أول)، ثم شروط الزواج (فرع ثاني).

الفرع الأول: ركن الرضا

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري كانت المادة 09 منه تنص على أنه "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصدّاق"⁽¹⁾، لكن بعد تعديل نص هذه المادة فقد أصبحت تنص على أن الرضا هو الركن الوحيد لانعقاد الزواج، وذلك بنصها على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"⁽²⁾.

وبالتالي ينبغي لقيام عقد الزواج أن يتوفر الرضا وإلا كان عقد الزواج باطلاً ومنعدماً، ويجوز لكلا الزوجين الدفع ببطلانه، ويكون التعبير عن الرضا بالإيجاب والقبول، أي بإعلان الزوج رغبته في الزواج من الزوجة، أو تعلن الزوجة عن قبولها بالزواج به، على أن يكون ذلك بحضور الولي والشاهدين ومتبوعاً بتسمية الصداق وتحديده⁽³⁾.

وعليه فعقد الزواج لا يتم إلا إذا ثبت أن الطرفين راضيين بالزواج، وأن كل منهما يقبل بالآخر، أي أن الرضا في الزواج قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمناً المهم أن يدل على قبول الطرفين⁽⁴⁾.

(1): القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

(2): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(3): سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 08.

(4): الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 34.

والرضا يتعلق بالإرادة والتي تمامها يكون بتمام الأهلية وتوفرها والتي هي شرط من شروط الزواج.

الفرع الثاني: شروط الزواج

تتمثل شروط الزواج في: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية، وهو ما نصت عليه المادة 09 مكرر ق أ ج، والتي تم إضافتها بموجب التعديل الأخير "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- الأهلية؛
- الصداق؛
- الولي؛
- شاهدان؛
- انعدام الموانع الشرعية للزواج"⁽¹⁾.

وعليه سنحاول التطرق لهذه الشروط من خلال النقاط التالية:

أولاً: أهلية الزواج

تنص المادة 01/07 ق أ ج على أنه "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"⁽²⁾.

إذن فالمشعر الجزائري قد ساوى بين الرجل والمرأة من حيث أهلية الزواج وجعلها 19 سنة للطرفين، ويمكن للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد من وجود مصلحة أو ضرورة، ومن قدرة الطرفين على الزواج.

وسنتطرق لهذه المسائل بشيء من التفصيل من خلال الفصل الأول والثاني.

(1): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(2): المرجع نفسه.

ثانيا: الصداق

يعتبر الصداق شرطا من شروط صحة الزواج، كما بيناه سابقا في نص المادة 09 مكرر ق أ ج، والصداق هو المال الذي تستحقه الزوجة بالعقد عليها، وهو المال الذي يجب للمرأة على الرجل في مقابل واستمتاعه بها بسبب عقد الزواج، وهو كذلك ما يقدمه الزوج لزوجته على أنه هدية لازمة، وعطاء واجب على الزوج لزوجته⁽¹⁾.

وقد عرف المشرع الجزائري الصداق في نص المادة 14 ق أ ج على أنه "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"⁽²⁾.

ويقسم المهر إلى أنواع باعتبارات مختلفة، فيكون أحيانا محددًا في حال الاتفاق على مقداره، فيجب فيه في هذه الحالة المقدار المتفق عليه، وقد لا يكون محددًا فيجب فيه مهر المثل، ويقسم باعتبار آخر إلى معجل ومؤجل، ويقسم باعتبار ثالث إلى ما يجب أدائه كله أو نصفه أو مقدار غير محدد يزيد وينقص بحسب حال الزوج⁽³⁾.

وهذه الأنواع نص عليها المشرع الجزائري في المادة 15 ق أ ج "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا.

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"، وكذا نص المادة 16 ق أ ج "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"⁽⁴⁾.

ثالثا: الولي

جعل المشرع الجزائري الولي شرطا من شروط انعقاد الزواج، وقد عرف الفقهاء المسلمون الولاية بأنها: تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، فتثبت للولي على القاصرة وعلى

(1): الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 54.

(2): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(3): عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص 261.

(4): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

البالغة الراشدة، لأن زواجها لا ينعقد بالإرادة المنفردة لها بحسب رأي بعض الفقهاء، ومنهم الحنفية يرون أن الفتاة البالغة لها عقد زواجها بنفسها ولو في غياب وليها ويكون عقدها صحيحا (1).

أما قانون الأسرة الجزائري، فقبل التعديل كان يعتبر الولي ركنا من أركان الزواج، لكن بعد التعديل أصبح شرطا من شروط عقد الزواج من خلال إضافة نص المادة 09 مكرر ق أ ج المذكورة أعلاه، وكذا ما نصت عليه المادة 11 ق أ ج "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب والقاضي ولي من لا ولي له" (2).

ويشترط في الولي باتفاق الفقهاء شرطان:

1- أن يكون كامل الأهلية، بأن يكون حرا بالغا عاقلا، ففاقد الأهلية كالصغير غير المميز والمجنون لا ولاية له على نفسه، لأن عبارته ملغاة في نظر الشارع، فأولى ألا تثبت له ولاية على غيره.

2- أن يكون متحدا في الدين مع المولى عليه، لأنهما باتحاد الدين تتفق وجهات نظرهما في تقدير المصلحة، ولأن عقد الزواج عقد ديني فيجب اتحاد الدين (3).

والمشرع الجزائري لم ينص على هذه الشروط صراحة في قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي فيعود في هذه المسألة إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق أ ج.

أما عن أقسام الولاية في الزواج فيقسمها الفقهاء إلى قسمين: ولاية إيجاب وولاية اختيار، فالأولى هي التي تعتبر ولاية كاملة، لأن الولي يستبد فيها بإنشاء عقد الزواج على المولى عليه ولا يشاركه فيه أحد، أما الثانية هي تثبت على البالغة، العاقلة، وذلك لأن جمهور الفقهاء

(1): سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 09.

(2): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(3): محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 273.

يرون أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها وليها في اختيار الزوج، وينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفاهه معها على الزواج، فليس له أن يجبرها، بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك ويشتركا في الاختيار⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بولاية الاختيار فقط سواء بالنسبة للمرأة البالغة أو القاصرة، وهو ما نصت عليه المادة 01/11 ق أ ج "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، وأيضاً المادة 13 ق أ ج "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"⁽²⁾.

رابعاً: الشهود

اعتبر المشرع الجزائري الشهادة في عقد الزواج شرطاً من شروط انعقاده، على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اختلفوا حولها، فمنهم من اعتبرها ركن في عقد الزواج، ومنهم من اعتبرها شرطاً في عقد الزواج.

ويشترط في الشهادة أن تكون برجلين أو رجل وامرأتين، كما يشترط فيها الحرية والعقل والبلوغ، وسماع كلام العاقدين وفهمه، والإسلام إذا كان الزوجان مسلمان⁽³⁾.

أما عن المشرع الجزائري، فإن الأمر نفسه بالنسبة للشروط الواجب توافرها في الشاهد فلم ينص عليها أيضاً، كما سبق الإشارة إليه في شروط الولي، وبالتالي يرجع في هذه المسألة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

خامساً: انعدام الموانع الشرعية للزواج

اعتبرت المادة 09 مكرر ق أ ج-كما رأينا-أنه من شروط عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج، وقد أكدت هذا الأمر صراحة المادة 23 ق أ ج بنصها على أنه "يجب أن

(1): محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 108.

(2): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(3): محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 54.

يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة⁽¹⁾، حيث نصت هذه المادة على أنواع الموانع الشرعية، وهي موانع مؤبدة وموانع مؤقتة، فنصت المادة 24 ق أ ج على أنه "موانع النكاح المؤبدة هي:

- القرابة؛

- المصاهرة؛

- الرضاع".

ونصت المادة 30 ق أ ج على أنه "يحرم من النساء مؤقتا:

- المحصنة؛

- المعتدة من طلاق أو وفاة؛

- المطلقة ثلاثا؛

كما يحرم مؤقتا:

- الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع؛

- زواج المسلمة من غير المسلم⁽²⁾.

إذن من خلال ما تم عرضه نخلص إلى أن عقد الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا استوفى ركن الرضا باعتباره الركن الوحيد في عقد الزواج وذلك حسب التعديل الأخير لقانون الأسرة وباقي الشروط الأخرى وهي الأهلية والولي والصداق والشاهدين وانعدام الموانع الشرعية وقد رتب المشرع الجزائري على تخلف أحدها بطلان عقد الزواج وبالتالي يكون غير صحيح من الناحية القانونية.

(1): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(2): المرجع نفسه

الفصل الأول: أثر السن في

أهلية الزواج

تعتبر أحكام الأهلية أحد أهم المواضيع التي اعتنى المشرع الوضعي بتنظيمها في نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة موضحا في ذلك تدرج الأهلية والمراحل التي تمر بها بحسب تدرج السن، كما لم يغفل المشرع عن تحديد هذه الأهلية في قانون الأسرة، معتبرا إياها شرطا من شروط إبرام عقد الزواج، وذلك ببلوغ سن قانونية معينة يتم بها الزواج، وعليه سنحاول من خلال هذا الفصل أن نتطرق إلى مفهوم الأهلية (مبحث أول)، ثم تحديد السن القانوني للزواج (مبحث ثاني).

المبحث الأول: مفهوم الأهلية

تولى القانون الوضعي تنظيم أحكام الأهلية باعتبارها أحد أهم مقومات الشخصية الإنسانية، فحتى وإن لم يضع تعريفا واضحا لها فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يغفلوا عن مثل هذا الأمر، وقد اكتفى المشرع الجزائري بتنظيم أحكام أهلية الأداء من خلال نصوص قانونية موزعة بين القانون المدني وقانون الأسرة، وذلك حماية لحقوق الأفراد وضمان استقرار المعاملات بينهم، وتبقى أحكام الأهلية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى التعريف بالأهلية (مطلب أول)، ثم تدرج الأهلية بحسب السن (مطلب ثاني).

المطلب الأول: التعريف بالأهلية

لقد اختلفت التعاريف التي وضعها فقهاء القانون والشريعة الإسلامية للأهلية، غير أن المعنى يبقى نفسه باعتبارها ترتبط أساسا بحقوق والتزامات الشخص والتي على أساسها يتحدد نوع الأهلية التي يتمتع بها هذا الشخص ومناطق كل نوع منها، ومن خلال هذا المطلب سنحاول التطرق إلى تعريف الأهلية (فرع أول)، ثم أنواع الأهلية (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف الأهلية

لتعريف الأهلية بوجه عام يقتضي منا ذلك التطرق لتعريفها من حيث اللغة ومن حيث الاصطلاح.

أولا: لغة

يقال أهل الرجل وأهل الدار، وأهل الرجل عشيرته وذوو قريائه، والجمع أهلون وأهالٌ وأهالٍ وأهلات وأهلاتٌ، وأهل الإسلام: من يدين به، وأهل الأمر: وُلّاته، وأهل البيت سكانه، ويقال بأن فلان به أهلية أي صلاحية للأمر (1).

(1) أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج11، ص 28-29.

وقد جاء في قوله تعالى ﴿وَمَا يَذْكُرُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ﴾ (1).

ويقال أيضا: أهل بأهله فهو أهل، وقرية أهلة عامرة، وأهلت بالشيء، أنست به، وأهل الرجل يأهل ويأهل أهولا إذا تزوج وتأهل كذلك، ويطلق الأهل على الزوجة، والأهل أهل البيت، والاصل فيه القرابة (2).

ومنه فالأهلية في اللغة لها عدة معان، وكلها ترجع إلى معنى صلاحية الأمر للشيء.

ثانيا: اصطلاحا

ونحاول أن نعرف الأهلية في الفقه القانوني ثم في الفقه الإسلامي.

1- الأهلية في الفقه القانوني: لم يضع المشرع الجزائري أي تعريف قانوني للأهلية، تاركا الأمر لرجال الفقه، فعرفها مثلا الأستاذ الدكتور محمد صبري السعدي بأنها: "صلاح الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية، التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك" (3).

وعلى العموم يمكن القول أن تعريفات الأهلية تنحصر فيما يلي:

"الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وصلاحيته لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه" (4).

(1) سورة المدثر - الآية [56].

(2) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص 11.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والارادة المنفردة، د. ط، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 152.

(4) أحمد بوكرزازة، المسؤولية المدنية للناصر: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 1، 2013-2014، ص 30.

وقد نصت معظم التشريعات الوضعية على مبدأ جوهرى ضمن النظرية العامة للأهلية وأحكامها، مفاده أن الأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية، وما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك (1).

ونجد أن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات العربية لم يعرف الأهلية، وإنما اكتفى بمنح حماية خاصة لعديمي الأهلية وناقصيها، محددًا بذلك سن الرشد المدني، وهو ما نصت عليه م 40 ق م ج " كل شخص بلغ سن الرشد وكان متمتعًا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوق المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، وكذا نص م 78 ق م ج " كل شخص أهل للتعاقد، ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون" (2).

وتعتبر أحكام الأهلية من النظام العام، لا يجوز لأحد أن يتنازل عن أهليته أو يعدلها، وكل اتفاق بذلك يعد باطلاً، وهو ما أكدته م 45 ق م ج " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها" (3).

2- الأهلية في الفقه الإسلامي: اعتنى كذلك الفقه الإسلامي بوضع تعاريف للأهلية، وربما كانت أوضح عندهم، وهذه بعض التعريفات:

الأهلية هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه (4).

(1) ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2011-2012، ص 11.

(2) الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر.ع 78، الصادر في 1975/09/30، معدل ومتمم.

(3) المرجع نفسه.

(4): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 116.

وتعرف أيضا بأنها: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب شرعي⁽¹⁾، وهي الأمانة التي أخبر الله عز وجل بحمل الإنسان إياها⁽²⁾، بقوله تعالى ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾⁽³⁾.

ومنه فإن تعريف الأهلية يبقى نفسه في الاصطلاح القانوني وفي اصطلاح الفقه الإسلامي، فلا يختلف المعنى.

الفرع الثاني: أنواع الأهلية

قسم الفقهاء الأهلية إلى نوعين هما: أهلية الوجوب وأهلية الأداء، وهو ما سنحاول التطرق إليه كالاتي:

أولاً: أهلية الوجوب

1- تعريف أهلية الوجوب: رغم اختلاف الفقهاء في تعريفهم لأهلية الوجوب من حيث الألفاظ المستعملة، إلا أن المعنى يبقى نفسه في كل التعاريف.

عرفها الدكتور مصطفى الزرقا رحمه الله بأنها "صلاحية الشخص للإلزام والالتزام"، وذلك بأن يكون الشخص صالحا لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، ولصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعا، بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق له والواجبات عليه⁽⁴⁾.

وتعرف أيضا بأنها: صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات⁽⁵⁾.

(1): مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ط2، دار القلم، دمشق، 2004، ص783.

(2): علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام، البزوي، ج4، د. ط، دار الكتاب العربي، لبنان، 1974، ص 237.

(3): سورة الاحزاب - الآية [72].

(4): مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 785.

(5): الهادي الخضراوي، الأهلية كشرط لإبرام عقد الزواج حسب آخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري، مقال منشور بمجلة دراسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأغواط، ع 22 ب، 2012، ص 186.

ومناطق أهلية الوجوب في نظر الشرع الإسلامي هي الصفة الإنسانية، ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد، فكل إنسان في أي طور كان وأي صفة كان، سواء جنينا أو مجنونا، يعتبر متمتعا بأهلية الوجوب (1).

وكل إنسان له أهلية وجوب تثبت له من وقت ميلاده، بل وقبل ذلك، أي عندما يكون جنينا إلى وقت موته وتصفية تركته وسداد ديونه، وإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت معها الشخصية (2).

وتعد الصلة وثيقة بين الذمة وأهلية الوجوب، فالذمة هي كون الإنسان صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، وأهلية الوجوب هي الصلاحية، والذمة تلازم الإنسان، إذ يولد وله ذمة بحكم أنه إنسان، ومن ثم تثبت له أهلية الوجوب، فأهلية الوجوب إذن تترتب على وجود الذمة (3).

2- عناصر أهلية الوجوب: وهما عنصران:

أ- عنصر إيجابي: وهو الذي يؤهل الشخص لأن يلزم غيره بأداء واجبات له عليه، فهو على غيره ما يثبت له من حقوق، فهو المنتفع في هذه العلاقة، كالجنين في رحم أمه، فهو يثبت له على غيره حقوق، كالنسب ولا يثبت عليه شيء لغيره (4).

(1): مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص 785.

(2): عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، د. ط، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، ص 266-267.

(3): عبد الجليل بضياف، عوارض الأهلية وأثرها في ايقاع الطلاق، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2009-2010، ص 22.

(4): خالد بوشمة، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي مع الإشارة إلى ما يقابلها في القانون الوضعي، د. ط، دار بغداد، الجزائر، 2009، ص 20.

ب- عنصر سلبي: وهو الذي يؤهل الشخص لأن يلتزم بأداء واجبات عليه لغيره، فهو يوجب عليه ما يثبت لغيره من حقوق، وكأنما سلبنا منه تلك الواجبات ثم سلمناها لغيره، إذن لغيره هو المنتفع في هذه العلاقة (1).

3- أقسام أهلية الوجوب: وهما قسمان:

أ- أهلية الوجوب الناقصة: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط، أي توّله للالتزام ليكون دائنا لا مدينا، وتثبت للجنين في بطن أمه قبل الولادة (2). والسبب في نقصان أهلية الوجوب، أن الصفة الانسانية للشخص ليست متحققة وكاملة، لأنه يمر بفترة لا تتميز فيها الصفة الإنسانية بشكل واضح (3). فهو من جهة يعد جزء من أمه، ومن جهة أخرى يعد إنسانا مستقلا عن أمه، متهيئا للانفصال عنها بعد تمام تكوينه، لذا تثبت له بعض الحقوق الضرورية النافعة له، والتي لا تحتاج إلى قبول وهي: النسب من أبويه، الميراث، الوصية، الوقف (4).

ب- أهلية الوجوب الكاملة: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الواجبات، وتثبت للشخص منذ ولادته حيا دون أن تفارقه في جميع أطوار حياته، ولا يوجد إنسان فاقد لهذه الأهلية (5).

ثانيا: أهلية الأداء

1- تعريف أهلية الأداء: ظهرت عدة تعريفات لأهلية الأداء حتى وإن كانت مختلفة في اللفظ، فإنها متحدة في المعنى، ونذكر منها:

عرفها السنهوري بأنها: "صلاحية الشخص لاستعمال الحق" (6).

(1): خالد بوشمة، المرجع السابق، ص 20.

(2): وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص 118.

(3): عبد الجليل بضياف، عوارض الأهلية وأثرها في ايقاع الطلاق، المرجع السابق، ص 26.

(4): وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص 118.

(5): المرجع نفسه، ص 119.

(6): عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 268.

عرفها الدكتور محمد سعيد جعفرور بأنها: "قدرة الشخص على ترجمة إرادته لإنشاء آثار قانونية، فيباشر بنفسه عملا قانونيا بحق أو التزام"⁽¹⁾.

ومناطق أهلية الأداء هو العقل والتمييز، أي أن مدى أهلية الأداء عند الشخص يتحدد بمدى قدرته على التمييز، ووزن التصرفات وتبين ما تنطوي عليه من نفع وضرر، فحيثما وجد العقل ومعه التمييز توجد أهلية الأداء، وتأسيسا على ذلك فالصبي غير المميز والمجنون والمعتهو ليس لهم أهلية أداء، لأن عباراتهم غير صالحة لأن تكون سببا لإنشاء حقوق لهم أو لغيرهم⁽²⁾.

وعليه فالإرادة لا تصدر إلا عن تمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته⁽³⁾.

ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، فيكون مستمتعا بالحق، وهذه هي أهلية الوجوب، دون أن يستطيع استعماله بنفسه، وهذه هي أهلية الأداء، وعليه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلا تاما⁽⁴⁾.

2- أقسام أهلية الأداء: وهما قسمان:

أ- أهلية الأداء الناقصة: أن يكون صاحبها صالحا لأن تصدر منه الأقوال أو الأفعال، ولكن لا تترتب عليها آثارها تلقائيا، وإنما يتوقف ذلك على الغير⁽⁵⁾.

وهذه الأهلية تنبني على القدرة القاصرة من العقل القاصر والبدن القاصر⁽⁶⁾.

(1): محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، ج2، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 209.

(2): المرجع نفسه، ص 514.

(3): عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 268.

(4): المرجع نفسه.

(5): خالد بوشمة، نظرية الأهلية في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص 41.

(6): علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار، المرجع السابق، ص 248.

وقد نصت م 43 ق م ج على أنه "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد، وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"(1).

إذن فتصرفات المميز أو الراشد السفيه وذو الغفلة تتوقف على إجازة الغير.

ب-أهلية الأداء الكاملة: أن يكون صاحبها صالحا لأن تصدر منه جميع الأقوال والأفعال، وتترتب عليها آثارها تلقائيا، من غير أن يتوقف ذلك على رأي غير قائلها أو فاعلها(2).

وهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعا، وعدم توقفها على رأي أحد غيره(3).

وقد نصت م 40 ق م ج على أنه "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجز عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة كاملة"(4).

ونصت م 86 ق أ ج على أنه: "من يبلغ سن الرشد ولم يحجز عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني"(5).

ونصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 157 منها على أنه: "إذا أتم الصغير المولى عليه العشرين عاما كاملة ولم يسبق صدور حكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر، فإنه يصبح وجوبا رشيدا له كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وتكون جميع تصرفاته نافذة"(6).

(1): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2): خالد بوشمة، نظرية الأهلية في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص 40.

(3): بدران أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، ط1، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1998، ص318.

(4): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(5): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(6): أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشور بالرائد الرسمي التونسي، ع

66، الصادر في 17 أوت 1956، أنظر الموقع الإلكتروني: <http://www.e-justice.tn/>، بتاريخ 28 فيفري 2017،

على الساعة 22:06.

إذن من خلال تعريفنا للأهلية نجد أنه ورغم اختلاف التعاريف إلا أن المعنى يبقى نفسه، وهي نوعين إما أهلية وجوب ومناطقها الصفة الإنسانية، أو أهلية آداء ومناطقها التمييز، وكل نوع له قسمان إما كاملة أو ناقصة.

المطلب الثاني: تدرج الأهلية بحسب السن

يمر الإنسان في حياته بعدة أدوار ومراحل من بداية خلقه إلى غاية وفاته، وفي خلال هذه الأدوار تتحدد الأهلية لدى الشخص بين الانعدام والنقصان والكمال، وهذا بطبيعة الحال بحسب التدرج في السن، مما ينتج عنه اختلاف حكم تصرفات الشخص باختلاف هذه الأدوار، وللخوض أكثر في هذه الأمور سنتطرق في هذا المطلب إلى انعدام الأهلية (فرع أول)، ثم نقصان الأهلية (فرع ثاني)، ثم كمال الأهلية (فرع ثالث).

الفرع الأول: انعدام الأهلية

وتضم دورين من أدوار الحياة، حيث يمثل الجنين الدور الأول، فليس له أهلية آداء مطلقا، بل له أهلية وجوب ناقصة، فلا يتصور صدور أي تصرف منه لعجزه الكامل، ولا تمييز لديه (1).

ويمثل الصبي غير المميز الدور الثاني، حيث يكون غير مميز من وقت ولادته إلى غاية بلوغه سن ثلاثة عشرة (13) سنة، وهي سن التمييز في القانون الجزائري، فيكون فاقد التمييز، وبالتالي فأهلية الأداء لديه معدومة (2).

وهو ما نصت عليه م 42 ق م ج "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن...يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة" (3).

(1): شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص 333.

(2): محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 154.

(3): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وافق المشرع التونسي في تحديد سن لتمييز بثلاث عشرة سنة⁽¹⁾. في حين جعلها المشرع المصري في سن سبع سنوات، حسب نص م 02/45 ق م م، والذي قضى بأنه "2....-وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز"⁽²⁾. فالصبي غير المميز لا يستطيع أن يباشر أي عقد، وليس هذا مقصورا على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإرادة، بل يمتد أيضا إلى عقود الاغتناء، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل الهبة، لأنه فاقد التمييز، فلا تكون لإرادته أثر⁽³⁾، حيث نص المشرع المصري في م 110 ق م م على أنه: "ليس للصبي غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة"⁽⁴⁾.

وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع الجزائري معتبرا أن تصرفات الصبي غير المميز باطلة في نظر القانون، وذلك من خلال نص م 82 ق أ ج بنصه على أنه "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنة طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"⁽⁵⁾. ويتولى مباشرة التصرفات عن الصغير من يمثله قانونيا وهو الولي أو الوصي، وهو ما نصت عليه م 81 ق أ ج بنصها على أنه "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"⁽⁶⁾. والبطلان المقصود حسب نص م 82 ق أ ج أعلاه هو البطلان المطلق، والذي أشارت إليه م 102 ق م ج بنصها على أنه "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن

(1): شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص 334.

(2): القانون المدني المصري، الصادر في 16 جويلية 1948، أنظر الموقع الإلكتروني:

<http://www.homdykhalifa.com>، بتاريخ 03 أبريل 2017، على الساعة 17:53.

(3): عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 273.

(4): القانون المدني المصري، الصادر في 16 جويلية 1948، المرجع السابق.

(5): الأمر رقم 58-75، المرجع السابق.

(6): الأمر رقم 02-05، المرجع السابق.

يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة، وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد⁽¹⁾.

الفرع الثاني: نقصان الأهلية

وهي المرحلة التي يتجاوز فيها القاصر سن الثالثة عشر (13) سنة دون أن يبلغ سن التاسعة عشر (19) سنة، ففي هذه المرحلة لا يكون الشخص عديم الأهلية أو كاملها، وإنما يكون ناقص الأهلية، أي صبيًا مميزًا⁽²⁾.

وهو ما أشارت إليه م 43 ق م ج صراحة بنصها على أنه "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد.... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"⁽³⁾.

أما المشرع المصري فيعتبر الصبي مميزًا من وقت بلوغه سن التمييز أي سن السابعة إلى وقت بلوغه سن الرشد أي سن الواحد والعشرون⁽⁴⁾.

ونلخص إلى هذا الأمر من خلال نص م 02/44 ق م م والتي تقضي بأنه "2...- وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة"، وكذا نص م 46 ق م م والتي تقضي بأنه "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"⁽⁵⁾.

أما بالنسبة لحكم تصرفات الصبي المميز، فنجد أن القانون المدني الجزائري لم يتناولها، خلافاً للمشرع المصري، والذي تناول هذه المسألة في نص م 111 ق م م بنصها على أنه "1- إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا، وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا.

(1): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2): محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، نظرية الحق، د. ط، دار العلوم، الجزائر، 2006، ص 151.

(3): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(4): عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 275.

(5): القانون المدني المصري، الصادر في 16 جويلية 1948، المرجع السابق.

2- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون⁽¹⁾.

وقد ذهب الفقهاء إلى الربط بين نص م 43 ق م ج المشار إليها أعلاه ونص م 101 ق م ج والتي تنص على أنه "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات (5) سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم

انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشرة (10) سنوات من وقت تمام العقد"⁽²⁾.

وعليه نجد ان المشرع الجزائري قد أخذ في إطار القانون المدني بنظرية القابلية للإبطال فيما يخص تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي تعتبر تصرفاته صحيحة منتجة لآثارها من يوم إبرامها، وللصبي المميز إذا بلغ سن الرشد الحق في إجازتها أو في طلب إبطالها لمدة خمس (05) سنوات تبدأ من يوم بلوغه سن الرشد⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بقانون الأسرة الجزائري، فقد كان واضحا في بيان حكم تصرفات الصبي المميز، وذلك من خلال نص م 83 منه بنصها على أنه "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"⁽⁴⁾.

ومن خلال نص هذه المادة يخلص الدكتور محمد سعيد جعفرور إلى أمرين هما:

(1): القانون المدني المصري، الصادر في 16 جويلية 1948، المرجع السابق.

(2): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(3): شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص 337.

(4): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

الأمر الأول: أن المشرع الجزائري اعتنق في تقنين الأسرة على خلاف التقنين المدني فكرة الفقه الإسلامي في تقسيم التصرفات القانونية إلى تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً، وتصرفات مترددة بين النفع والضرر.

الأمر الثاني: أن تقنين الأسرة قد خالف التقنين المدني فيما يتعلق بالتصرف الدائر بين النفع والضرر، فلم يعتبر نقص الأهلية سبباً موجباً لقابلية هذا التصرف للإبطال، بل جعله سبباً موجباً لوقفه (1).

ويقصد بالتصرفات النافعة تلك التي يكتسب بموجبها الصبي المميز حقوقاً ولا تحمله التزامات، كقبول الهبة، وهي صحيحة ونافذة وترتب آثارها على الفور دون حاجة لإجازة من الغير، أما التصرفات الضارة فهي التي تحمل الصبي المميز التزامات ولا تكسبه حقوقاً، كأن يقوم بهبة لغيره، وهي باطلة بطلاناً مطلقاً، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فهي التي تكتسب الصبي المميز حقوقاً وتحمله التزامات، كقيامه ببيع شيء يملكه، وهي تتوقف على إجازة الولي أو الصبي (2).

بإجراء مقارنة بسيطة مما سبق ذكره نجد أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تأخذ حكمين مختلفين، فهي قابلة للإبطال حسب أحكام القانون المدني، ومتوقفة على الإجازة حسب أحكام قانون الأسرة، فلا يمكن الجمع بين الفكرتين لأنهما متناقضتين، فالتصرف الموقوف هو تصرف صحيح منذ إبرامه لكنه غير نافذ، فلا ينتج آثاره إلا بعد إجازته ممن له الحق في ذلك، أما التصرف القابل للإبطال فهو تصرف صحيح مرتب لآثاره منذ إبرامه وقبل إجازته (3).

وفي هذا الصدد يفضل جل الفقهاء الأخذ بفكرة التصرف الموقوف لأنها أكثر اتفاقاً مع المنطق القانوني من فكرة التصرف القابل للإبطال، ففي هذه الأخيرة يبقى العقد مهدداً بالإبطال

(1): محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 546.

(2): علي فيلاي، نظرية الحق، د. ط، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 212.

(3): شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص 338.

لمدة خمس (05) سنوات من بلوغ الصبي المميز سن الرشد، وفي حالة ما إذا أبرمه عند بلوغه سن التمييز أي ثلاث عشرة (13) سنة، يظل مهددا بالإبطال بأثر رجعي لمدة (11) سنة، وفي هذا إخلال كبير بمبدأ استقرار المعاملات (1).

وخروجا عن القاعدة العامة فيما يتعلق بتصرفات الصبي المميز، فيمكن ترشيد هذا الأخير في بعض الحالات، فيصبح كامل الأهلية بالنسبة لتصرفات معينة، فيكون الترشيح بمثابة رخصة من القاضي يصبح من خلالها الصبي المميز أهلا للتصرف بنفسه ولحسابه في كل أمواله أو بعضها، سواء كانت هذه التصرفات نافعة أو ضارة أو دائرة بين النفع والضرر (2). وهو ما أشارت إليه م 84 ق أ ج بنصها على أنه "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبطل ذلك" (3).

كما نصت م 02/38 ق م ج على أنه "غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها" (4).

ويرى الدكتور محمد صبري السعدي أن مثل هذا الأمر - ترشيح الصبي المميز - هو حكم خطير، إذ يصبح عديم التمييز حرا رشيدا يتصرف في ماله دون أن يمر بمرحلة التمييز، فكان من الأفضل أن تكون هناك فترة انتقال بين مرحلة عدم التمييز ومرحلة الترشيح (5).

الفرع الثالث: كمال الأهلية

وهي المرحلة التي يبلغ فيها الشخص سن الرشد، وهو تسعة عشر (19) سنة، فيكتمل لديه الإدراك والتمييز، فتكون له أهلية أداء كاملة تشمل أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع، وهو ما يجعله أهلا لمباشرة كل حقوقه المدنية، أي القيام بنفسه ولحسابه

(1): شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 338-339.

(2): علي فيلالي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 215.

(3): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(4): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(5): محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 156.

بكل التصرفات القانونية أيا كان نوعها، سواء كانت ضارة ضررا محضا أو نافعة نفعا محضا أو دائرة بين النفع والضرر (1).

ولا يكفي لاكتمال أهلية الشخص بلوغه سن الرشد، بل يجب أن يكون إضافة إلى ذلك متمتعا بقواه العقلية غير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر المختلفة، فإذا ثبت أن ناقص الأهلية قد بلغ سن الرشد غير متمتع بقواه العقلية بسبب إصابته بأحد عوارض الأهلية من جنون أو عته أو سفه أو غفلة، فللمحكمة أن تقضي بناء على طلب ممثله القانوني من ولي أو وصي باستمرار الولاية أو الوصاية عليه إلى حين زوال العارض (2). وهذا الأمر قررته م 40 ق م ج بنصها على أنه "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة" (3). وأكدت م 86 ق أ ج بنصها على أنه "من بلغ سن الرشد ولم يحجز عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني" (4).

والأصل في الشخص أن يكون كامل أهلية الأداء، بحيث لا يعتبر ناقص الأهلية أو فاقدها إلا بموجب نص في القانون (5). وهو ما قصدته م 78 ق م ج بنصها على أنه "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون" (6).

أما المشرع المصري فقد اعتبر هو الآخر الشخص بالغاً رشيداً، متى بلغ سن الرشد، وهو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه، وهو ما نصت

(1): شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص 344.

(2): محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 579.

(3): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(4): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(5): محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 580.

(6): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

عليه م 44 ق م م "1- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

2- وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة"⁽¹⁾.

إذن فالأهلية تتدرج بحسب السن فيكون الشخص عديم الأهلية أو ناقصها أو كاملها وعندها يختلف حكم التصرفات الصادرة عنه بحسب تدرجها.

(1): القانون المدني المصري، الصادر في 16 جويلية 1948، المرجع السابق.

المبحث الثاني: تحديد السن القانوني للزواج

بعد أن تطرقنا إلى مفهوم الأهلية بصفة عامة، وعلمنا بأن الأهلية هي شرط من شروط عقد الزواج بحكم نص المادة 09 مكرر ق أ ج، كان لزاما علينا أن نخوض في هذه المسألة أكثر، ذلك أن الأهلية وكما هو متعارف عليه في القواعد العامة تقتضي بلوغ سن محددة يعتبر الشخص خلالها أهلا لممارسة تصرفاته، وهو نفس الأمر ينطبق على أهلية الزواج، إذ تقتضي بلوغ سن قانونية معينة يسمح فيها بالزواج، ويكون العقد صحيحا مشتملا على شرط الأهلية في الزواج، وعليه كان لزاما على طالبي الزواج التقيد بهذا الشرط وعدم مخالفته وإلا بطل عقد الزواج، وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى بلوغ السن القانوني للزواج (مطلب أول)، ثم جزاء مخالفة السن القانوني للزواج (مطلب ثاني).

المطلب الأول: بلوغ السن القانوني للزواج

لقد تم تحديد أهلية الزواج ببلوغ سن قانونية معينة يصح بها عقد الزواج، وهذه السن تختلف باختلاف التشريع الوضعي لكل بلد بحسب المراحل التي مر بها في إصداره، كما لم تغفل الشرائع السماوية هي الأخرى موضوع أهلية الزواج وكان لها موقف في هذه المسألة، إذن فهي تختلف من بلد لآخر باختلاف ظروف الحياة، وللتعرف أكثر على ذلك سنتطرق في هذا العنصر إلى بلوغ السن القانوني للزواج في القوانين الوضعية (فرع أول)، ثم بلوغ السن القانوني للزواج في الشرائع السماوية (فرع ثاني).

الفرع الأول: بلوغ السن القانوني للزواج في القوانين الوضعية

نحاول أن نتطرق في هذا العنصر إلى بلوغ السن القانوني للزواج في القانون الجزائري (أولا)، ثم في القوانين المقارنة (ثانيا)، ثم في الاتفاقيات الدولية (ثالثا).

أولاً: في القانون الجزائري

نحاول أن نتطرق إلى تحديد سن الزواج في القانون الجزائري من خلال المراحل التي مر بها هذا القانون منذ فترة حكم الاستعمار الفرنسي للجزائر إلى يومنا هذا مع الإشارة إلى أهم الإشكالات المثارة بشأن هذه المسألة.

1- مرحلة ما قبل الاستقلال: صدر خلال هذه المرحلة قانونين هما:

أ- قانون رقم 30-323 بتاريخ 02 ماي 1930: وكان أول نص عثرنا عليه، ويتضمن ثلاثة مواد فقط لا غير، وما يهمنا هو نص المادة 01 والمادة 02 منه، حيث نصت المادة 01 منه على أنه "إن الأهالي القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين لا يمكن لهم إبرام الزواج قبل إتمام السن الخامسة عشرة (15) سنة كاملة، ولكن يمكن للحاكم العام منح الإعفاء من السن من أجل أسباب خطيرة بعد أخذ رأي لجنة تتألف من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر رئيساً وقاضي الصلح بالقبائل وطبيب، ويعين أعضاء هذه اللجنة بداية كل سنة بقرار من الحاكم العام".

ونصت المادة 02 منه على أنه "لا يمكن إبرام عقد الزواج المشار إليه في المادة 01 من طرف الأهالي القبائل بدون تصريح مسبق بالخطبة أمام الموظف المختص بتلقي تصريحات الزواج حسب نص المادة 17 من قانون 23 مارس 1882 من طرف الزوج أو الزوجة أو ممثليها.

ولابد أن يبرر الأطراف ذلك للموظف بالهوية و سن الخطيبين وتبرير العمر لا يمكن إلا بشهادة الحالة المدنية أو بحكم يحل محلها، وبعد الاستظهار بهوية و سن الخطيبين يسلم لهما الموظف المختص شهادة لتمكينهم من إبرام عقد الزواج...".⁽¹⁾

من خلال نص هاتين المادتين نخلص إلى ما يلي:

(1): قانون رقم 30-323، بتاريخ 02 ماي 1930، يتعلق بالتصريح بالخطوبة و سن زواج القبائل.

أ1_ لم يضع القانون معياراً لتحديد سن الزواج بين الفتى والفتاة، حيث أن العمر بينهما محددة بسن الخامسة عشرة سنة على الرغم من اختلاف الطبيعة الفيزيولوجية لكليهما، وهذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية حيث اتفق الفقهاء على اختلاف سن الزواج بالنسبة للرجل عن المرأة.

أ2_ قصر تطبيق هذا النص على المواطنين الذين لا يتمتعون بحقوق الفرنسيين بمعنى شكلاً تطبيق نظام خاص عليهم مستوحى من الشريعة الإسلامية بالرغم من الخروج على تلك القواعد كما رأينا في تحديد السن بـ 15 سنة دون تفرقة بين الرجل والمرأة.

أ3_ فرض القانون التصريح السابق بالخطبة أمام الموظف المختص بتصريحات الزواج، ويعني ذلك تقييد حقوق المواطن الذي لا يتمتع بحقوق المواطنين الفرنسيين، وهذا تفرقة بين المسلمين على أساس نزعة عنصرية بالرغم من قواعد العدالة والمساواة التي ينص عليها ديننا الحنيف.

أ4_ أباح القانون للسلطة الفرنسية الإعفاء من بعض أو كل الشروط السابق ذكرها في حالة وجود مبررات موضوعية وترك الأمر للسلطة التقديرية للحاكم العام⁽¹⁾.

ب_ قانون رقم 59-274: وهو يمثل المرحلة الثانية من التطور التشريعي في قانون الأسرة الجزائرية، وهو يتعلق بعقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الذين يخضعون لنظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر والساورة والواحات⁽²⁾.

حيث نصت المادة 05 منه على أنه "لا يجوز للرجل قبل بلوغ ثماني عشر سنة كاملة، ولا للمرأة قبل بلوغها خمس عشرة سنة كاملة أن يتزوجا، ومع ذلك يجوز لرئيس المحكمة الكلية بناء على دوافع قوية الإعفاء من شروط السن"⁽³⁾، مع الإشارة إلى أن هذه المادة قد ألغيت بالقانون رقم 63-224، الذي سنأتي إليه في حينه.

(1): عيسى حداد، عقد الزواج: دراسة مقارنة، د. ط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006، ص 87-88.

(2): سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 23-24.

(3): قانون رقم 59-274، بتاريخ 04 فيفري 1959 خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر والواحات والساورة، ج. ر 11/02/1959.

من خلال نص هذه المادة نخلص إلى ما يلي:

ب1_ أن هذا النص لن يغير الأحكام التي سبق ذكرها في القانون رقم 30-323.

ب2_ أضاف هذا النص تعديلا جزئيا بزيادة سن الزواج بالنسبة للرجل، حيث أصبح ثمانية عشرة سنة، بينما أبقى عليها بالنسبة للمرأة بخمس عشرة سنة.

ب3_ يسري هذا القانون على عقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الخاضعين لنظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر، والساورة والواحات. والمقصود بالعمالة الولاية حاليا، وهذه التسمية كانت موجودة قبل صدور الأمر رقم 69-38 بتاريخ 23 ماي 1969، المتضمن قانون الولاية المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-09 المؤرخ في 7 أفريل 1990⁽¹⁾.

هذا فيما يتعلق بالنصوص التي صدرت في ظل فترة الاحتلال الفرنسي للجزائر، وكان المشرع الفرنسي يهدف من وراء هذه التشريعات إلى إحكام قبضته على الأسرة الجزائرية وإحصاء كل تصرفاتها، وإحداث تمييز عنصري بين أبناء المجتمع الجزائري، حيث نصت المادة 10 من القانون رقم 59-274 على أنه "لا تطبق أحكام هذا الأمر على عقود الزواج التي أبرمت وفقا للمذهب الإباضي"، وهذا التفريق كان له أبعاد سياسية واجتماعية، لأن المستعمر كان يعمل آنذاك سياسة -فرق تسد-، لكن بعد استقلال الدولة الجزائرية واسترجاع سيادتها، فقد ظهرت قوانين تنص على المحافظة على وحدة الشعب والأمة الجزائرية المسلمة⁽²⁾.

2- مرحلة ما بعد الاستقلال: ونحاول أن نتطرق في هذه المرحلة إلى سن الزواج من خلال النصوص القانونية التالية:

أ_ قانون رقم 63-224: وهذا القانون صدر بتاريخ 29-06-1963، وقد كان يشتمل

على ست (06) مواد، وكل مادة تشتمل على قاعدة قانونية معينة⁽³⁾، والمادة التي تهمنا هنا

(1): عيسى حداد، عقد الزواج، المرجع السابق، ص 88-89.

(2): المرجع نفسه، ص 89-90.

(3): سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، الجزائر، 1989، ص 27.

هي نص المادة 01 منه، والتي تحدد سن الزواج لكل من الفتى والفتاة بنصها على ما يلي: "لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة، ولا للمرأة التي لم تكمل السادسة عشر سنة أن يعقدا زواجهما..."⁽¹⁾.

إذن من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد حدد سن الزواج بثمانية عشر (18) سنة للفتى وستة عشر (16) سنة للفتاة، بعد أن كان من قبل محددًا بخمسة عشر (15) سنة فقط.

لكن وعلى الرغم من صدور القانون رقم 63-224، إلا أن الشعب الجزائري لم ينل جزء من استقلاله التشريعي وظل طوال مدة قدرها واحد وعشرون (21) سنة بلا قانون للأحوال الشخصية، إلى أن صادق البرلمان الجزائري على قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية وأصبح ساريا بتاريخ 09 جوان 1984، وهو القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة⁽²⁾.

ب_ قانون رقم 84-11: وهو القانون الصادر بتاريخ 09 جوان 1984 ويتضمن قانون الأسرة، وقد نص على سن الزواج في المادة 01/07 منه "تكتمل أهلية الرجل بتمام 21 سنة وللمرأة بتمام 18 سنة..."⁽³⁾.

إذن نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد رفع سن الزواج بالنسبة للرجل إلى 21 سنة وبالنسبة للمرأة إلى 18 سنة كاملة.

وقد حصر الدكتور تشوار جيلالي أسباب ارتفاع سن الزواج في نقطتين أساسيتين هما: **الأولى:** أن الفتاة مثل الفتى، لا تعرف بمجرد بلوغها الجنسي مشكلات الزواج ومتاعبه في عصرنا، وإنما يجب انتظار سنوات بعد ذلك حتى لا توافق أوليائها على الزواج إلا وهي مقتنعة بأن مصلحتها فيه، وحتى لا يرغمها أبوها أو عائلتها في سن مبكرة رغبة في منافع مادية.

(1): قانون رقم 63-224، بتاريخ 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج، ج. ر. 2، يوليو 1963.

(2): ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 37.

(3): القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

الثانية: أن المجتمع الجزائري يعاني في الوقت الحاضر من المشكل الديموغرافي، وللقضاء عليه ولو بصفة تدريجية لجأ مشرعنا إلى رفع سن الزواج (1).

أما الدكتور سعد عبد العزيز فيرى أن المشرع الجزائري عندما رفع سن أهلية الزواج إلى 21 سنة للفتى و 18 سنة للفتاة، وهو سن يتزامن مع بلوغها مستوى معين من الثقافة والنضج الاجتماعي، فلا يعتبر أنه قد مس بحرية زواج المواطن، إذ أنه من المحتمل أن يكون قد راعى الناحية الاقتصادية للمجتمع الجزائري آنذاك من حيث زيادة عدد السكان زيادة مذهلة ومخيفة دون أن تقابلها زيادة في الإنتاج، أو أن يكون قد راعى الناحية الاجتماعية للمواطنين من حيث تربية الأجيال القادمة وتعليمها وتوفير الصحة والأمن والعدل، كما أن الفتيان والفتيات دون هذه السن لا يكونون قادرين على أعباء الحياة الزوجية، ولا الوفاء بالالتزامات الأدبية والاجتماعية (2).

وبهذا يكون قانون الأسرة قد عالج من خلال نص المادة 07 نفس الموضوع الذي سبق وأن عالجته المادة 01 من القانون رقم 63-224، والتي كانت قد حددت أهلية الفتى للزواج بسن 18 سنة وأهلية الفتاة للزواج بسن 16 سنة، وبالتالي تكون المادة 07 من القانون رقم 84-11 قد ألغت ضمناً نص المادة 01 من القانون رقم 63-224 لاشتمالها على موضوع واحد (3).

ونظراً لاشتمال هذا القانون على العديد من الثغرات والتي كانت محل نقد ونقاشات حادة، فإن الأمر استدعى حتمية إجراء تعديل من أجل سد هذه الثغرات، وقد أسندت هذه المهمة للجنة متكونة من 52 عضواً، باشرت عملها في شكل ورشات على مستوى المحكمة العليا،

(1): جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 52-53.

(2): سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 97.

(3): المرجع نفسه، ص 98.

كانت ثمرتها وضع مشروع تمهيدي لتعديل قانون الأسرة، بعدها تمت المصادقة على هذا المشروع، وصدر الأمر رقم 05-02 المعدل للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة⁽¹⁾.
ج_ الأمر رقم 05-02: وهو الأمر الصادر بتاريخ 27-2-2005، وجاء لتعديل بعض نصوص القانون رقم 84-11، ومنها نص المادة 07 منه، والتي أصبحت بعد التعديل كما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."⁽²⁾.
وبناء على نص هذه المادة، فإن المشرع الجزائري قد وحد سن الزواج بين الرجل والمرأة وأصبح محددًا بـ 19 سنة كاملة.

وقد جاء نص هذه المادة لتحقيق جملة من الغايات نذكر منها:

ج1_ أن بلوغ المرأة سن 19 سنة هو ضمان لكمال نموها الفيزيولوجي، مما يؤهلها للقيام بشؤون بين الزوجية وتربية الأولاد، لاسيما أن المجتمع الجزائري لا يزال يعيش تحت نظام العائلة الكبيرة في بعض المناطق خاصة الريفية منها.

ج2_ اكتمال بلوغ المرأة مما يؤهلها للإنجاب الذي هو أحد أهداف الزواج، كما يسمح هذا البلوغ بتبيان ما إذا كانت المرأة سليمة أم مصابة، مما يحول دون الإنجاب.

ج2_ أن بلوغ هذه السن كفيل بضمان اكتمال النمو العقلي، وبالتالي يساهم ذلك في حسن اختيار الزوج المناسب أو الزوجة المناسبة، الأمر الذي يقلل من ظاهرة الطلاق وتفكك الأسر.

ج4_ عدم إجماع الفقه الإسلامي على تحديد سن معينة للزواج، جعل المشرع يتخذ موقفا حاسما في الموضوع، ويضع حدا لظاهرة تباعد السن بين الزوجين⁽³⁾.

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري بتوحيده لسن الزواج بـ 19 سنة، يعد ضربا من ضروب المساواة بين الجنسين والتي شهدتها التشريع الجزائري لأول مرة من خلال تعديل نص المادة 07 من ق أ ج، وهو بذلك يعتبر مطابق لنص المادة 40 ق م ج، الذي حدد سن الرشد

(1): ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 38.

(2): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(3): عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص 33-34.

المدني بـ 19 سنة، كما أنه لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، والتي لا تحدد البلوغ بسن محددة وإنما يستدل عليه بأمارات بيولوجية (1).

فكل من بلغ سن 19 سنة يتمتع بحق التزوج وتكوين أسرة وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، وهو حق معترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وذلك من خلال نص المادة 01/16 منه "للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله" (2).

وتجب الإشارة إلى أن الوضع يختلف عندما يراد عقد زواج جزائري أو جزائرية بالغين سن أهلية الزواج وفقا لقانون بلدهما مع شخص أجنبي سن أهلية الزواج في بلده أقل من سن أهلية الزواج المعمول به في الجزائر، حيث يطبق في هذه الحالة القانون الجزائري فيما يتعلق ببلوغ سن أهلية الزواج في الجزائر، ويطبق القانون الأجنبي فيما يتعلق ببلوغ سن أهلية الزواج على الزوج الأجنبي (3).

وفي هذا الأمر نصت عليه المادة 11 ق م ج "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" وكذا نص المادة 13 ق م ج "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج" (4).

وبذلك إذا تقدم شاب جزائري بلغ سن أهلية الزواج وهي 19 سنة كاملة ليعقد زواجا مع شابة أجنبية سن الزواج في بلد جنسيتها هو 18 سنة، فإن الشخص المؤهل لتحرير عقد الزواج

(1): أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات: دراسة فقهية ونقدية مقارنة، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2010، ص 66-67.

(2): الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، أنظر الموقع الإلكتروني: <http://www.bibalex.org>، بتاريخ 02 أبريل 2017، على الساعة 17:44.

(3): سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 164.

(4): الأمر رقم 58-75، المرجع السابق.

موثقا كان أو ضابط الحالة المدنية أو غيرهما، لا يجوز له أن يتمتع عن تحرير عقد الزواج بسبب عدم بلوغ الزوجة الأجنبية سن 19 سنة من عمرها (1).

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن أهلية الزواج هي من المسائل التي تتعلق بالنظام العام، حيث لا يمكن إبرام عقد زواج بدون مراعاة السن القانوني، ولو ارتضى الطرفان ذلك، قياسا على الأهلية بصفة عامة (2).

والنظام العام هو كل ما يمس مصلحة الجماعة أو مصلحة أي فرد يتصل مباشرة بمصلحة الجماعة، أو هو مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية.

وعليه يمكن القول أن النظام العام مسألة نسبية تختلف من مجتمع لآخر، ومن دولة لأخرى تبعا لنظام الحكم باعتباره الضابط لقواعد سلوك المجتمع القائم عليه من قواعد أخلاقية واجتماعية واقتصادية، والهادف لتحقيق المصلحة العامة، لأن ما هو نظام عام في الدولة الإسلامية ليس هو نفسه في الدولة الغربية (3).

3- أهم الإشكالات المثارة حول سن الزواج: قبل تعديل القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، كان هناك تعارض كبير في احتساب سن الرشد من جهة وأهلية الزواج من جهة أخرى، فالمرأة التي كانت تعتبر كاملة الأهلية بتمام 18 سنة في قانون الأسرة كانت قاصرة بموجب أحكام المادة 40 ق م ج التي تحدد سن الرشد بتمام 19 سنة كاملة للجنسين، وكذا بالنسبة للرجل الذي كان يعتبر كامل الأهلية في القانون المدني بتمام 19 سنة كاملة، يكون قاصرا لإبرام الزواج المحدد ب 21 سنة (4).

وأمام هذا التعارض لجأ مشرعا الوضعي إلى تعديل قانون الأسرة الجزائري، وتوحيده لسن الزواج بين الجنسين، من خلال تعديل نص المادة 07 منه.

(1): سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 164.

(2): عيسى حداد، عقد الزواج، المرجع السابق، ص 100.

(3): المرجع نفسه، ص 100-101.

(4): ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 38.

غير أن التعديل جاء تحت ضغوط بعض المحظيات من بعض المسائيات، حيث أن مساواة المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في سن أهلية الزواج هي مساواة شكلية أكثر منها جوهرية، خاصة إذا علمنا جميعاً أن المشكلة التي يشكو منها المجتمع الجزائري ليست هي مشكلة الزواج المبكر، بل هي مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة، ومشكلة البطالة والعجز عن تحمل تكاليف الزواج بالنسبة للرجل (1).

وفي هذا الصدد تطرح عدة إشكالات منها: أول إشكال ما جدوى مساواة الرجل بالمرأة في سن الزواج؟ لا سيما إذا علمنا أنه فيما يتعلق بهذه المساواة فإنها لا تخدم مصلحة المرأة، ذلك أنه من الثابت عملياً أن المرأة تبلغ قبل الرجل، ومن ثم تصبح مؤهلة للزواج قبله، وأما ثاني إشكال هو ما جدوى هذا التوحيد بين سن الرشد المدني وسن الزواج؟، حيث أن هذا التوحيد يعتبر مبالغ فيه، وهذا لما يتميز به عقد الزواج من خصائص عن بقية العقود، حيث يفترض فيه البلوغ والعقل أكثر من الرشد، ذلك أنه يقوم على اعتبارات شخصية بالدرجة الأولى، لا يمكن أن يقوم عليها عقد آخر، ومن ثم فإن الرشد في عقد الزواج لا يمكن ضبطه وفقاً لما تقتضيه التصرفات ذات الصبغة المالية (2).

كما أن تحديد سن الزواج بـ 19 سنة بالنسبة للرجل يطرح إشكالية تحمل أعباء الحياة، خاصة وأن الرجل في هذه السن غالباً ما يكون غير متحصل على عمل، ذلك أن هناك نصوص قانونية لا تسمح بتبوء مناصب عمل وامتهان مهن حرة للشباب أقل من 23 سنة (3). وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يكن ملزماً بأن يساوي بين أهلية الزواج وسن الرشد المدني، ذلك أن تحديد سن الزواج يفترض فيه أن يخضع لدراسة اجتماعية للبيئة الجزائرية، يشترك فيها كل من علماء الاجتماع، وأطباء، ورجال دين وقانون، وذلك للوصول

(1): سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 25.

(2): عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 46.

(3): يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة: الزواج والطلاق، ط2، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 15-

إلى الأفضل وتفاذي الحالات العديدة التي يلجأ فيها إلى الزواج رغم عدم توافر السن القانونية، ولما يتبع ذلك من مشاكل بالنسبة للأسرة (1).

ثانياً: في القوانين المقارنة

عمدت التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري إلى تحديد سن معينة للزواج، وعليه ستحاول من خلال هذا العنصر التركيز على بعض من هذه التشريعات وليس كلها لمعرفة هذه السن.

1- مدونة الأسرة المغربية: نص المشرع المغربي في المادة 123 م أ م على ما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: 1_ أهلية الزوج والزوجة..."، ونص في المادة 19 م أ م على ما يلي "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية" (2).

إذن يتضح من خلال هذين النصين أن المشرع المغربي قد اعتبر أهلية الزواج شرطاً من شروط عقد الزواج، كما أنه ساوى بين أهلية الزواج بالنسبة للرجل والمرأة، وقام بتحديد سن أهلية الزواج للزوجين ببلوغهما ثمان عشرة (18) سنة مع تمتعهما بقواهما العقلية (3)، وهذا بعدما كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تقيم تمييزاً في سن الزواج بين الفتى والفتاة، والذي كان محددًا بخمسة عشر (15) سنة بالنسبة للفتاة وثمانية عشر (18) سنة بالنسبة للفتى (4).

والغاية من توحيد السن في القوانين هي تكوين أسرة مبنية على أسس سليمة تكفل لها الحفاظ على تماسكها واستقرارها، ويتقاسم فيها الزوجان اعباءها ومسؤولياتها، كما يخلق جو

(1): عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص 47-48.

(2): القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

(3): أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 67-68.

(4): أنس سعدون، زواج القاصر بين المعايير الدولية ومدونة الأسرة، مقال منشور بجريدة بني ملال بريس، أنظر الموقع الإلكتروني <http://benimelalpress.com> ، بتاريخ 03 مارس 2017، على الساعة 16:36.

من الألفة والمودة والرحمة بين أفرادها، ومحاولة تقادي كل الأخطار الجسمية النفسية والاجتماعية التي قد تترتب على الزواج المبكر، وتماشيا مع ما جاءت به المواثيق الدولية⁽¹⁾. إذن فالمشعر المغربي اعتبر الأهلية شرطا من شروط عقد الزواج وحددها بـ 18 سنة، لكلا الجنسين مع التمتع بالقوى العقلية.

2- مجلة الأحوال الشخصية التونسية: لا يمكن إبرام عقد زواج طبقا لقانون الأحوال الشخصية التونسي، إلا إذا بلغ الطرفان سنا معينة، و هي منذ سنة 1964 محددة بسبعة عشرة (17) سنة بالنسبة للفتاة وعشرين (20) سنة بالنسبة للفتى، إلا أنه وبتتقيح الفصل الخامس (05) من مجلة الأحوال الشخصية، وذلك بالقانون عدد 32 سنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007 وحدد المشعر سن الزواج لتصبح ثمانية عشر (18) سنة لكلا الطرفين، وكل من لم يبلغ هذه السن لا يمكنه إبرام عقد زواجه، وهذا الأمر من شأنه أن يضع حدا لتزويج للأطفال وربما حدا للنسل⁽²⁾.

حيث نص الفصل 05 م أ ح ش ت على أنه "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية، وزيادة على ذلك فكل من يبلغ منهما ثمانية عشر (18) سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد زواج..."⁽³⁾.

إذن فالمشعر التونسي هو الآخر اشترط الأهلية في الزواج وحددها بـ 18 سنة للجنسين.

3- قانون الأحوال الشخصية الكويتي: نص المشعر الكويتي هو الآخر على الأهلية في عقد الزواج واعتبرها شرطا من شروط عقد الزواج، وذلك من خلال نص م 24/ أ. ق أ ح ش ك حيث نصت على أنه " يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ"⁽⁴⁾. إذن نلاحظ أنه قد سار على نهج المشعر المغربي واشترط في الأهلية أن تتوفر فيها السن والعقل.

(1): ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 41.

(2): ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، د. ط، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص 43.

(3): أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

(4): قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، مجموعة التشريعات الكويتية، ج8، ط1، إصدار وزارة العدل، 2011.

وبالرجوع إلى نص م 26 ق أ ح ش ك والتي جاء فيها "يمنع توثيق عقد الزواج، أو المصادقة عليه ما لم تتم الفتاة الخامسة عشرة، ويتم الفتى السابعة عشرة من العمر وقت التوثيق"⁽¹⁾، نجد أن المشرع الكويتي قد حدد سن معينة لكل من الفتى والفتاة من أجل توثيق عقد الزواج وهي خمسة عشرة للفتاة وسبعة عشرة سنة للفتى.

4- القانون المصري: لقد مايز القانون المصري في البداية بين الجنسين من حيث سن الزواج، فقد نصت م 02/367 من القانون رقم 78 لسنة 1931 المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، على ألا يقل سن الزوجة عن ست عشر (16) سنة، وألا يقل سن الزوج عن ثمانية عشر (18) سنة، فإذا كانت سن أحد الزوجين وقت العقد أقل من هذه السن المحددة، فلا يجوز للموظف الرسمي المختص بمباشرة عقد الزواج أن يجريه رسمياً بينهما⁽²⁾.

كما نصت المادة 17 من قانون اجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم 01 لسنة 2000 على ما يلي "لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة (16) سنة ميلادية أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى شعر (18) سنة ميلادية وقت رفع الدعوى..."⁽³⁾.

وطبقاً للنصين السابقين فإن أهلية الزوج يجب ألا تقل عن 18 سنة، أما الزوجة فلا تقل عن 16 سنة، وبصدور القانون رقم 143 سنة 1994 بشأن الأحوال المدنية ساوى المشرع المصري بين الزوجين من حيث أهلية الزواج، حيث نصت المادة 31 مكرر على أنه "لا

(1): قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، المرجع السابق.

(2): أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 68، نقلاً عن رمضان علي الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 56-57.

(3): القانون المصري رقم 1 لسنة 2000م بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، أنظر الموقع الإلكتروني <http://old.qadaya.net/node/77> بتاريخ 28 مارس 2017، على الساعة 11:00.

يجوز توثيق عقد الزواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثماني عشر سنة ميلادية كاملة"، ليضع بذلك حدا موحدا هو بلوغ سن 18 سنة كما في القانون المغربي (1).

إذن فالمشروع المصري هو الآخر وحد سن أهلية الزواج بين الجنسين وجعلها 18 سنة. **5- القانون المدني الفرنسي:** حددت المادة 144 ق م ف السن التي يجوز فيها الزواج، فنصت على أنه "لا يجوز زواج الرجل قبل تمام ثماني عشر سنة ولا زواج المرأة قبل بلوغها خمس عشر سنة كاملة" على أنه يجوز الإعفاء من هذا الشرط، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 145 من نفس القانون "يجوز لرئيس الجمهورية أن يأذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن لأسباب جسمية" (2).

لكن بعد تعديل القانون الفرنسي بموجب القانون رقم 404 الصادر في 17 ماي 2013 أصبح سن الزواج ثمانية عشر (18) سنة سواء بالنسبة للرجل أو المرأة مع الإبقاء على شرط الإعفاء، وهو ما نصت عليه المادة 144 ق م ف "الزواج لا يمكن أن يعقد قبل بلوغ ثمانية عشرة سنة" والمادة 145 ق م ف "يمكن لوكيل الجمهورية أن يمنح إعفاءات من الزواج إذا كانت هناك أسباب جدية" (3).

نجد أن المشروع الفرنسي هو الآخر جعل سن الزواج هو 18 سنة كباقي التشريعات المقارنة.

(1): أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 68-69.

(2): عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني، دراسة مقارنة، ط1، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، 1994، ص 113.

(3): القانون المدني الفرنسي Code civil Version consolidée au 2 mars 2017، المرجع السابق.

Article 144 : «le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus »

Article 145 : « néanmoins, il est loisible au procureur de la république du lien de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves ».

ثالثاً: الاتفاقيات الدولية

مر التشريع الدولي في مجال رفع سن الزواج بمراحل عديدة قبل أن يستقر على تحديد سن الزواج بسن الثامنة عشر (18) سنة، واعتبار كل من كان دون هذه السن هم من الأطفال⁽¹⁾.

ونتعرض فيما يلي للتطور الذي طرأ على التشريع الدولي فيما يتعلق بتحديد سن الزواج:

1- الطلب من الدول تحديد سن الزواج في قوانينها: وهذا الأمر ورد في نص المادة 02 من اتفاقية عام 1962 بشأن الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، حيث جاء فيها "تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج، ولا ينعقد قانوناً زواج من هم دون هذه السن..."⁽²⁾.

وجاء أيضاً في نص المادة 02/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 "يكون للرجل والمرأة ابتداء من بلوغ سن الزواج حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة"⁽³⁾.

2- تحديد سن الزواج: وهذا الأمر ورد في نص المادة 02/16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) لسنة 1979، والتي جاء فيها "لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما فيها التشريع لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً"⁽⁴⁾، وقد تبع هذه الاتفاقية توصية

(1): نهى قرطاجي، دور الاتفاقيات الدولية في الوقوف في وجه الزواج المبكر، محاضرة أقيمت في المؤتمر الإسلامي الخامس للشريعة والقانون بموضوع: الزواج الشرعي المبكر في مواجهة الفوضى الجنسية والمواثيق الدولية، جامعة طرابلس، يومي 30-31 ماي 2015، ص06.

(2): اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج لسنة 1962، أنظر الموقع الإلكتروني: <http://www.iraqialamal.org>، بتاريخ 28 مارس 2017، على الساعة 21:11.

(3): العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، أنظر الموقع الإلكتروني: <https://www.unicef.org>، بتاريخ 28 مارس 2017، على الساعة 21:06.

(4): اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) لسنة 1979، أنظر الموقع الإلكتروني: http://www.un.org/women_watch/daw/cedaw، بتاريخ 28 مارس 2017، على الساعة 21:09.

رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، والتي قضت بأن الحد الأدنى للزواج ينبغي أن يكون 18 سنة للرجل والمرأة، وهذا الحد لسن الزواج الذي يتماشى مع تعريف الطفل المنصوص عليه في اتفاقية حقوق الطفل⁽¹⁾.

3- اعتبار الزواج التي يتم قبل سن الثامنة عشر اعتداء على الطفولة: وهذا الأمر ورد في نص المادة 01 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، والتي جاء فيها ما يلي: "لأغراض هذه الاتفاقية يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر..."⁽²⁾، وقد تبع هذه الاتفاقية توصية لجنة حقوق الطفل في سنة 2003 للدول، باستعراض التشريعات والممارسات بغية رفع السن الأدنى للزواج إلى الثامنة عشر بالنسبة للفتيات والفتيان على السواء⁽³⁾.

إذن نلاحظ من خلال استعراضنا لنصوص القانون الجزائري والقوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية، لاحظنا أن المشرع الجزائري قد خالف باقي القوانين المقارنة من حيث تحديده لسن الزواج والتي معظمها سايرت ما ذهب إليه الاتفاقيات الدولية في هذه المسألة، و لكن هل وافقت هذه القوانين ما جاءت به الشرائع السماوية؟

الفرع الثاني: بلوغ السن القانوني للزواج في الشرائع السماوية

تعددت الآراء الفقهية عند فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز تحديد سن معينة للزواج من عدم تحديدها والاكتفاء بفكرة البلوغ الجنسي فقط، بينما اختلف الأمر في الشرائع المسيحية واليهودية والتي تحدد سن معينة للزواج يسمح خلالها بإبرام عقد الزواج، وعليه سنحاول التطرق إلى تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية (أولاً)، ثم تحديد سن الزواج في الشريعة المسيحية (ثانياً)، وأخيراً تحديد سن الزواج في الشريعة اليهودية (ثالثاً).

(1): التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشر (1994)، المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، أنظر الموقع الإلكتروني: <http://hrlibrary-ummedu/arab/cedawga>، بتاريخ 28 مارس 2017، على الساعة 21:40.

(2): اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، أنظر الموقع الإلكتروني: <https://www.unicef.org/arabic/crc>، بتاريخ 28 مارس 2017، على الساعة 21:06.

(3): نهى قرطاجي، دور الاتفاقيات الدولية في الوقوف في وجه الزواج المبكر، المرجع السابق، ص06.

أولاً: في الشريعة الإسلامية

إذا ألقينا نظرة على الكتب الفقهية القديمة وجدنا أنها لا تأخذ في الأصل بفكرة السن في الزواج وإنما بالبلوغ، وهو البلوغ الجنسي الفعلي الذي يكون بظهور أماراته الطبيعية وهي اثنان يشترك فيها الذكر والأنثى تتمثل في الإنزال وإنبات شعر العانة، وأمارات أخرى تنفرد بها الأنثى دون الذكر ومنها الحيض والحمل... إلخ (1).

ويعرف الإنزال أو ما يسمى بالاحتلام بأنه خروج المني المتدفق بلذة في حال النوم أو في حال اليقظة بالجماع (2).

أما الإنبات، فهو نبات الشعر الخشن على فرج الأنثى وأعلى الذكر للغلام، وهو ما يعرف عند العلماء بنبات شعر العانة، ويحتاج في إزالته إلى حلق، دون الشعر الزغب الضعيف الذي ينبت للصغير، ولا عبرة بنبات شعر الإبط أو اللحية أو الشارب، لأن ذلك يتأخر عن البلوغ، وحينئذ لا يكون علامة عليه (3).

أما الحيض فهو الدم الذي ينفسه رحم المرأة بصورة دورية كل شهر قمري غالباً، خلال فترة نشاطها الجنسي التي تمتد من البلوغ إلى سن اليأس، ويتوقف مؤقتاً أثناء الحمل والنفاس، كما يمكن أن يتوقف مؤقتاً أو نهائياً بسبب بعض الأمراض (4).

أما الحمل أو ما يعرف بالحبل، فهو تخلق الجنين في رحم أمه، وله علامات تدل عليه منها: انقطاع الطمث، انتفاخ البطن تدريجياً... إلخ (5).

(1): جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 48.

(2): عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص 111.

(3): سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر (1)، 2010-2011، ص 66-67.

(4): أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ط1، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000، ص 408.

(5): المرجع نفسه، ص 373.

وعليه فإنه يصعب تحديد سن معينة تنطبق على جميع الأشخاص لأن وقت ظهور تلك الأمارات يختلف باختلاف الأشخاص ونموهم (1).

وتعتبر قضية تحديد سن الزواج بسن معين من قضايا الواقع المعاصر وهي محل الخلاف بين الفقهاء المتقدمين والمعاصرين على حد سواء، فقد اتفقوا على أن الزواج من حيث مشروعيته جائز ومشروع، كما اتفقوا على جواز تقيد المباح للمصلحة، غير أنهم اختلفوا في حكم تحديد سن معينة للزواج، فذهب بعض من علماء الفقه، ومنهم فضيلة الشيخ ابن عثيمين رحمه الله، والشيخ العلامة عبد المحسن العبيكان، وفضيلة الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي، إلى جواز تحديد سن الزواج وتقييده بسن معينة، بينما ذهب جانب آخر من الفقه منهم فضيلة الشيخ عبد العزيز ابن باز، والدكتور أحمد العسال والدكتور مصطفى السباعي والأستاذ حسام الدين عفاة، إلى عدم جواز تحديد سن معينة للزواج (2).

وأمام هذا الاختلاف في تحديد سن البلوغ الذي تتم به أهلية كل من الفتى والفتاة للزواج، قسم الفقهاء المسلمون مسار حياة الإنسان من ولادته حتى بلوغه إلى ثلاثة مراحل هي: مرحلة الطفولة، وتمتد من الولادة وحتى إتمام السبع سنوات تقريبا، وفيها يكون صبيا غير مميز وتصرفاته غير معتبرة في الزواج أو غيره، ومرحلة التمييز وتمتد من سن السابعة حتى سن البلوغ، وفيها يكون صبيا مميزا وتصرفاته تحتاج إلى إجازة وليه، ثم أخيرا مرحلة البلوغ الجسماني لأهلية الزواج، وتبدأ تقديريا عند تمام سن الثانية عشر عند الفتى وسن التاسعة عند الفتاة (3).

(1): جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 49.

(2): نجاه قروز، السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2013-2014، ص 41-43.

(3): سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 93.

وقد قدر جمهور الفقهاء سن البلوغ بالخامسة عشر للذكور والإناث، في حين ذهب الفقه المالكي إلى أن نهايته هي ثمانية عشر عاما في الفتى والفتاة، وأما الحنفية فقالوا أن البلوغ يتحقق في الثامنة عشر بالنسبة للذكر والسابعة عشر بالنسبة للإناث⁽¹⁾.

وتبقى مسألة سن البلوغ مسألة مرتبطة بما أودعه الله تعالى من قوانين وسنن طبيعية في الكون لها تأثيرها على نمو قدرات الأفراد الجسمية والعقلية، فقد دلت الدراسات العلمية المتخصصة على أن بلوغ الفتاة مرتبط بجملة من المؤثرات الطبيعية، نذكر منها:

1- تأثير المناخ: حيث أن بلوغ الفتاة في المناطق الحارة كإفريقيا وأمريكا الجنوبية يكون مبكرا، وذلك بمجرد بلوغها ثماني سنوات أو عشر سنوات على الأكثر، أما في المناطق المعتدلة كفرنسا وإسبانيا، يتراوح بلوغها بين اثني عشرة سنة وخمسة عشرة سنة، أما في المناطق الباردة كروسيا والسويد فتتراوح بلوغها بين خمسة عشرة وتسعة عشرة سنة.

2- تأثير المزاج: فالفتاة العصبية المزاج تبلغ في حدود أربعة عشرة سنة، أما هادئة المزاج فتبلغ في حدود سبعة عشرة سنة.

3- تأثير بنية البدن: فالفتاة القوية البدن بفعل حسن التغذية والصحة الجيدة تبلغ في حدود أربعة عشرة سنة، في حين أن النحيلة والضعيفة البدن تبلغ في حدود خمسة عشرة سنة⁽²⁾.

وعليه يمكن القول أنه بالرغم من عدم وجود نص شرعي من القرآن أو السنة يحدد سنا معينة للفتى أو الفتاة لأهلية الزواج بصفة دقيقة واضحة ومعلومة، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد ساهموا في وضع علامات ومعايير كثيرة ومتنوعة لإمكانية تحديد سن البلوغ وسن الرشد، ومن ثم إمكانية تحديد سن أهلية الزواج⁽³⁾.

(1): العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، ط1، دار الثقافة، الجزائر، 2012، ص 156-157.

(2): سعيد قاضي، رضا المكلفة في انشاء عقد الزواج، المرجع السابق، ص 86-87.

(3): سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 93.

ثانياً: في الشريعة المسيحية

يعتبر الزواج من المقدسات لدى جميع الطوائف المسيحية، وتعتبره الطوائف الأرثوذكسية والكاثوليكية سرا مقدساً، وهو رمز لاتحاد المسيح بالكنيسة، ولكن الطوائف البروتستانتية تعتبره رابطة مقدسة مفضلة على البتولية، لأن الله رسم نظام الزواج منذ بدء الخليقة وكرمه، ولكنها لا ترتفع به إلى مستوى السر الإلهي المقدس⁽¹⁾.

ولم تعتبر بعد المذاهب النصرانية البلوغ كشرط لأهلية الزواج، وإنما اعتبرت تحديد السن قانوناً هو الشرط، كما اشترطت العقل لصحة عقد الزواج بأن يكون المتعاقدين عاقلين مستكملي القوى التي تمكنهما من إتمام الاقتران الطبيعي، وإذا ثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن عاقلاً عند إتمام العقد فيبطل الزواج، وهذا الإبطال يحتاج إلى طلب من أحد الزوجين وقرار من المحكمة الروحية، وهذا حسب ما جاءت به المادة 23 من المشروع البروتستانتية، كما اعتبرت المادة 16 من مشروع الأرمن الأرثوذكس أن زواج المصابين بالأمراض العقلية ممنوع منعاً باتاً⁽²⁾.

وتحدد الطوائف المسيحية سن الزواج لكل من الرجل والمرأة مع وجود اختلاف بينها، فترى الطائفة الكاثوليكية أن سن الزواج هو ستة عشرة (16) سنة للرجل وأربعة عشرة (14) سنة للمرأة، وهذا حسب ما ورد في م 1083 من الحق القانوني اللاتيني، و م 800 من مجموعة الكنائس الشرقية، وهو نفس السن الذي يحدده الأنجيليون، بينما يحدده القانون البيزنطي لطائفة الروم الأرثوذكس بسن الرابعة عشرة (14) سنة للرجل وسن الثانية عشر (12) سنة للمرأة، وقانون الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس بسن السابعة عشر (17) سنة للرجل وسن الرابعة عشر (14) سنة للمرأة، أما الأقباط فيحددون سن الزواج بثمانية عشرة (18) سنة للرجل وستة عشرة (16) سنة للمرأة⁽³⁾.

(1): فؤاد عبد اللطيف أحمد، الزواج المبكر بين أحكام الشريعة وأحكام القوانين الوضعية، مقال منشور بمجلة الحجاز العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية والعربية، ع12، جامعة فيلادلفيا، عمان، الأردن، 2015، ص 263.

(2): محمد فهد شفقة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود: دراسة قانونية فقهية مقارنة، ج1، د. ط. د. د. ن، دمشق، سوريا، 1972، ص 216-218.

(3): فؤاد عبد اللطيف أحمد، الزواج المبكر بين أحكام الشريعة وأحكام القوانين الوضعية، المرجع السابق، ص 264.

ثالثا: في الشريعة اليهودية

تذهب الطوائف اليهودية باستثناء طائفة المكابيين إلى أن الزواج فرض على كل إسرائيلي، وأنه واجب ديني، حيث ذكر التلموذ (العهد القديم) أن الذي لا يتزوج إنما يعيش بلا بهجة ولا بركة ولا مال، وأن العازب ليس رجلا بمعنى الكلمة، فمن يمتنع عن الزواج فهو يَأْثَمُ، وينتقص من صورة الرب وإرغام الحضرة الإلهية بالابتعاد عن إسرائيل، لذلك فإنه طبقا للتلموذ تستطيع السلطات إكراه الشخص على الزواج، لأن الذي يعيش دون زواج حتى سن العشرين يكون ملعونا من الرب (1).

وعليه نجد أن الشريعة اليهودية قد أوصت بالزواج في سن مبكرة، حيث ورد في المشنة (زوج أولادك يوم كانت يديك لا تزال على رقبتهم)، أي تحت رعايتك، ويحدد التلموذ البلوغ بثلاثة عشرة (13) سنة ويوم واحد للرجال، واثنى عشرة (12) سنة ويوم واحد للمرأة، ولا يمكن أن يقل عمر الولد المتزوج عن تسع (09) سنوات ويوم واحد، وعمر البنت المتزوجة عن ثمان سنوات ويوم واحد، فإن بلغ المتزوجان السن المحددة لم يحتاجا إلى موافقة الأولياء (2).

وفي شريعة القرائين ليس هناك سنا محددة للزواج، وإنما يناط الأمر بالبلوغ الطبيعي الذي يستبدل عليه بما يصاحبه عادة من تغيرات جسمية (3).

ويعتبر اليهود الجنون المطبق في أحد الطرفين مانع من الزواج، وإلا كان الزواج باطلا (4).

إذن نجد أن تحديد أهلية الزواج يختلف من شريعة إلى أخرى، فمنها من يعتمد في تحديدها معيار البلوغ الجنسي ومنها من يعتمد معيار السن.

(1): فؤاد عبد اللطيف أحمد، المرجع السابق، ص 262.

(2): المرجع نفسه، ص 263.

(3): محمد شكري سرور، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، د. ط، دار الفكر العربي، مصر، 1979، ص 140.

(4): محمد فخر شفقة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، المرجع السابق، ص 216.

ومن خلال ما تم عرضه نخلص إلى أن تحديد سن الزواج في القانون الجزائري قد مر بعدة مراحل تزامنت مع صدور نصوص قانونية، منها ما كان في فترة الاحتلال الفرنسي، وهو القانون رقم 30-323 والقانون 59-274 والتي سنهما المشرع الفرنسي حسب ما يخدم مصالحه ويضر بمصالح الشعب الجزائري، باعتماده أساسا على فكرة -فرق تسد- لكن بعد الاستقلال لجأ المشرع الجزائري إلى سن نصوص جديدة، من خلال إصداره للقانون رقم 63-224 والذي اشتمل فقط على ست (06) مواد، ليأتي بعده القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة والذي استمد أحكامه أساسا من الشريعة الإسلامية، وعدله فيما بعد بالأمر 05-02، والذي وحد في سن الزواج بين الجنسين، مما أثار العديد من الإشكالات، وهذا ولا ننسى موقف التشريعات المقارنة في تحديدها لسن الزواج والتي كانت أغلبها متماشية مع ما جاء في الاتفاقيات الدولية والتي أقرت صراحة في موادها بأن سن الثامنة عشرة (18) سنة هي سن الزواج، وقد لاحظنا أن المشرع المغربي والكويتي قد اشترط في الأهلية إلى جانب السن العقل والذي لم ينص عليه المشرع صراحة في نصوصه.

أما بالنسبة لتحديد هذه السن في الشرائع السماوية، ففقهاء الشريعة الإسلامية لم يضعوا سنا محددة للزواج، وإنما أخذوا فكرة البلوغ الجنسي، والذي يكون إما بأمارات طبيعية أو بسن محددة مع بقاء هذه الفكرة نسبية تتأثر بعدة عوامل، غير أنه بالنسبة للطوائف المسيحية واليهودية فقد تم تحديد سن معينة للزواج تختلف باختلاف هذه الطوائف.

المطلب الثاني: جزاء مخالفة السن القانوني للزواج

رأينا بأن الأهلية في عقد الزواج هي شرط من شروطه، وقد حددها المشرع الجزائري بسن محددة يلزم بها الطرفان عند إبرام عقد زواجهما، لكن قد يحدث أحيانا وتهربا من نصوص القانون أو تحقيقا لمنافع ومصالح شخصية أن يتم مخالفة هذه السن وذلك بإبرام عقد زواج دون بلوغ السن القانونية، ولكن بالعودة إلى نصوص القانون نجدنا مختلفة في هذه المسألة فبعضها يحدد صراحة وبعضها لم يشر إليها قط، مما أدى إلى ظهور خلاف فقهي حول الجزاء المترتب على هذه المخالفة، لكن الأمر يختلف عنه بالنسبة للقوانين المقارنة، عليه

سنتناول في هذا المطلب جزاء مخالفة السن القانوني للزواج في القانون الجزائري (فرع أول) ثم جزاء مخالفة السن القانوني للزواج في القوانين المقارنة (فرع ثاني).

الفرع الأول: جزاء مخالفة السن القانوني للزواج في القانون الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري صراحة على سن الزواج في نص م 07 ق أ ج كما سبق بيانه، غير أنه فيما يتعلق بالجزاء المترتب على مخالفة هذه السن، فلم يشر إليه صراحة لا في قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، ولا في الأمر رقم 05-02 المعدل له، مما أوقع الشراح الجزائريين في خلاف فقهي، ولهذا سنتطرق إلى الجزاء التشريعي على مخالفة هذه السن وموقف الفقه من هذا الجزاء.

أولاً: الجزاء التشريعي على مخالفة السن القانوني للزواج

لم ينص المشرع الجزائري على هذا الجزاء إلا في قانون 02 ماي 1930 وقانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 جوان 1963، وهو ما سنتطرق إليه في الآتي:

1- قانون 02 ماي 1930: حدد هذا القانون جزاء البطلان في حالة مخالفة شرط السن، حيث تنص م 02 منه على أنه "... ولا بد أن يبرر الأطراف ذلك للموظف بالهوية وسن الخطيين، وتبرير العمل لا يمكن إلا بشهادة الحالة المدنية أو بحكم يحل محلها... وعدم احترام الاطراف أو ممثليهم لهذه الشكليات ينتج عنه بطلان عقد الزواج، زيادة على عقوبة من ستة أيام إلى ثلاثة أشهر حبسا، وغرامة من 16 إلى 500 فرنك أو بإحدى العقوبتين تطبيقا للمادة 463 من قانون العقوبات...." (1)

إذن من خلال نص هذه المادة نجد أن قانون 02 ماي 1930 رتب عند مخالفة سن الزواج عقوبة مدنية تتمثل في بطلان عقد الزواج، وعقوبة جزائية تتمثل في الحبس والغرامة، وهذا سواء كانت المخالفة قد صدرت من الأطراف أنفسهم أو من ممثليهم.

(1): قانون رقم 02 ماي 1930، المرجع السابق.

ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى أن الأمر رقم 59-274 المؤرخ في 04 فيفري 1959 والخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية (عمالات الجزائر، والساورة والواحات) فلم ينص على جزاء مخالفة سن الزواج واكتفى بالإشارة إلى هذه السن كما سبق بيانه.

2- قانون رقم 63-224: نظم هذه القانون مسألة الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، وذلك بشكل جلي وواضح، ويتمثل هذا الجزاء في عقوبتين إحداها جنائية والأخرى مدنية⁽¹⁾. فالجزاء الجنائي نصت عليه م 02 من هذا القانون كما يلي: "يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية والقاضي والزوجين وممثليهما والشركاء الذين لم يحترموا السن القانوني بالحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر، وبالغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد أو بإحدى العقوبتين"⁽²⁾. ويعني هذا النص توقيع عقوبة الحبس والغرامة المنصوص عليهما أو بإحداهما على كل من يخالف شرط السن سواء من ممثلي السلطة العامة أو من الأولياء أو الزوجين أو الشهود⁽³⁾. أما الجزاء المدني نصت عليه م 03 من هذا القانون كما يلي: "كل عقد زواج أبرم خلافا لأحكام المادة الأولى يكون باطلا إذا لم يلحقه دخول، ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصيا أو من النيابة العامة أو ممن تكون له مصلحة فيه، على أنه يكون قابلا للبطلان إذا لحقه دخول، وذلك بناء على طلب كل واحد من الزوجين دون غيرهما"⁽⁴⁾.

من خلال هذه المادة نجد أنها تنص على الجزاء المدني المتمثل في بطلان عقد الزواج، وتميز بين نوعين من البطلان، بطلانا مطلقا، ويكون ذلك قبل الدخول، لتعلق الأمر بالنظام العام، حيث يتوجب عدم المخالفة لأحكام النص المتضمن القواعد الآمرة، وبطلان نسبي ويكون ذلك بعد الدخول، والفرق بينهما أن البطلان المطلق يجوز لكل من الزوجين والنيابة العامة

(1): محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج، المرجع السابق، ص 126.

(2): قانون رقم 63-224، المرجع السابق.

(3): عيسى حداد، عقد الزواج، المرجع السابق، ص 91.

(4): قانون رقم 63-224، المرجع السابق.

وكل ذي مصلحة التمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، بينما البطلان النسبي، فلا يتمسك به إلا الزوجين دون غيرهما، وليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (1).

وبالرجوع إلى نص م 04 من هذا القانون نجد أنها تنص على أنه "لا يجوز الطعن في عقد الزواج المبرم بين زوجين لم يبلغ أحدهما أو كلاهما السن المشترطة وذلك في الحالتين التاليتين: 1- إذا بلغ الزوجين السن القانونية.

2- إذا حملت الزوجة التي لم تبلغ السن بعد" (2).

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد جعل عقد الزواج صحيحا بصفة مطلقة بالنسبة للزوجين ولغيرهما والحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية قبل تحريك الدعوى من قبلهما أو ممن له مصلحة في هذا الزواج، أو السلطة العامة التي لم يبلغها العلم بذلك إلا بعد أن صار الزوجان بالغان.

الحالة الثانية: إذا كانت الزوجة التي تبلغ السن قد حملت (3).

ويعتبر نص م 04 المشار إليه أعلاه كاستثناء على الأصل، والهدف منه الحد من خطر الانحلال قدر المستطاع لحماية وصيانة الأسرة، ذلك أن عقد الزواج ليس كغيره من العقود في حالة الانحلال، نظرا لآثار التي يترتبها على الزوجين والأسرة والمجتمع ككل (4).

ثانيا: موقف الفقه من الجزاء التشريعي

لقد أثار نص م 07 ق أ ج الخلاف بين العديد من شراح القانون الجزائري على الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج وانقسموا في ذلك إلى رأيين:

1- الرأي القائل بصحة عقد الزواج المبرم دون السن القانونية للزواج: حيث يشير شراح القانون أنه في حالة عدم احترام سن الزواج المحددة قانونا، فلا يترتب عن ذلك إبطال أو فسخ

(1): محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج، المرجع السابق، ص 127.

(2): قانون رقم 63-224، المرجع السابق.

(3): عيسى حداد، عقد الزواج، المرجع السابق، ص 92.

(4): محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 127-128.

عقد الزواج⁽¹⁾، ذلك أن المشرع قد وضع نصب عينيه مصلحة الفرد والمجتمع عند تحديده لتلك السن، ولكن لم يعطها القيمة القانونية اللازمة لها ذلك أنها نهيا دون جزاء قد لا يجدي نفعا لدى البعض، وخاصة عند علمهم بما تنص عليه م 22 ق أ ج من إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء⁽²⁾، حيث قضت بما يلي: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"⁽³⁾.

وبالتالي يشكل انتقاء شرط السن عاملا من عوامل ذبوع الزواج العرفي، ذلك أن الزواج قبل السن القانونية غير متاح على إطلاقه للجميع، لخضوعه للسلطة التقديرية للقاضي في إطار قيد المصلحة والضرورة - كما سنرى لاحقا - مما يؤدي إلى استغناء الأفراد عن هذا الإذن في حالة الرفض مع علمهم امكانية تسجيله لاحقا⁽⁴⁾.

ولعل أشع الآثار السلبية التي تنجم عن الزواج العرفي هو ضياع أنساب الأطفال، فغالبية من يتزوج عرفيا يترك الزوجة بعد فترة خاصة إذا علم أنها حامل، وهنا تلجأ الزوجة إلى المحكمة لرفع دعوى إثبات نسب المولود لأبيه، وتعتبر الحالة الوحيدة التي تقبل فيها المحكمة النظر في دعوى الزواج العرفي من أجل إثبات نسب الأبناء بناء على قاعدة -الولد للفرش-، لكن الأمر ليس باليسير بالنسبة للزوجة خاصة في حالة إنكار الزوج ونفيه للنسب⁽⁵⁾. وبناء على هذا الرأي فالمشرع الجزائري لم يعط لنص م 07 ق أ ج القيمة القانونية اللازمة، إذ أجاز إبرام عقد زواج دون السن القانونية عن طريق ما يعرف بالزواج العرفي الذي أقرته صراحة م 22 ق أ ج.

(1): الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 31.

(2): جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 56.

(3): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(4): حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة

الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص 51.

(5): المرجع نفسه، ص 54.

وعليه فإن باب التحايل على نص م 07 ق أ ج ما يزال مفتوحا، وأن الناس لا يزالون يبرمون عقود زواج دون الرخصة المطلوبة، وبعدها يضعون المحكمة أمام الأمر الواقع، وبعد مرور مدة من الزمن وإنجاب الأولاد يلجؤون إلى رئيس المحكمة فيطلبون منه إصدار حكم قضائي بتسجيل عقود زواجهم ما دام أنها عقود شرعية وقانونية، ولا تعتبر باطلة أو فاسدة، وما دامت النيابة العامة لا تقوم بأي إجراء جزائي ضدهم⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد يطرح تساؤل حول الوضعية القانونية للمرأة التي تتزوج زواجا عرفيا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وبعد أن تحمل وتلد أولادا يقع طلاقها بطريقة عرفية وشرعية، فتتزوج مع رجل ثاني، ويسجل زواجهما في سجلات الحالة المدنية بالبلدية، ثم بعد ذلك تأتي إلى المحكمة وتطالب بتسجيل زواجها مع الرجل الأول بأثر رجعي، وهي لا تزال في عصمة الرجل الثاني، فإنها تكون قد أنشأت وضعية لامرأة متزوجة مع رجلين في آن واحد من الناحية الإدارية، ولا يمكن الحكم بعد ذلك بطلاقها من الرجل الأول بأثر رجعي، ورفض المحكمة تسجيل هذا العقد العرفي الذي تلاه طلاق عرفي وزواج رسمي، فإن ذلك قد يلحق ضررا بالأطفال الناتجين عن هذا الزواج العرفي سواء من حيث نسبهم أو من حيث نصيبهم من تركة أبيهم⁽²⁾.

ويرى الدكتور سعد عبد العزيز أن هذه المعضلة لا بد لها من حل، فما دامت ان جميع النصوص المتعلقة بهذا الموضوع تستلزم وتوجب تسجيل كل عقود الزواج غير المسجلة، وأن هذه العقود تتعلق بحالة الأشخاص وتدخل في إطار النظام العام، فإنه يجب تسجيلها، ولا يجب ترك أي مواطن جزائري يتخبط خارج التنظيم الإداري المفروض بالقانون، فيكفي ان يتضمن منطوق الحكم الذي تصدره المحكمة بشأن تقييد عقد الزواج عبارة تشير إلى أن هذا العقد قد تلاه طلاق عرفي بتاريخ كذا، وذلك استنادا إلى ما يصرح به المعنيون أو الشهود⁽³⁾.

(1): سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 61.

(2): سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 30-31.

(3): المرجع نفسه، ص 31.

وفي هذا الصدد يرى الدكتور تشوار الجيلالي على هذا الرأي، بأن القاعدة القانونية هي قاعدة ملزمة، أي أن إتباعها مفروض على الأشخاص ولو بالقوة، وذلك بإيقاع الجزاء المادي على مخالفتها، فكل قاعدة لا تقترن بجزاء يضمن احترامها لا تعد قاعدة قانونية، وإنما قاعدة مجاملات أو عادات أو تقاليد (1).

2-الرأي القائل ببطلان عقد الزواج المبرم دون السن القانونية للزواج: يذهب اتجاه آخر من الشراح الجزائريين إلى القول ببطلان عقد الزواج إذا تخلف شرط السن، وذلك بتطبيق أحكام القانون رقم 63-224 والخاصة فقط بتحديد الجزاء (2).

حيث يذهب هذا الرأي إلى القول بأن المشرع قد أعطى لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة، وذلك بواسطة قانون 29 جوان 1963 (3).

وتنص م 223 ق أ ج على أنه "تلغى جميع الاحكام المخالفة لهذا القانون" (4).
وعليه يرى الدكتور سعد عبد العزيز أنه إذا كانت م 07 ق أ ج قد عالجت نفس الموضوع الذي سبق وأن عالجته م 01 من القانون رقم 63-224، وأن م 22 ق أ ج قد عالجت جزءا من م 05 من القانون 63-224، وعليه فإن أحكام م 01 من القانون رقم 63-224 والمتعلقة بسن الزواج تكون قد ألغيت ضمنا، أما أحكام المواد الباقية والتي لم يعالجها قانون الأسرة، فإنها تعتبر أحكام قابلة للتطبيق بناء على أن نص م 223 ق أ ج -المشار إليه أعلاه- لم يتضمن نص يلغي صراحة جميع أحكام القانون رقم 63-224، وفي اعتقادنا أن الأحكام المنصوص عليها في المواد 02-03-04-05 من القانون رقم 63-224، لا يوجد في قانون الأسرة ما يماثلها ولا ما يخالفها، فهي إذن ما تزال سارية المفعول وقابلة للتطبيق (5).

(1): جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 61.

(2): محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج، المرجع السابق، ص 129.

(3): جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 56.

(4): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(5): سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 99.

ويرى الدكتور تشوار جيلالي أن تطبيق قانون 1963 يعتبر أفضل الحلول إذا كان الأمر يتعلق بالجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، ولكنه يكون عرضة للنقد، لأنه يتجافى مع طبيعة قواعد التشريع من حيث الإلغاء، ومن ثم عدم قابليتها للتوسع في التفسير عن طريق القياس أو غيره (1).

فهو -الدكتور تشوار جيلالي- وإن كان يقر بتفسير الدكتور سعد عبد العزيز ويرى بأنه من أعدل الحلول وأقلها عيبا من الناحية العلمية لا القانونية، لكن ذلك لا يمكن أن يكون بناء على تفسير غير مستقيم، بل يكون بنص صريح يضع الأمور في نصابها، لأن القواعد العامة تقضي بأنه بمجرد اصدار قانون جديد ينظم موضوعا سبق أن نظمه تشريع قديم، فإن هذا التشريع الأخير يلغى ضمنا الغاء كليا، حتى ولو لم يتم التعارض في بعض أحكامه مع القانون الجديد، والعلة في إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد انصراف نيته على العدول عن التشريع القديم بأكمله (2).

وهذا الأمر صرحت به م 02/02 ق م ج بنصها على أنه "...وقد يكون الإلغاء ضمنا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم" (3).

وعليه في حالة تنظيم قانون سبق تنظيمه بقانون قديم، فإن هذا الأخير يلغى كليا، ذلك أن المشرع بإعادة تنظيمه لنفس الموضوع من جديد، يفيد حتما عن تخليه كليا عن القانون القديم، ويكون الإلغاء ولو أغفل القانون الجديد بعض المسائل التي كانت منظمة في القانون القديم، وهي الحالة محل دراستنا، حيث أغفل القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم جزاء مخالفة السن القانونية والتي نظمها القانون السابق له أي القانون رقم 63-224 المتضمن تحديد سن الزواج (4).

(1): جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 59.

(2): المرجع نفسه، ص 60.

(3): الأمر رقم 58-75، المرجع السابق.

(4): محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج، المرجع السابق، ص 130.

والأمر الذي يبطله الغاء قانون رقم 63-224 بأكمله، أن التعارض لم يقع بصدد حكم تفصيلي، وإنما وقع بصدد المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه هذا القانون، فالمشروع جاء بهذا التحديد كطريقة لوضع حد، إلى جانب حالة الزواج الجبري للأضرار المعنوية والجسمانية التي كانت تلحق بالزوجة من جراء الدخول بها قبل بلوغها الطبيعي في بعض الأحيان⁽¹⁾.

وفي الأخير وحسب هذا الرأي فقانون الأسرة الجزائري لم يرد فعلا فيه نص خاص بشأن الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، ومع ذلك فإن هذا لا ينفي القضاء بإبطاله وفقا للقواعد العامة المقررة فيه، والتي تضمنتها المواد 09 و 09 مكرر و 32 ق أ ج⁽²⁾.

حيث تنص م 09 ق أ ج على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وتنص م 09 مكرر ق أ ج على أنه "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج..."، وتنص م 32 ق أ ج على أنه "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"⁽³⁾. وعليه لا يمكن تصور الأهلية الكاملة للزواج عند انتقاء السن المقررة في م 07 ق أ ج، كما لا يمكن تصور صحة الرضا في غياب هذه السن⁽⁴⁾.

وقد أيد الدكتور العربي بلحاج هذا الاتجاه، فيرى عقلانية هذا الاتجاه الأخير، لأن تحديد سن الزواج في م 07 ق أ ج الغرض منه حماية الصغار، وكذا المحافظة على رضائية العقد، فالزواج يقوم على التراضي والاختيار الحر للمتعاقدين وفقا للإجراءات القانونية، وهي أمور لا تتحقق إلا مع توافر الأهلية الكاملة وقت إبرام العقد⁽⁵⁾.

وفي ظل هذا الفراغ والنقص التشريعي يمكن القول بوجاهة هذا الاتجاه الأخير، والمتمثل في عقوبة البطلان بالنسبة للعقد المبرم دون السن القانوني للزواج.

(1): جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 61.

(2): المرجع نفسه.

(3): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(4): جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 61.

(5): العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 118.

وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه القضاء الجزائري، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها بأنه: "من المقرر شرعا أن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ يعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون"⁽¹⁾.

كما قضت في قرار آخر لها: "أن الزواج الباطل هو ذلك الذي لم يستوف شروطه الموضوعية (السن، الولي، الصداق)"⁽²⁾.

إذن فنلاحظ بأن موقف المحكمة العليا واضح وصريح، حيث تأخذ بما ذهب إليه هذا الاتجاه الأخير الذي يقر ببطلان عقد الزواج المبرم دون السن القانونية للزواج.

ثالثا: حكم زواج الصغار

سبق وإن تطرقنا في عنصر تدرج الأهلية بحسب السن إلى الصغير غير المميز والصغير المميز، حيث لا تكتمل أهليتهما إلا ببلوغ سن الرشد، وقد يحدث أن يتزوج هؤلاء الصغار قبل بلوغ السن القانونية للزواج فما حكم زواجهم.

1- موقف فقهاء الشريعة في حكم زواج الصغار: انقسم الفقهاء حول حكم زواج الصغار إلى ثلاثة آراء وهي:

أ- الجواز مطلقا: ذهب جمهور إلى جواز زواج الصغار وعدم اشتراط البلوغ لصحة الزواج، لأن القرآن اعتبره صحيحا ورتب عليه بعض آثار الزواج⁽³⁾، وذلك في قوله تعالى ﴿وَالَّتِي يَسِّنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴿٤﴾⁽⁴⁾.

(1): المحكمة العليا، غ. أ. ش: 2001/02/21، ملف رقم 255711، م. ق، 2002، ع2، ص 425-426.

(2): المحكمة العليا، غ. أ. ش: 2002/07/03، ملف رقم 261925، م. ق، 2003، ع2، ص272.

(3): محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 145.

(4): سورة الطلاق - الآية [04].

فقد جعل القرآن الكريم عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر، والمعلوم أن العدة لا تكون إلا بعد زواج صحيح يعقبه طلاق، ولما ثبت من فعل رسول الله وأصحابه من بعده، ولما قد يكون فيه من تحقيق مصلحة في بعض الحالات، فقد يأتي الكفء بطلب زواج الصغيرة والولي حريص على مصلحة ابنته الصغيرة فيزوجها حتى لا يفوت الكفء إذا انتظر بلوغها، حيث لا يوجد في كل وقت (1).

أما من السنة فقد استدلوا بحديث السيدة عائشة رضي الله عنها إذا قالت: تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا بنت ست سنين ودخل بي وأنا بنت تسع (2).

وقد انتشرت ظاهرة الزواج بالقاصرات ولعل السبب الرئيسي لذلك هو انتشار توجهات ثقافية تقليدية مؤيدة للزواج، حيث يرى البعض أن الإسلام يحث على مثل هذا الزواج، ومن هنا يبدأ الخلط بين الزواج المبكر وبين زواج القاصرات في العالم العربي والإسلامي على وجه التخصيص، ويمكن أن يطلق مصطلح "الزواج المبكر" على زواج الراشدة (3).

وتجدر الإشارة إلى أن الزواج المبكر في الإسلام مع أنه مستحب ومبارك إلا أنه ليس واجبا كما يصوره البعض، كما أنه من المعروف أن الشرع الإسلامي لا يحدد سنا معينة للزواج سواء للفتى أو الفتاة، بل ترك ذلك للعرف الاجتماعي والأدبي وفق مقتضى الحال والظروف التي يعيشها القوم أو المجتمع (4).

وفي تعريف الزواج المبكر في الإسلام، يتبين كحقيقة موضوعية أن لسلامة جسم المرأة وعقلها دورا فعالا في تربية الأطفال وتقويم شخصيتهم، ولم يغفل الدين الإسلامي هذه الحقيقة، لذا نبه إلى ضرورة مراعاة عوامل السلامة من العيوب الجسمية والعقلية لكلا الزوجين، وأعطاهما

(1): محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 145.

(2): أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، المرجع السابق، ص 1309.

(3): فوزي خميس وأرليت تابيت، الحملة الوطنية لحماية القاصرات من الزواج المبكر، د. ط، معهد الدراسات النسائية في العالم العربي، بيروت، لبنان، 2014، ص 10.

(4): المرجع نفسه، ص 10-11.

الخيار في فسخ الزواج فيما لو تبين أن أحدهما كان مصابا بعيب جسماني أو خلل عقلي، ويبقى المعنى الحقيقي لزواج القاصرات من الناحية الطبية والعلمية هو الزواج قبل البلوغ (1).

ب- **عدم الجواز مطلقا:** ذهب بعض الفقهاء، كابن شبرمة وعثمان البتي وأبي بكر الأصبم إلى منع زواج الصغار، واعتبروه باطلا، لأن القرآن جعل النكاح للبالغين (2)، فجاء في قوله تعالى ﴿وَابْتُلُوا آلِيَكُمْ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ (3).

فقد جعلت الآية بلوغ سن النكاح علامة على انتهاء الصغر، ولو كان الزواج يصح للصغار لما كان لهذه الآية معنى، ولأن الزواج شرع للمعاشرة والتناسل وتكوين الأسر، ولا يتحقق شيء من ذلك في زواج الصغار، فيكون ضربا من اللهو والعبث، بل قد يترتب عليه الضرر، فلا فائدة إذن من إقدام الأولياء عليه (4).

وهذا ما يتوافق مع المانعين من المعاصرين، حيث أن الطفلة المتزوجة تتعرض لمشكلات جسدية وبدنية ناجمة عن عدم استعداد جسدها لخوض تجربة من هذا النوع، فهذا الزواج المبكر له آثار صحية على الأم القاصرة وعلى الجنين، نذكر منها: اضطرابات الدورة الشهرية، وتأخر الحمل لديها، وازدياد نسبة الإصابة بمرض هشاشة العظام، اختناق الجنين في بطن أمه نتيجة القصور الحاد في الدورة الدموية المغذية له، وكذا الولادة المبكرة وما يصاحبها من مضاعفات كقصور الجهاز التنفسي وتأخر النمو الجسدي والعقلي للجنين، أما عن الآثار النفسية فتتمثل في حرمان القاصرة من حنان الوالدين ومن عيش مرحلة الطفولة، مما يعرضها

(1): فوزي خميس وأرليت تابيت، المرجع السابق، ص 11.

(2): محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 145.

(3): سورة النساء - الآية [06].

(4): محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 145.

لأمراض نفسية كالقلق والاكتئاب واضطرابات في العلاقات الجنسية بين الزوجين، وهو ما يؤثر على الأطفال فيما بعد فيتأخر نموهم الذهني لوجودهم في بيئة اجتماعية غير متجانسة⁽¹⁾.
ج- التفريق بين تزويج الصغيرة وتزويج الصغير: للولي الأب أن يزوج ابنته الصغيرة ولا يجوز له إنكاح الصغير حتى يبلغ، فإن زوجه فهو زواج مفسوخ، وهو رأي الإمام ابن حزم الظاهري، وحجته في ذلك أن الأدلة التي وردت في إنكاح الصغار كانت في الأنثى فقط، ولذا إعمال الدليل فيما ورد له، أما قياس الصغير على الصغيرة فقياس غير صحيح، لأنه إذا أُجيز هذا القياس عارضه قياس آخر، وهو أن الصغير إذا بلغ فلا ينعقد النكاح إلا بعبارته، لا دخل لأبيه ولا لغيره عليه في نكاحه، وهو بذلك يخالف الأنثى التي تبقى مسؤولية الأب وولايته ثابتة عليها بعد البلوغ إما بانكاحها أو بإذنها في النكاح، أو بمراعاة الكفاءة، فلما كان حكم الذكر والأنثى مختلفا بعد البلوغ، كذلك يجب أن يكون حكمها مختلفا قبل البلوغ⁽²⁾.

غير أن جواز زواج الصغيرة كما أسلفنا مقيد بضوابط ذكرها الفقهاء ذلك أن تزويجهم قد يلحق بهم الضرر، ولا ننسى أن الأب والجد على وجه التحديد يحرص كل منهما على مصلحة صغاره أكثر من مصلحته، وحتى وإن كان هذا الزواج مباحا إلا إنه يبقى نادرا، وجائز من الناحية الشرعية على الأقل⁽³⁾.

وهذا مجمل آراء الفقهاء في تزويج الصغار وأدلتهم في ذلك، فبعضهم ذهب للقول بجواز زواج الصغار، وبعضهم ذهب للقول بعدم جواز زواج الصغار، والبعض الآخر فرق بين الصغير والصغيرة.

أما المشرع الجزائري في هذه المسألة فنجد أنه أخذ برأي شبرمة وغيره الذي يمنع زواج الصغار، لأن الأصل في الزواج هو بلوغ الرجل والمرأة سن الزواج، وهو 19 سنة كاملة حسب

(1): فوزي خميس وأرليت تابيت، الحملة الوطنية لحماية القاصرات من الزواج المبكر، المرجع السابق، ص 27-28.

(2): محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص 107.

(3): نجاته قروز، السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 32.

نص م 07 ق أ ج، لكن استثناء يجوز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة -كما سنرى لاحقا-، ويتولى الولي عندها تزويج هؤلاء الصغار.

2- سلطة الولي في تزويج الصغار: لقد شرعت الولاية على الصغار والمجانين لأنهم ليسوا بأهل للتصرف في أمورهم، فيحتاجون إلى من يقوم بمصالحهم، بما في ذلك الزواج، أما الولاية على المرأة العاقلة البالغة فليس المقصود منه قهر المرأة أو إيداعها والتحكم فيها، وإنما الهدف منها هو توسيع دائرة الشورى للوصول إلى الإختيار الأحسن، وحتى يطمئن الآباء على مصير بناتهم، وحمايتهم من تعسف أزواجهم والرفع من مكانة المرأة في المجتمع⁽¹⁾.

والولاية في الزواج يقسمها فقهاء الشريعة إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار، الأولى سببها الصغر وضعف العقل الذي يؤدي إلى العجز وهو قول المالكية والحنابلة، وثبتت للولي على فاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه والصغير غير المميز وناقصي الأهلية كالسفيه وذا الغفلة والصبى المميز، وفيها يكون للولي حق الاستبداد بإنشاء العقد وتزويج من كانت تحت ولايته، أما ولاية الإختيار فتثبت للولي على المرأة العاقلة البالغة وهو قول جمهور الفقهاء ، أي أنه لا يمكن لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها بل يشاركها وليها في إختيار الزوج المناسب، لأن زواجها لا ينعقد بإرادتها المنفردة، في حين يرى غيرهم أن المرأة البالغة العاقلة يمكن أن تعقد زواجها بنفسها ولو في غياب وليها بغض النظر عن كونها بكرًا أو ثيبًا، وعقدها لزواجها بنفسها دون ولي يكون صحيحًا⁽²⁾.

وقد نص المشرع الجزائري على ولاية المرأة الراشدة في الزواج من خلال نص م 01/11 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"⁽³⁾، فرغم أن المشرع الجزائري قد عالج مسألة الولاية في الزواج باعتماده عدة أحكام وقواعد متداخلة إلا أنه لم يوفق في أن يشمل جميع الحالات بالتقنين مما جعلها في حال

(1): علي بودفع، حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون، ص 255-256، مقال منشور على الموقع

الإلكتروني: www.univ-skikda.dz، بتاريخ 14 أبريل 2017، على الساعة 22:45.

(2): المرجع نفسه، ص 254-255.

(3): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

يكتنفها الغموض، فلم يوضح من هم الأقربون ولم يحدد الشخص أو الجهة التي لها سلطة الفصل في النزاع الذي يحصل بين المرأة ووليها حول الزوج الأصح لها (1).

وعليه فالمشرع الجزائري لم يكن واضحا في هذه المسألة خلافا للمشرع المغربي الذي أكد بأن الولاية حق للمرأة الراشدة تمارسه حسب اختيارها، ولها أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها، وذلك من خلال نص م 24 م أ م والتي جاء فيها ما يلي "الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها"، وكذا نص م 25 م أ م والتي جاء فيها ما يلي "للاشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها" (2)، وهذا قد يكون ترجيحاً لرأي الحنفية الذين أعطوا الحق الكامل للمرأة البالغة الراشدة في إبرام عقد الزواج.

وزواج القصر من الجنسين في حالة الترخيص بالزواج يتم بحسب القانون بواسطة الولي، وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من ولا ولي له، وبهذا يكون القانون قد أقر سلطة التزويج فقط على الزوج القاصر (3).

حيث تنص م 02/11 ق أ ج على أنه "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" (4). من خلال نص هذه المادة نخلص إلى أن الولي، وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، هو من يتولى زواج القاصرة نيابة عنها بحكم القانون بشرط موافقتها وإصدار ترخيص بزواجها من القاضي، ويبطل زواجها إذا لم ترض به، وعليه فسلطة تزويج القاصرة موزعة بين الولي

(1): علي بودفع، حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 257.

(2): القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

(3): الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 66.

(4): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

والقاضي لأنه لا يمكن أن يباشر ذلك إلا إذا استصدر ترخيصا بذلك بحكم نص م 07 ق أ ج، وبذلك فترويج الولي للقاصرة يخضع لرقابة القاضي (1).

وتنص م 13 ق أ ج على أنه "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها" (2).

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري يمنع الولي ولو كان أبا من إجبار القاصرة على الزواج وألزمه بضرورة الرجوع إليها لأخذ رأيها في الموضوع، ذلك أن رضا البنت القاصرة في الزواج أمر لا جدال فيه، وعليه فالولي ملزم باحترام رغبة القاصرة في الزواج، فليس له أن يجبرها على الزواج بمن لا ترضى به زوجا.

وعليه فسلطة الولي في العقد مقيدة، ولا يمكن أن يمارسها إلا بترخيص من القاضي، وهو ما يضيف حماية أكبر لحق القاصرة في الزواج، ويمنع أي تعسف أو سوء استعمال لهذه السلطة من قبل الولي (3).

وبشأن تزويج المرأة نفسها إن كانت بكرا، فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة لإشتراط الولي في تزويج البكر البالغة العاقلة، في حين ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط الولي في تزويج المرأة، ولكن من المستحب في حقها تفويض الأمر إليه، والناظر لقانون الأسرة الجزائري يجده قد مال للمذهب الحنفي، حيث قرر في نص م 13 منه وضع حد نهائي لنقاش قديم حول مدى سلطة الأب في إجبار من في ولايته على الزواج بشخص لا تريده سواء كانت ثيبا أو بكرا وسواء بلغت سن الزواج بحكم القانون أو بموجب إذن من القضاء (4).

وعليه فالمشرع الجزائري قد أخذ بولاية الاختيار بشأن زواج القاصرة، وذلك من خلال نص م 13 ق أ ج المذكور أعلاه، فلا يجوز للولي أن يجبر من في ولايته على الزواج بدون

(1): محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، مقال منشور بمجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، ع01، 2015، ص 166.

(2): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(3): محمد بجاق، المرجع السابق، ص 167.

(4): سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 123.

إذنها ورضاهما، سواء سبق لها الزواج أم لم يسبق لها ذلك، وإذا أُجبر الولي المرأة وأبرم عقد زواجها في بلد أجنبي تقبل قوانينه إجبار البنت على الزواج، فإن مثل هذا العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا ولا يحتج به، وليس له أي قيمة لدى المصالح الوطنية والإدارية⁽¹⁾، لأنه سيكون مخالفا لنص م 01/97 ق ح م التي تنص على أنه "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج..."⁽²⁾.

لكن نجد أن نص المادة 13 ق أ ج قد أغفل مسألة مهمة، وهي حالة مخالفة أحكام النص القانوني الأمر، وذلك حين يجبر الولي بنته على الزواج بمن لا ترضاه، فتضطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة؟ وهل يكون صحيحا أم باطلا؟

وفي هذا الصدد يفرق الدكتور الرشيد بن شويخ بين أمرين:

الأمر الأول: إذا كان الرضا غير موجود فهنا العقد باطلا.

الأمر الثاني: إذا كان الرضا موجود ولكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه المعنوي)، فهنا يكون العقد قابلا للفسخ، إذا يجوز للمرأة ولو بعد العقد أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد، سواء قبل الدخول أو بعده، وذلك بإقامة الدليل بكافة الطرق على وجود الإكراه، فلا يعقل أن تجبر المرأة على البقاء مع رجل لا ترغب فيه⁽³⁾.

كذلك قد يحدث في الحياة العملية أن ترغب المرأة القاصرة في الزواج بمن ترغب فيه، فتلقى معارضة من أهلها أو من الولي، فكيف سيكون الوضع في هذه الحالة؟

(1): علي بودفع، حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 257.

(2): الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فيفري سنة 1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج. ر.ع. 21، الصادر في 1970/02/27، معدل ومنتقم.

(3): الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 67.

لم يتعرض قانون الأسرة لهذه الحالة بالرغم أنه أخذ بولاية الاختيار بالنسبة للقاصرة فقط، ورغم ذلك فإن اعتراض الولي على الزواج مسألة واردة، فهل يمكن للقاصرة هنا أن ترفع أمرها للقاضي لكي يأذن لها بالزواج؟⁽¹⁾.

لقد كانت المادة 12 ق أ ج قبل التعديل تعالج هذا المشكل، ففي حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى في ذلك مصلحة، فكانت تنص على أنه "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"⁽²⁾.

غير أن هذا النص ألغي بمقتضى التعديل الجديد، مما يجعلنا نقول بوجود فراغ تشريعي في هذه المسألة، وبالتالي فالسؤال المطروح هل الإلغاء منع العودة إلى أحكام المادة 222 ق ج أ التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية؟، بنصها على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁽³⁾، وعليه فيمكن للقاضي أن يتدخل لحسم الموقف حسبما يراه مناسباً، لأن الفقه الإسلامي في مجمله يقر بإسقاط الولاية عن الولي في حالة المنع بدون مبررات معقولة، بالتالي فإن القاضي ولي من لا ولي له⁽⁴⁾، أم يبقى رأي المشرع فيه المنع مطلقاً، وأنه أراد منح حرية أكثر للبنت ونزع سلطته عنها.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن للإكراه أثر في عقد الزواج، حيث اختلف الفقهاء في ذلك وذهبوا إلى قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى القول أن الإكراه على النكاح يقع لأنه تصرف قولي يستحيل فيه أن يكون المكروه آلة للمكروه⁽⁵⁾، واستدلوا في ذلك عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي

(1): الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 69.

(2): القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

(3): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(4): الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 69.

(5): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص 78.

صلى الله عليه وسلم قال "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تُستأذن في نفسها وإذنها صماتها"⁽¹⁾، بمعنى أنه يجوز إجبار البنت على النكاح ولكن بشرط أن يكون الزوج كفؤاً لها وبمهر المثل، والإستئذان يكون من أجل تطيب خاطرها.

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول أن الإكراه على النكاح يؤدي إلى فساد العقد⁽²⁾، واستدلوا في ذلك أنه "روي عن الخنساء بنت حزام الأنصارية زوجها أبوها وهي ثيب فكرهت ذلك، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكرت له ذلك فرد نكاحها"⁽³⁾، بما يدل على عدم صحة نكاح المرأة الأنصارية وقد فسخه الرسول صلى الله عليه وسلم لعدم رضاها به.

بعد عرضنا لأقوال الفقهاء حول أثر الإكراه على الزواج، فإننا نرجح قول جمهور الفقهاء الذين قالوا بعدم صحة عقد زواج المكره، فلا يمكن إجبار البنت على الزواج بمن لا تريده، ونجد أن التشريعات العربية ومنها المشرع الجزائري لم ينص على زواج المكره، واكتفى بالنص على الرضا كركن وحيد في عقد الزواج، بما يستشف منه ضمناً أنه لا يصح زواج المكره لإرتباط الرضا بالإرادة، ويكون العقد باطلاً.

إذن نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يضع نص محدد لجزاء مخالفة السن القانوني للزواج، مما أدى إلى وجود خلاف فقهي في هذه المسألة، وبالتالي ظهور ما يعرف بحالة زواج القصر، وقد لاحظنا أيضاً أن ولاية المرأة البالغة في الزواج الهدف منها الإرشاد والتوجيه فقط، أما الولاية على المرأة القاصرة هي ولاية اختيار ولا يمكن للولي إجبارها على الزواج، وقد نص المشرع الجزائري على ولاية المرأة البالغة الراشدة في نص م 01/11 ق أ ج وولاية المرأة القاصرة في نص م 02/11 و م 13 ق أ ج.

(1): أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، المرجع السابق، ص 1310.

(2): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 78.

(3): أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإكراه، باب لا يجوز نكاح المكره، المرجع السابق، ص 1719.

الفرع الثاني: جزاء مخالفة السن القانوني للزواج في القوانين المقارنة

بعد أن تطرقنا إلى جزاء مخالفة السن القانوني للزواج في القانون الجزائري ارتأينا في بحثنا هذا إجراء مقارنة مع بعض القوانين المقارنة لمعرفة موقفها من مخالفة السن القانوني للزواج، وقد ركزنا دراستنا على القوانين التالية:

أولاً: مدونة الأسرة المغربية

لم يغفل المشرع المغربي عن إمكانية وجود تدليس أو تحايل على نص م 19 م أ م التي حددت سن الزواج ب 18 سنة كاملة للجنسين، فبالرجوع إلى القسم السادس من مدونة الأسرة المتعلق بالإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج، وبموجب نص م 65 منه، نجد أن المشرع اعتبر الإذن بالزواج دون سن الأهلية الذي يمنحه قاضي الأسرة المكلف بالزواج يندرج ضمن الوثائق التي يجب أن يتضمنها ملف عقد الزواج (1).

حيث تنص م 65 م أ م على أنه "أولاً: يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل لإبرام العقد ويضم الوثائق الآتية وهي:

1- مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل؛

2- نسخة من رسم الولادة ويشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة

المدنية إلى تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج؛

3- شهادة إدارية لكل واحد من الخطيبين تحدد بياناتها بقرار مشترك لوزير العدل

والداخلية؛

4- شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك

لوزير العدل والصحة؛

5- الإذن بالزواج في الحالات التالية:

- الزواج دون سن الأهلية؛

- التعدد في حالة توفر شروطه المنصوص عليها في هذه المدونة؛

(1): ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 155.

-زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية؛

-زواج معتنقي الإسلام والأجانب؛

6- شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب أو يقوم مقامها.

ثانيا: يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج قبل الإذن على ملف المستندات المشار إليه أعلاه، ويحفظ برقمه الترتيبي في كتابة الضبط.

ثالثا: يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج.

رابعا: يضمن العدلان في عقد الزواج، تصريح كل من الخطيبين هل سبق أن تزوج أم لا؟ وفي حالة وجود زواج سابق، يرفق التصريح بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد المزمع إبرامه⁽¹⁾.

وتنص م 66 م أ م على أنه "التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة المنصوص عليهما في البندين 5 و6 من المادة السابقة أو التملص منهما، تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر. يخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر"⁽²⁾.

من خلال هذه المادة نخلص إلى نقطتين أساسيتين هما:

الأولى: في حال التدليس تطبق على الفاعل والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر.

الثانية: للزوج المدلس عليه حق طلب فسخ عقد الزواج مع حقه في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء هذا التدليس.

وعليه فإن تخلف شرط السن في عقد الزواج يثير عدة مشاكل خاصة بعد الدخول بالزوجة وإنجاب الأولاد، إذ من شأن ترتيب الفسخ كجزاء، أن يطرح مشكل هدم أسرة بناء على

(1): القانون رقم 03-70، بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

(2): المرجع نفسه.

خلل في ضابط تنظيمي لا اتصال له بجوهر العقد ويمكن تداركه مع الزمن، وفي خضم الخلافات الفقهية وأحكام القضاء المغربي المتضاربة يجب وضع حل تشريعي يراعي المعطيات السالفة الذكر (1).

ومن أجل الحد من ظاهرة الزواج المبكر وقبل بلوغ السن القانوني للزواج الذي يتم احتيالا على القانون فلا بد من التقيد ببعض القيود أهمها:

1- تعميم نظام الحالة المدنية، بحيث تكون سجلات الحالة المدنية هي منطوق احتساب السن القانوني للزوجين.

2- التثبت من سن الزوجين عند اعطاء الأوراق المتعلقة بالزواج من قبل المعنية والتأكد من هوية الراغبين فيها؛

3- وضع جزاءات زجرية ضد الأولياء الذين يصرحون ببيانات كاذبة بخصوص سن من هي تحت ولايتهم، مع زجر الزوجين عند توأطئهما على إخفاء السن الحقيقي عند عدم توفرهما على دفتر الحالة المدنية الذي هو المرجع في تحديد سنهما (2).

وعليه نجد أن المشرع المغربي على خلاف المشرع الجزائري قد اعطى لنص م 19 م أ م القيمة القانونية اللازمة، من خلال نصه صراحة على الجزاء المترتب على مخالفتها، وذلك في نص م 66 م أ م كما سبق بيانه.

ثانيا: قانون الأحوال الشخصية الأردني

نصت م 34 ق أ ح ش أ على أنه "يكون الزواج فاسدا في الحالات التالية:

1- إذا كان الطرفان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد..." (3).

(1): عبد الحميد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية الفقه والقانون في مسائل الأحوال الشخصية، رسالة مقدمة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد السادس، أكدال، الرباط، 2000، ص 197.

(2): المرجع نفسه، ص 197-198.

(3): قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976، أنظر الموقع الإلكتروني:

<http://www.moswarat.com/booksview577.html>، بتاريخ 07 أفريل 2017، على الساعة 17:00.

نلاحظ أن المشرع الأردني قد فرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، حيث اعتبر أن الزواج الذي يتخلف فيه شرط الأهلية هو زواج فاسد.

وجاء في نص م 42 ق أ ح ش أ بأنه "الزواج الفاسد الذي لم يقع به دخول لا يفيد حكماً أصلاً، أما إذا وقع به دخول فيلزم به المهر والعدة ويثبت النسب وحرمة المصاهرة، ولا تلزم بقية الأحكام كالإرث والنفقة قبل التفريق أو بعده"⁽¹⁾.

من خلال نص هذه المادة نخلص إلى أن المشرع الأردني قد فرق بين حالتين هما:

الحالة الأولى: قبل الدخول، فيفسخ عقد الزواج ولا يرتب أي أثر من آثاره.

الحالة الثانية: بعد الدخول يفسخ عقد الزواج مع لزوم المهر والعدة، وثبوت النسب وحرمة المصاهرة.

مع الإشارة إلى أن أحكام الإرث والنفقة لا تثبت سواء قبل التفريق أو بعده.

ونصت م 43 ق أ ح ش أ على أنه "بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع، فإن لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي، ولا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن إذا ولدت الزوجة أو كانت حاملاً أو كان الطرفان حين إقامة الدعوى حائزين على شروط الأهلية"⁽²⁾.

نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن الأصل في حالة ما إذا كان الزواج فاسداً أن يفترق الزوجان، وإلا فرق بينهما القاضي بحكم قضائي، غير أنه واستثناء يمكن تصحيح هذا الزواج، بمعنى إذا رفعت الدعوى لفسخ عقد الزواج بين الزوجين، فلا ينظر فيها، ويكون عقد الزواج صحيحاً، وذلك في حالتين هما:

الحالة الأولى: بسبب صغر السن إذا ولدت الزوجة أو كانت حاملاً.

الحالة الثانية: إذا كان الزوجان حين إقامة الدعوى بالغين عاقلين⁽³⁾.

(1): قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976، المرجع السابق.

(2): المرجع نفسه.

(3): محمود علي السرطاوي، قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010، ص 91.

وعليه إذا بلغ القاصر من الزوجين السن المحددة للزواج، أو كانت الزوجة حاملا أو انتهى حملها بالوضع، فلا يصح الطعن بفساد عقد الزواج ويتم تصحيحه، وهي نفس الحالات المنصوص عليها في م 04 من القانون رقم 63-224 والمتعلقة بتصحيح عقد الزواج قبل سن الأهلية (1).

ثالثا: القانون المدني الفرنسي

سبق وأن تطرقنا إلى سن الزواج في القانون الفرنسي والتي حددها المشرع الفرنسي ب 18 سنة لكل من الرجل والمرأة، ومع امكانية الزواج قبل بلوغ هذه السن بناء على أسباب خطيرة، وهو ما أشارت إليه م 144 و 145 من القانون المدني الفرنسي. وقد نص القانون الفرنسي على الأمور التي يترتب عليها البطلان المطلق للزواج ومنها إبرام عقد الزواج قبل الوصول إلى سن البلوغ القانوني (2)، وذلك من خلال نصي م 185، م 186 ق م ف (3).

وقد قرر المشرع الفرنسي تصحيح عقد الزواج الذي أبرم مخالفة لسن الأهلية، وذلك في حالتين مذكورتين على سبيل الحصر وهما:

الحالة الأولى: إذا بلغ الزوجين أحدهما أو كلاهما السن القانونية ومرت ستة أشهر على هذا البلوغ، فلا يكفي بلوغ القاصر 18 سنة، بل لابد أن تكون قد مرت مدة ستة (06) أشهر من تاريخ بلوغه هذه السن، وهذا حتى نكون أمام تصحيح للزواج وعدم قبول للطعن فيه بالبطلان. **الحالة الثانية:** حمل الزوجة غير البالغة السن القانونية، ولابد كذلك من بلوغ سن 18 سنة لكن دون اشتراط مرور (06) أشهر من بلوغها هذه السن القانونية (4).

إذن نجد أن المشرع الجزائري هو الوحيد الذي لم يحدد الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج بنص صريح مما أثار الخلاف بين العديد من الشراح الجزائريين، وحتى وإن أقر بهذا

(1): ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 158.

(2): عبد الفتاح كباية، الزواج المدني، المرجع السابق، ص 148.

(3): القانون المدني الفرنسي Code civil Version consolidée au 2 mars 2017، المرجع السابق.

(4): ابتسام مليط، المرجع السابق، ص 158-159.

الجزء فإن سريان نص م 22 ق أ ج التي تقر بالزواج العرفي صراحة يجعله ذلك جزء عديم الجدوى، لكن وعلى خلاف هذا الامر نجد أن القوانين المقارنة التي تطرقنا إليها بشكل مختصر قد أقرت هذا الجزء صراحة في نصوص قوانينها، وهذا فراغ قانوني يستحسن سده.

خلاصة الفصل:

من خلال هذا الفصل لاحظنا أن الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وصلاحيته لمباشرة التصرفات القانونية، وبذلك فهي إما أهلية وجوب أو أداء، وهذه الأهلية تتدرج بحسب السن فتكون إما أهلية منعدمة أو ناقصة أو كاملة، وقد حدد المشرع الجزائري أهلية الزواج بـ 19 سنة سواء للذكر أو الأنثى، مساويا بينها وبين سن الرشد المدني، أما التشريعات المقارنة فأغلبها قد سايرت الاتفاقيات الدولية في تحديدها لسن الزواج بـ 18 سنة، أما الشرائع السماوية فقد تباينت في هذه المسألة، فالشريعة الإسلامية حددتها بالبلوغ الجنسي أما الشريعة المسيحية واليهودية فحددها بسن معينة، كما لاحظنا أن المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، مما أدى إلى انتشار ظاهرة زواج القصر خلافا للقوانين المقارنة التي كانت صريحة في هذه المسألة بنصها على الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، أما عن عوارض الأهلية وأثرها في الزواج وسلطة القاضي في منح الترخيص سنتطرق إليها في الفصل الثاني.

الفصل الثاني:

أثر اختلال العقل في الأهلية
وسلطة القاضي في الترخيص
بالزواج

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

قد تتأثر الأهلية بصفة عامة بعوارض تؤثر فيها، فتجعلها إما معدومة أو ناقصة، أو تكون هناك موانع تحول دون إمكانية التمتع بها ومباشرة التصرفات القانونية بصورة طبيعية، وبالتالي قد يكون في ذلك أثر على أهلية الزواج بصفة خاصة، فنكون عندها أمام حالة زواج المجنون أو المعتوه أو السفیه، غير أنّ المشرع قد منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، من خلال منحه الترخيص القضائي بزواج من لم يبلغوا السن القانونية للزواج أو من أصاب عقله عارض من الجنون و العته السفه والغفلة، وعليه سنحاول من خلال هذا الفصل التطرق إلى أثر اختلال العقل في الأهلية (مبحث أول)، ثم سلطة القاضي في الترخيص بالزواج (مبحث ثاني).

المبحث الأول: أثر اختلال العقل في الأهلية

بعد أن تطرقنا إلى تعريف الأهلية وأنواعها في الفصل الأول لاحظنا أن هذه الأهلية تتدرج بتدرج السن، مما يجعلها إما معدومة أو ناقصة أو كاملة، وبذلك يختلف حكم التصرفات القانونية، لكن أحيانا قد تتأثر هذه الأهلية بعوامل قد تكون عوارض منقصة لها أو عوارض معدمة لها، وقد تكون موانع، ومهما يكن فإن هذه العوامل ستؤثر في التصرفات القانونية ومنها الزواج، وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى عوارض الأهلية (مطلب أول)، موانع الأهلية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: عوارض الأهلية

قد يبلغ الشخص سن الرشد وهو كامل التمييز، لكن قد تطرأ عليه بعض العوارض تؤثر على أهليته، وعلى التصرفات التي تصدر عنه مما يقتضي خضوعه لنظام الحجر القانوني حماية لمصالحه وضمانا لاستقرار المعاملات القانونية، وقد كان لهذه العوارض أثر على زواج الأفراد في المجتمع، وعليه سنحاول التطرق من خلال هذا المطلب إلى صور عوارض الأهلية (فرع أول)، ثم حكم زواج المجنون والمعتوه والسفيه (فرع ثاني).

الفرع الأول: صور عوارض الأهلية

العوارض هي أحوال تطرأ على الإنسان المكلف في أهليته، دون أن تكون ملازمة له، وأطلق عليها لفظ العوارض لأنها ليست صفات ذاتية، وذهب فقهاء الشريعة والقانون إلى تقسيمها إلى عوارض معدمة للأهلية (أولا)، وعوارض منقصة للأهلية (ثانيا).

أولا: عوارض معدمة للأهلية

وهي تؤثر على عقل الشخص، وتعتبر من أهم الأسباب المؤدية إلى الحجر عليه، وهي: الجنون والعتة.

1- الجنون: ونحاول تعريفه وبيان أنواعه كالآتي:

أ- **تعريف الجنون:** الجنون في اللغة مصدر جنَّ الرجل بالبناء للمجهول، فهو مجنون أي زال عقله أو فسد، وجنُّ الشيء عليه، أي ستره، وجنان الليل سواده وستره الأشياء (1).
أما اصطلاحاً فيعرف بأنه: اختلال العقل، بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً (2).

ونجد بأن المشرع الجزائري لم يعرف الجنون، واعتبر الفقه هو المرجع لذلك، واكتفى فقط بتنظيم أحكامه في القانون المدني وقانون الأسرة.

ب- **أنواع الجنون:** وينقسم إلى جنون أصلي وجنون طارئ من جهة وجنون مطلق وجنون متقطع من جهة أخرى.

ب 1- **الجنون الأصلي والجنون الطارئ:** الجنون الأصلي هو الجنون الذي يكون في الإنسان منذ الصغر، ويبلغ وهو مجنون، وهو مزيل لأهلية الأداء بنوعيتها فلا يجب عليه شيء ولا يصح منه أي تصرف من التصرفات، ولكنه لا ينافي أهلية الوجوب فيرث ويملك لبقاء ذمته، أما الجنون الطارئ فيكون في حالة بلوغ الإنسان سن الرشد عاقلاً، ثم يصاب بالجنون بعد ذلك، وكلاهما يذهب العقل والتمييز، وبالتالي تزول أهلية المصاب به، ويصبح كالصغير غير المميز (3).

ب 2- **الجنون المطلق والجنون المتقطع:** الجنون المطلق هو الجنون المستمر الذي لا يفيق المصاب به منه، أي الذي لا تتخلله فترات تعقل أو فترات إفاقة، أما الجنون المتقطع فهو ذلك الجنون الذي تتخلله فترات افاقه يعود فيها المجنون إلى وعيه، وقد ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين حكم تصرفات المجنون جنوناً متقطعاً فإذا صدرت في فترات إفاقة كانت صحيحة ونافذة، أما إذا صدرت في فترات جنونه كانت باطلة، بينما تصرفات المجنون جنوناً مطلقاً فاعتبروها كتصرفات الصبي غير المميز باطلة بطلاناً مطلقاً (4).

(1): أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج 13، ص 92.

(2): أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج 3، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص 188.

(3): محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 528.

(4): المرجع نفسه، ص 529.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يميز بين أنواع الجنون، واعتبر أن كل التصرفات الصادرة عن المجنون باطلة بعد تسجيل قرار الحجر عليه، وهذا ما أشارت إليه م 107 ق أ ج "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة..." (1).

2- العته: ونحاول التطرق إلى تعريفه وبيان أنواعه كالآتي:

أ- تعريف العته: العته في اللغة معناه التعتة: أي التجنن والرعوننة، وقيل التعتة الدهشة، وقد عته الرجل عتها وعتها وعتاها، والمعتهو: المدهوش من غير مس جنون، ورجل معته إذا كان مجنونا مضطربا في عقله (2). وعته عتها من باب تعب، ونقص عقله (3).

أما اصطلاحا فيعرف بأنه: اختلال العقل، بحيث يختلط كلامه، فيشبه مرة كلام المجانين، ومرة كلام العقلاء (4).

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعرف العته، وإنما اشار إليه كعارض من عوارض الأهلية في القانون المدني وقانون الأسرة.

ب- أنواع العته: يرى بعض الفقهاء أن العته في الفقه الإسلامي نوعان، عته يعدم الإدراك والتمييز، فيجعل صاحبه كالمجنون في جميع أحكامه، وعته يكون معه إدراك وتمييز لكنه لا يصل إلى درجة الإدراك في الراشدين العاديين، ويكون صاحبه كالصبي المميز في جميع أحكامه، وعليه يكون المعتهو في نظرهم إما عديم التمييز أو مميزا، وبذلك يكون حكم تصرفاته بحسب حالته العقلية، فإذا كان صبيا مميزا أخذ حكمه، وإذا كان صبيا غير مميز أخذ حكمه أيضا (5).

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يميز بين نوعي العته وجعل العته درجة واحدة.

(1): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(2): أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج 13، ص 512-513.

(3): أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص 149.

(4): أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 194.

(5): محمد سعيد جعفرور، مدخل الى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 531.

أما عن حكم تصرفات المجنون والمعتوه، فإنه وحسب نص م 01/42 ق م ج "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون..."⁽¹⁾، وعليه فالمشروع قد ألحق المجنون والمعتوه بالصبي غير المميز واعتبرهم جميعا من عديمي الأهلية، وبالتالي فإن كل تصرفاتهم القانونية باطلة بطلانا مطلقا⁽²⁾. لكن بالرجوع إلى نص م 85 ق أ ج والتي تنص على أنه "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه"⁽³⁾. نجد أنها تصرفات لا تربط تصرفات المجنون والمعتوه بالحجر عليهما وإنما تعتبرها غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته⁽⁴⁾.

ثانيا: عوارض منقصة للأهلية

وهي تنقص الأهلية ولكن لا تعدمها، وإنما تصيبه في ملكاته النفسية وسلامة تدبيره، وتتمثل في السفه والغفلة:

1- **السفه**: السفه في اللغة سفه، سفها من باب تعب، والسفه نقص في العقل، وأصله الخفة، وسفه الحق جهله⁽⁵⁾.

أما اصطلاحا فالسفه هو تبذير المال وانفاقه على خلاف مقتضى العقل والحكمة، أو هو تلك الخفة التي تعتري الإنسان فتحمله على العمل على خلاف العقل والشرع⁽⁶⁾، بينما لم يتطرق المشروع الجزائري إلى تعريف السفه.

2- **الغفلة**: الغفلة في اللغة هي غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره اه، وقد أستعمل فيمن تركه إهمالا وإعراضا⁽⁷⁾.

(1): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2): شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص 350.

(3): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(4): شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 352.

(5): أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص 106

(6): محمد سعيد جعفرور، مدخل الى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 560.

(7): أحمد محمد بن علي الفيومي، المرجع السابق، ص 171.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

أما اصطلاحاً فالغفلة هي عدم الاهتداء إلى التصرفات الراجعة بسبب البساطة وسلامة القلب، وذي الغفلة هو من كان طيب القلب إلى حد السذاجة، بحيث تجره طبيته وسلامة قلبه إلى سهولة خدعه وغبنه في معاملاته مع غيره⁽¹⁾، وفي نفس السياق دائماً نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الغفلة.

وبالنسبة لحكم تصرفات السفهية وذي الغفلة، فإنه وحسب نص م 43 ق م ج والتي تنص على أنه "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفهياً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"⁽²⁾. فإن المشرع قد اعتبر كل من السفهية وذي الغفلة ناقصاً الأهلية مثل الصبي المميز، وأعطى لحكم تصرفاتهما نفس حكم تصرفات الصبي المميز⁽³⁾، مع ملاحظة التعارض الموجود بين القانون المدني وقانون الأسرة فيما يخص التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، حيث يأخذ في القانون المدني بنظرية القابلية للإبطال وفي قانون الأسرة بنظرية التصرف الموقوف، كما سبق بيانه في حكم تصرفات الصبي المميز.

وحسب نص م 85 ق أ ج التي تنص على أنه "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه"⁽⁴⁾، فإن المشرع الجزائري قد ألحق السفهية بالمجنون والمعتوه، واعتبره عديم الأهلية مع أنه ناقص الأهلية طبقاً لنص م 43 ق م ج، كما سبق الإشارة إليه، كما أنه أهمل الحديث عن ذي الغفلة، والذي في أغلب الأحيان يكون مقروناً بالسفيه، وحكم على تصرفات السفهية بعدم النفاذ⁽⁵⁾.

(1): محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 565.

(2): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(3): شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص 358.

(4): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(5): شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 360.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

وبالرجوع إلى نص م 107 ق أ ج التي تنص على أنه "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها"⁽¹⁾. نجد أن المشرع الجزائري قد ميز في حكم تصرفات السفیه وذي الغفلة -قياسا عليه- بين مرحلتين: **المرحلة 01:** قبل الحكم بالحجر، وتعتبر تصرفاتهما صحيحة، إلا إذا كانت حالة السفه والغفلة ظاهرة.

المرحلة 02: بعد الحكم بالحجر، وتكون فيها تصرفاتهما باطلة⁽²⁾.

ومن خلال ما سبق عرضه يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد وقف عندما جمع بين المجنون والمعتوه ووضعهما في مرتبة الصبي غير المميز وجعل تصرفاتهما غير نافذة، ولكن من جهة أخرى وفيما يتعلق بالسفیه وذي الغفلة وحكم تصرفاتهما، فلم يكن موقفا في ذلك، إذ نجد أن هناك تعارض بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الأسرة.

الفرع الثاني: أثر عوارض الأهلية في الزواج

بعد أن تطرقنا إلى عوارض الأهلية نحاول من خلال هذا العنصر أن نتعرف على مدى تأثير هذه العوارض على أهلية الزواج، من خلال التطرق لحكم زواج المجنون والمعتوه والسفیه في القانون الجزائري والقوانين المقارنة.

أولاً: حكم زواج المجنون والمعتوه والسفیه في القانون الجزائري

لم يتناول المشرع الجزائري مسألة زواج المجنون والمعتوه والسفیه صراحة، مما يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 ق أ ج والتي تنص على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁽³⁾. حيث اتفق الفقهاء على جواز تزويج المجنون والمعتوه والسفیه ولكن بشروط، فهو يعتبر مصاب بخلل عقلي، عديم التمييز فاقد لحرية الاختيار، ويتعذر عليه التعبير عن الإرادة،

(1): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(2): شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص 361.

(3): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

ولذلك فإن كل تصرف قانوني يجريه المجنون أو المعتوه أو السفهية يقع منه باطلا مطلقا ولو تعلق الأمر بعقد الزواج (1).

وهذا ما أشارت إليه المادة 81 ق أ ج بنصها على أنه "من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون"، ونص المادة 85 ق أ ج بنصها على أنه "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه" (2)، ونص المادة 42 ق م ج بنصها على أنه "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة" (3).

ولأن الضرورات تقدرها، فإنه يجوز استثناء تزويج كل من المجنون والمعتوه والسفيه إذا كان ذلك مفيداً في علاجه، ذلك أن الزواج قد يفيد في علاج الكثير من الأمراض العقلية والنفسية والعصبية، إذا وجدت المصلحة التي تقتضي هذا الزواج، كذلك لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لمسألة زواج المصاب بإعاقة ذهنية، وهنا أيضاً يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 ق أ ج المشار إليه أعلاه، وقد اتفق الفقهاء على جواز تزويجه بشروط شرعية.

وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

1_ وجود تقرير من طبيب الأمراض العقلية يؤكد أن زواج المجنون أو المعتوه أو السفهية يساعد في شفائه عقلياً ونفسياً.

2_ قبول الطرف الآخر بعدم العلم بالإعاقة الذهنية، وقبوله هنا لا بد أن يكون صريحاً وواضحاً لا يشوبه غموض، وأن يكون صادراً من شخص راشد بالغ من العمر 19 سنة كاملة.

(1): العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 166.

(2): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(3): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

3_ أن يتم الزواج بإذن من القاضي بناء على طلب الولي⁽¹⁾، وذلك طبقاً لأحكام المادة 81 ق أ ج المشار إليها أعلاه، والمادة 84 ق أ ج التي تنص على أنه "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبزر ذلك"، والمادة 87 ق أ ج التي تنص على أنه "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"⁽²⁾.

وعليه فإنه يجوز للقاضي أن يمنح الترخيص بالزواج بالنسبة للمجنون والمعتوه والسفيه متى توافرت هذه الشروط.

ثانياً: حكم زواج المجنون والمعتوه والسفيه في القوانين المقارنة

نحاول أن نتطرق في هذا العنصر إلى حكم زواج المجنون والمعتوه والسفيه في بعض القوانين المقارنة، حيث اقتصرنا على مدونة الأسرة المغربية وقانون الأحوال الشخصية الأردني وقانون الأحوال الشخصية الكويتي فقط.

1_ **مدونة الأسرة المغربية:** اعتبر المشرع المغربي المصاب بإعاقة ذهنية فاقداً للإرادة والتي تعتبر من الشروط الأساسية في العقود من أجل إبرامها، وكذا انعدام الاختيار الحر لديه، والذي هو أساس عقد الزواج⁽³⁾.

حيث تنص المادة 216 م أ م على أن "المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته"، وتنص المادة 02/217 م أ م على أنه "يعتبر

(1): العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 166.

(2): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(3): أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 56.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

عديم الأهلية: ... المجنون وفاقد العقل"(1).

وقد أكد المشرع المغربي على اشتراط العقل في عقد الزواج، واعتبر أن التمتع بالقوى العقلية أمر ضروري تقتضيه الصفة العقدية للزواج، وذلك من خلال نص المادة 19 م أ م التي تقتضي بأنه "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية".

لكن بالرجوع إلى نص المادة 23 م أ م نجد أن المشرع المغربي قد سمح للمصاب بإعاقة ذهنية بإبرام عقد زواج، حيث تنص على أنه "يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر.

يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر.

يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة"(2).

من خلال هذا النص والذي يعد استثناء لنص المادة 19 م أ م، فقد منح المشرع المغربي للقاضي سلطة تقديرية في منح الإذن بزواج المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أو أنثى، ولكن بتوافر الشروط التالية:

- أ_ يجب أن يتم تقديم طلب الإذن بالزواج إلى قاضي الأسرة لأنه وحده المختص بمنح الإذن.
- ب_ يجب عرض المعني بالأمر على طبيب خبير مختص للتقرير بشأن إعاقته وبشأن تأثير زواجه على تلك الإعاقة، وقد يتعدد الخبراء المقررون بشأن ذلك.
- ج_ إخطار القاضي الطرف الآخر في عقد الزواج على التقرير الذي أنجزه الطبيب المختص، وينص على ذلك في محضر.

(1): القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

(2): المرجع نفسه.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

د_ يجب أن يكون الطرف الآخر في عقد الزواج راشداً وغير مصاب بإعاقة ذهنية، ويرضى صراحة بهذا العقد بموجب تعهد رسمي.

وعليه تعتبر الخبرة الطبية هي الركيزة الأساسية التي يعتمد عليها القاضي في ترخيصه بزواج المصاب بإعاقة ذهنية، بعد تقديم طلب الحصول على الإذن بزواجه من قبل وليه، غير أن المشرع لم يتطرق لمسألة الطعن في مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج المعاق ذهنياً، والقاعدة هنا أن ما لا يمنعه القانون فهو يبيحه (1).

وبالرجوع إلى نص المادة 215 م أ م نجدتها تنص على أنه "السفيه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثاً بشكل يضر به أو بأسرته" (2)، إذن فنص هذه المادة يعرف فقط السفيه دون أن يتناول مسألة زواجه، ولتنظيمه يمكن الرجوع إلى نص المادة 400 م أ م التي تقتضي بأنه "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف" (3).

وهنا يجب على القاضي الاستعانة ببعض فقهاء هذا المذهب وتطبيقه على النازلة، فنكاح السفيه موقوف على إذن وليه إن شاء أمضاه وإن شاء فسخه، ويفرقون بين دي الرأي في العقل والدين، وضعيف الرأي في العقل والدين، فإن لم يكن له ولي جاز إنكاحه اتفاقاً إن كان ذا رأي، ويفسخ إن كان ضعيف الرأي عندهم، غير أن الواقع العملي في مختلف المحاكم المغربية يثبت أن زواج السفيه غير موجود (4).

إذن فالمشرع المغربي قد نص صراحة على الإعاقة الذهنية ومدى تأثيرها على الزواج.

(1): أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 57.

(2): القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

(3): المرجع نفسه.

(4): أحمد شامي، المرجع السابق، ص 58.

2_ قانون الأحوال الشخصية الأردني: لا يصح عقد الزواج من المجنون، لأن ليس له أهلية أداء مطلقا لكن للولي الحق في تزويج مولاته دون الرجوع إليها وإن كانت تستشار في تزويجها(1).

ولم يحدد القانون الولي الذي يجوز له أن يزوج المجنون أو المعتوه، فلم ينص على أنه الأب أو الجد، ولكنه اشترط في زواجهم موافقة القاضي وإذنه، ولا يأذن القاضي إلا بناء على تقرير طبي يثبت فيه أن في زواجه مصلحة له، وهذا يتفق مع ما ذهب إليه الشافعية، غير أن القانون لم يفرق بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، حيث جاء حكم المجنون عام بشرط موافقة القاضي، كذلك لم يفرق القانون بين الذكر والأنثى في الجنون وإنما جاء نصه عاما(2). حيث جاء في الفصل الأول في زواج المجنون والمعتوه ما نصت عليه المادة 08 ق أ ح ش أ ما يلي "للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له"(3).

وكان ينبغي أن تشترط هذه المادة إطلاع الطرف السليم على ما بالزوج من جنون أو عته، وأن تنص على أن جنونه ليس من النوع الذي يلحق الضرر بالآخرين(4).

إذن فقد أجاز المشرع الأردني زواج المجنون والمعتوه إذا كان فيه مصلحة لشفائه.

3- قانون الأحوال الشخصية الكويتي: بالرجوع إلى نص م 24/ب نجدها تنص على أنه "ب- وللقاضي أن يأذن بزواج المجنون أو المعتوه، ذكرًا كان أو أنثى إذا ثبت بتقرير طبي أن زواجه يفيد في شفائه، ورضى الطرف الآخر بحالته"(5).

(1): هناء فوزي محمد علي ربايعه، أهلية الزواج بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية: دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2013، ص 35-36.

(2): محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، المرجع السابق، ص 113.

(3): قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976، المرجع السابق.

(4): هناء فوزي محمد علي ربايعه، المرجع السابق، ص 36.

(5): قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، المرجع السابق.

إذن نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الكويتي هو الآخر أجاز زواج المجنون والمعتوه سواء كان ذكراً أم أنثى وذلك بشروط هي:

- تقديم طلب بالزواج إلى القاضي المختص بمنح الترخيص.
 - صدور تقرير طبي من طبيب مختص بناء على إجراء خبرة طبية يقضي بأن زواج هذا المجنون أو المعتوه يفيد في شفاؤه.
 - علم الطرف الآخر في العلاقة الزوجية بهذه الإعاقة الذهنية ورضاه بهذا الزواج.
- إذن من خلال ما تم عرضه نخلص إلى أن الأهلية بصفة عامة تتأثر بعراض الجنون والعته كعوارض معدمة لها، ويأخذ عندها المجنون والمعتوه حكم الصبي غير المميز من حيث التصرفات التي يبرمها، كما تتأثر بعراض السفه والغفلة كعوارض منقصة لها، ويأخذ عندها السفه وذا الغفلة حكم الصبي المميز من حيث التصرفات التي يبرمها، أما عن حكم زواج هؤلاء فهو جائز إذا كان فيه شفاء لهم ولكن بتوافر جملة من الشروط، وهو الأمر الذي لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة بل أحال ذلك للفقهاء، خلافاً للمشرع المغربي والأردني والكويتي الذين نصوا على ذلك صراحة في نصوص قوانينهم، وبالتالي ينبغي على المشرع تدارك الأمر والنص عليه حتى نتجنب بعض المشاكل التي تنجر عن زواج المختل عقلياً.

المطلب الثاني: موانع الأهلية

يكون الشخص الراشد أهلاً لمباشرة كافة التصرفات القانونية، إذا لم يحجر عليه لعارض من العوارض، ومع ذلك قد يوجد مانع يحول بين كمال أهليته وحقه في مباشرة التصرفات القانونية، وهذا المانع قد تكون مانع مادي (فرع أول)، أو مانع قانوني (فرع ثاني)، أو مانع طبيعي (فرع ثالث).

الفرع الأول: مانع مادي

وهو غياب الشخص بحيث لا يستطيع مباشرة تصرفاته القانونية بشكل يعطل مصالحه ويحدث به الأضرار (1).

وحسب نص م 110 ق أ ج "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود" (2). فإنه لا اعتبار الشخص غائبا يشترط فيه ثلاثة شروط:

1- عدم رجوعه إلى محل إقامته لمدة سنة لظروف قاهرة منعه من ذلك.

2- عدم قدرته على إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة نائب ينوب عنه.

3- أن يتسبب غيابه في ضرر.

فإذا توافرت هذه الشروط يعتبر الشخص غائبا ويأخذ حكم المفقود، ومن تم تسري عليه أحكام المفقود (3).

وفي هذه الحالة يجب أن يصدر حكم بإثبات حالة الفقد حسب نص م 114 ق أ ج بنصها على أنه "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة" (4).

وعلى القاضي أن يحصر أمواله ويعين مقدما من أقاربه أو غيرهم لتسيير هذه الأموال، وهو ما نصت عليه م 111 ق أ ج "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود، ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون" (5).

(1): محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 156.

(2): الأمر رقم 02-05، المرجع السابق.

(3): شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص 367.

(4): الأمر رقم 02-05، المرجع السابق.

(5): المرجع نفسه.

وكان الأولى بالمشرع أن يميز بين حالة ما إذا ترك الغائب وكيلا عاما عنه، فعندئذ يقوم القاضي بتثبيته، وبين حالة ما إذا لم يترك ذلك فيقوم القاضي بتعيين وكيل قضائي، كما نلاحظ أن المشرع قد استعمل مصطلح مقدم والذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، من حين أن موانع الأهلية تتعلق بغائب كامل الأهلية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مانع قانوني

يتمثل في الحكم بعقوبة جنائية، ويكون ذلك في حالة سلب أهلية الشخص بحكم من المحكمة أو بحكم القانون، فعند الحكم عليه بعقوبة جنائية، فلا يجوز أن يتولى إدارة أمواله خلال مدة حبس حريته⁽²⁾.

وحسب نص م 09 مكرر ق م ج التي تنص على أنه "في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الاصلية، تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي"⁽³⁾.

من خلال نص هذه المادة نخلص إلى أنه يترتب على الحكم بعقوبة جنائية حرمان المحكوم عليه من تولي إدارة أمواله والتصرف فيها طوال فترة تنفيذ العقوبة، ولكن الحجر هنا لا يرجع لخلل يصيب المحكوم عليه في عقله أو تدبيره، فهو يتمتع بكامل قواه العقلية، ولكن هذا الحجر يكون بغرض حرمانه من التصرف في ماله بما يساعده على الفرار من السجن، وكل تصرف في هذا المال بغير إذن المحكمة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا⁽⁴⁾.

(1): شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص 367-368.

(2): محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 157.

(3): الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج. ر، ع 49، الصادر في 06/11/1966، معدل ومتمم.

(4): محمد سعيد جعفرور، مدخل الى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 594-595.

وتنص م 09 ق ع ج على انه "العقوبات التكميلية هي 1-الحجر القانوني..."(1).
وحسب نص هذه المادة فالحجر القانوني باعتباره عقوبة تكميلية فهو لا يتعلق إلا بعقوبة
الجنائية، بمعنى أن المحكوم عليه بعقوبة الجنحة أو المخالفة لا يمنع قانونا من مباشرة حقوقه
المالية (2).

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها ببطلان البيع الذي أنجزه محكوم عليه بعقوبة
جنائية أثناء تنفيذه لعقوبته الجنائية، وذلك لانعدام أهلية التعاقد، لكونه تحت الحجر القانوني
الذي يمنع عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المالية، وله في جميع الأحوال أن يختار
وكيلا ينوب عنه في مباشرة تلك الحقوق (3).

فالمحكوم عليه بالسجن المؤبد أو المؤقت يحول بينه وبين تصرفاته المالية مانع قانوني
هي العقوبة رغم كمال أهليته، فتقع تصرفاته القانونية المالية منه باطلة طول مدة تنفيذ العقوبة
الأصلية، فيما عدا الوصية والوقف، وتعين المحكمة بناء على طلبه أو طلب النيابة العامة أو
كل ذي مصلحة قيما لإدارة أمواله طيلة فترة العقوبة (4).

وحسب رأينا فزواج المحكوم عليه بالسجن المؤبد أو المؤقت يكون صحيحا على اعتبار
أنه بإمكانه التعبير عن إرادته لتمتعه بكامل قواه العقلية.

الفرع الثالث: مانع طبيعي

قد يكون الشخص كامل التمييز والإدراك، إلا أنه مصاب بعاهتين من ثلاث: الصم
والبكم والعمى، بحيث يتعذر عليه التعبير عن إرادته تعبيرا صحيحا، أو الإحاطة بظروف
التعامل، فهذا الشخص يكون في وضعية يصعب عليه فيها مباشرة أهليته الكاملة بصورة منفردة
في إبرام ما يلزمه من تصرفات قانونية، لذلك تدخل القانون لحماية مصالحه وأجاز للمحكمة

(1): الأمر رقم 66-156، المرجع السابق.

(2): محمد سعيد جعفر، مدخل الى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 595.

(3): المحكمة العليا، غ م، 1986/06/29، ملف رقم 43476، م ق، 1993، ع 01، ص 14.

(4): العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري: المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، ج 1، د. ط،
دار هومة، الجزائر، 2014، ص 378-379.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

تعيين مساعد قضائي له يكون في مركز المعاون له حتى يستطيع التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً والإحاطة بظروفه الواقعية⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد تنص م 80 ق م ج على أنه "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة"⁽²⁾.

من خلال نص هذه المادة نخلص إلى أن للمحكمة أن تعين مساعداً قضائياً وذلك إذا اجتمعت في الشخص عاهتين من العاهات الثلاث المذكورة أعلاه، ويتعذر عليه بذلك التعبير عن إرادته بسببهما⁽³⁾.

فتعيين المساعد القضائي لا يكون لنقص أهلية الشخص المصاب بالعاهة، فهو كامل الأهلية، لكن لا يمكنه أن يعبر عن إرادته بشكل يفهمه غيره، فيكون هذا المساعد القضائي بمثابة نائب يقتصر دوره على حضور التصرفات التي يقوم بها المعني بالمساعدة، لتمكينه من التعبير عن إرادته بطريقة واضحة يفهمها غيره، ومساعدته على الفهم الصحيح للإرادة المعبر عنها من قبل الغير⁽⁴⁾.

ومنه فالمصاب بعاهة تمنعه من التعبير عن إرادته فزواجه صحيح وأن صيغة الزواج بحكم م 222 ق أ ج تصح وله أن يعبر بالوسيلة التي تبين إرادته.

وعليه من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أن الشخص وإن كان كامل الأهلية ولم يصبه أي عارض من عوارض الأهلية، إلا أنه قد يحول هناك مانع إما مادي أو قانوني أو طبيعي يمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بصورة طبيعية، وعندها يتم تعيين مقدم يتولى إدارة

(1): شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص 369-370.

(2): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(3): شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 371.

(4): علي فيلالي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 228.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

أمواله، أو خضوعه لنظام الحجر القانوني، أو تعيين مساعد قضائي له، وهذا يكون فالتصرفات القانونية أما الزواج فلا يتأثر بهذه الموانع، وزواج الغائب والمفقود والمحكوم عليه بعقوبة يكون صحيحا وكذلك من لم يستطع التعبير عن إرادته، إلا أنه يمكن فسخه وإنهاؤه بالتطليق بعد وقوعه إذا ثبت الضرر بموجب م4/53-5 والتي جاء في نصها ما يلي " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، 5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة...." (1)

وفيما يلي بيان سلطة القاضي في منح الترخيص بالزواج.

(1): الأمر رقم 02-05، المرجع السابق.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في الترخيص بالزواج

لاحظنا من خلال المبحث الأول أن الأهلية قد تتأثر بعوامل وبالتالي تخلق حالة زواج المجنون والمعنوه والسفيه، وقد منح المشرع بذلك للقاضي بحكم وظيفته سلطة تقديرية واسعة في منح الترخيص القضائي بزواج هذه الفئة في المجتمع، معتمدا في ذلك على معايير تختلف باختلاف الظروف المحيطة بطالبي الزواج، وعليه أن يتبع في منحه لهذا الترخيص عدة إجراءات، وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى مفهوم السلطة التقديرية للقاضي (مطلب أول)، ثم نطاق منح الترخيص بالزواج (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي

قبل أن نتطرق إلى كيفية منح القاضي للترخيص القضائي بزواج ناقصي وعديمي الأهلية، ارتأينا أن نخرج أولا إلى المقصود بالسلطة التقديرية بصفة عامة حتى نتضح لنا الصورة أكثر نظرا لاتساع هذا المصطلح وشموليته، وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى التعريف بالسلطة التقديرية للقاضي (فرع أول)، ثم شروط منح السلطة التقديرية للقاضي (فرع ثاني)، وأخيرا أعمال القاضي في إطار السلطة التقديرية (فرع ثالث).

الفرع الأول: التعريف بالسلطة التقديرية للقاضي

ونتطرق من خلال هذا العنصر إلى تعريف السلطة التقديرية للقاضي وبيان خصائصها، وأساسها.

أولا: تعريف السلطة التقديرية للقاضي

نتطرق فيه إلى التعريف القانوني والتعريف الفقهي.

1- تعريف قانوني: إن مفهوم السلطة التقديرية مفهوم واسع التداول على صعيد الدراسات القانونية، سواء كان ذلك على صعيد القانون العام أو الخاص، ولذلك كان لزاما علينا بداية أن نقوم بتحديد مدلول هذه السلطة وبيان ما المقصود بها، ومما يحفزنا إلى ذلك عدم تبني المشرع

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

الجزائري تعريف محدد للسلطة التقديرية، وهذا منهج التشريعات بشكل عام، حيث تترك ذلك للفقهاء⁽¹⁾.

فذهب جانب من فقهاء القانون إلى تعريف السلطة التقديرية بأنها: النشاط الذهني والعقلي الذي يقوم به القاضي لفهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع الذي يطرح عليه، وهي المكنة والحرية لمواجهة ظروف تطبيق القانون، وتعرف أيضا بأنها الوسيلة التي منحها المشرع للقاضي لإكمال إدراكه ووجدانه وقناعاته في البحث عن الحقيقة وإظهار الحق وتحقيق العدالة، وذلك لتقدير أعمال قاعدة قانونية معينة على واقع معين، تلبية لضروريات المجتمع لابتداع الحلول المناسبة للقضايا المطروحة⁽²⁾.

إذن من خلال هذه التعاريف نجد أن السلطة التقديرية للقاضي تضمنت عنصرين، عنصر شخصي وهو القاضي، وعنصر موضوعي وهو القانون، وهذا ما يساعد القاضي على استخدام هذه السلطة استخداما صحيحا يتفق مع الغرض الذي من شأنه منحها المشرع إياه وصولا لتطبيق العدالة المنشودة.

2- تعريف فقهي: اهتم الفقه الإسلامي هو الآخر بتعريف مصطلح السلطة التقديرية، لكن لا نجده بهذه الصيغة، فقد استعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلحات تدل عليه، كالاتجاه والنظر والحكم.

فتعرف السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي، بأنها القوة والصلاحيات التي تمنح لمعين للقيام بتقدير أمر ما، والتفكير فيه وتهيئته والتدبر فيه بحسب نظر العقل ومقاييسه على أمور أخرى⁽³⁾.

(1): نجاة قروز، السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 52.

(2): المرجع نفسه، ص 53.

(3): محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2007،

وإذا أضيف مصطلح السلطة التقديرية لمصطلح القاضي، سواء كان الخليفة أم نائبه، فإن معنى السلطة التقديرية للقاضي يصبح كما يلي: صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايضة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي⁽¹⁾، وهو ما يسمى باجتهاد القاضي.

ثانياً: خصائص السلطة التقديرية للقاضي

بعد عرضنا لتعريف السلطة التقديرية نحاول أن نتطرق إلى أهم خصائصها وهي:

1_ سلطة قانونية: أي يستمد أساسها من نص في القانون، حيث أن السلطة التقديرية ما هي إلا إمكانية يمنحها المشرع للقاضي، من أجل أن يحيط بالمتغيرات على صعيد واقع العلاقات القانونية التي لا يمكن للمشرع أن يلم بها، وبالتالي فإن المشرع يمنح للقاضي دوراً إيجابياً في مواجهة هذه المتغيرات، وتبقى هذه السلطة ذات مضمون واحد، سواء وجدت في القانون العام أو الخاص، إلا أن مدى هذه السلطة يختلف فيما بينهما، وتمتد هذه السلطة لتشمل القوانين الإجرائية والموضوعية على حد سواء.

2_ سلطة ملزمة: هي سلطة تتميز بالإلزام، فما دمنا سلمنا أن المشرع ينص على هذه السلطة في نصوص قانونية، مما يترتب على ذلك عدم إمكانية تحايل القاضي في استخدام هذه السلطة بحجة مثلاً عدم وجود النص أو غموضه⁽²⁾.

3_ سلطة قضائية واستثنائية: بمعنى أنها عمل قانوني وقضائي، حيث تبدأ بالمشرع عندما ينص على هذه السلطة في القاعدة القانونية، ثم بعد ذلك يستلهم القاضي هذا النص ليقوم

(1): محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 81.

(2): نجاة قروز، السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 53.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

بتطبيقه على الواقع المعروض أمامه، وهي أيضا سلطة استثنائية، إذ أنها تتعدم في الأحوال التي يكون فيها نشاط القاضي منظما من قبل القانون في جميع عناصره (1).

إذن فالسلطة التقديرية للقاضي أصبحت من المسلمات المفروضة في مجال العمل القضائي، حيث اعترف كل من المشرع والفقهاء والقضاء بذلك، إلا أنه رغم هذا الواقع هناك اتجاه فقهي وقضائي حيث يدعو إلى الحد من استعمال قاضي الموضوع للسلطة التقديرية، لأن هذا الأخير أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية، وإنما هي سلطة مقيدة بغاية العمل القضائي، كما أن إباحة استعمالها يؤدي إلى الكثير من التضارب في الأحكام وعدم الاستقرار في العمل القضائي، وفتح المجال واسعا لتحكيم القضاء، مما يؤدي في النهاية إلى ميزان العدل.

وقد رد أصحاب الاتجاه الذي يقر بالسلطة التقديرية للقاضي بأن الشرعية الشكلية قد فقدت مقومات وجودها، وأصبحت تشكل عبئا على العدالة التي يجب أن تؤسس على عدالة موضوعية مناطها ضرورات وليست مجرد عدالة شكلية، وهذا يحتم على القضاء أن يقوموا بتحقيق نوع من الملائمة بين مختلف القيم السائدة في المجتمع، مما يحقق الخير العام للجماعة (2).

ثالثا: أساس السلطة التقديرية للقاضي

هناك من يرى أن أساس هذه السلطة كامنا في طبيعة وظيفة القاضي أي أنه يدخل ضمن عناصر الوظيفة القضائية، وهناك من يؤسس هذه السلطة على ما يسمى بالأثر القانوني للقاعدة القانونية الموضوعية، بمعنى أن الأثر القانوني للقاعدة القانونية الموضوعية قبل إعماله بواسطة القاضي يظل عاجزا عن إعطاء الفعالية لنفسه بنفسه، وتظل هذه الفعالية في حاجة إلى تدخل القاضي بما له من ولاية لمنح هذا الأثر القانوني فعاليتها الكاملة (3).

(1): نجاة قروز، المرجع السابق، ص 53-54.

(2): المرجع نفسه، ص 54-55.

(3): خير الدين كاظم، الأمين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مقال منشور بمجلة جامعة بابل، كلية

القانون، مجلة رقم 15، ع2، 2008، ص 832.

كما تعتبر مشكلة النقص في التشريع أساس آخر لهذه السلطة التقديرية، فلا يمكن لأي تشريع أن يكون كاملاً، ولا بد لكل فكرة أن يشوبها نقص حتماً كنتيجة منطقية للنقص الكامن في طبيعة الإنسان، فكل عمل إنساني مشوب بالقصور حتماً، وما التشريع إلا عمل من أعمال الإنسان، وما يعتبر نقصاً في التشريع هو في حقيقة الأمر اعتراف بوجود سلطة تقديرية للجهة التي تقوم بتطبيق التشريع، في أن تخلق قاعدة قانونية (1).

وحسب نص م 01 ق م ج فإنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" (2).

فالمشروع في هذه المادة يعترف بإمكانية أو احتمالية وجود النقص في التشريع، وقد أمر القاضي بأن يكمل النقص بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يجد رجوع إلى العرف، وإن لم يجد رجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، والمقصود بذلك أن القاضي يجتهد برأيه، ويبحث عن الحل العادل للنزاع.

الفرع الثاني: شروط منح السلطة التقديرية للقاضي

إن منح السلطة التقديرية للقاضي يكون بناء على شروط، حددها فقهاء الشريعة الإسلامية، ونذكر منها ما يلي:

أولاً: الإسلام

يشترط في القاضي أن يكون مسلماً، ذلك أن النظر في المصالح الضرورية كحفظ المال والنفس لا بد أن يكون من قاض مسلم، فتمكين قاض غير مسلم من تولي النظر في هذه الأمور

(1): خير الدين كاظم، المرجع السابق، ص 832-833.

(2): الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

غير مقبول مطلقاً، لأنه غير مؤتمن على أنساب الناس وأعراضهم، ولا يعلم مقاصد الشرع من النكاح وغيره من الأحوال الشخصية، فلا يسعى بالناس لتحقيق مقاصد الشرع فيهم (1).

ثانياً: العقل والبلوغ

لا يتصور تولية قاض غير عاقل، حتى ولو كان ضعيف العقل فقط مختل النظر، ولذلك لا يرد الحديث عن السلطة التقديرية لغير العقلاء سواء فيما يتعلق بالأحوال الشخصية أم غيرها، إذ السلطة التقديرية في جوهرها نشاط ذهني.

كما لا يجوز توليه غير العاقل عند جمهور الفقهاء، لأنه غير مكلف، كما أن غير البالغ لا يكون على علم ببعض ما يتعلق بالأسر، ولا يحصل على الخبرة الكافية، وكل ذلك له أثر سلبي في السلطة التقديرية وفي نفسية القاضي (2).

ثالثاً: الحرية والعدالة

وهو ما اشترطه جمهور الفقهاء قديماً فيمن يتولى القضاء، لأن العبد مشغول بخدمة سيده، وإرادته تابعة لإرادة سيده، فهو غالباً ما يفتقد إلى العلم الكافي أو الخبرة الكافية بالقضاء، كما أن رقبة العبد قد تستحق، فلا يجوز تولية العبد القضاء، إذ ينبغي أن يكون القاضي مستقل التفكير حر الحركة والتنقل مهيباً من الخصوم، وهذا ما لا يتوفر في الرقيق، ولكن اليوم زال الحديث عن الرق والعبودية فلا حاجة لإشتراط مثل هذا الشرط.

أما العدالة فهي من أهم الأوصاف المعتبرة فيمن يتولى القضاء، فالعدل الورع الموثوق بدينه يؤتمن على أعراض الناس وأموالهم ونفوسهم، لما يتوقع منه أنه لا يقصر في بدل أي جهد أو نشاط ذهني لأداء عمله كاملاً، كما أنه لا يتعدى حدود سلطته أو يستغلها استغلالاً سيئاً (3).

(1): محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 144-145.

(2): المرجع نفسه، ص 145.

(3): المرجع نفسه.

رابعاً: العلم بالأحكام الشرعية

علم القاضي بالأحكام الشرعية المتعلقة بما ينظر فيه أمر ضروري لبيان ما يحل و ما يحرم من الأنكحة، وانتهاها والعدة وغير ذلك، وعليه أيضاً معرفة حياة الناس ومعايشهم لتقدير النفقات وغير ذلك، وما يستخدمونه في لغتهم من كنايات ومعارض ليحكم بما يترتب على ذلك من طلاق وغيره، فعلم القاضي بهذه الأحكام الشرعية مصدر مهم للنشاط التقديري، بل هو أهم شرط، وتقصير القاضي في تعلمه ينعكس على السلطة التقديرية تقصيراً وبعداً عن الصواب (1).

الفرع الثالث: أعمال القاضي في إطار السلطة التقديرية

إن أي قاضي يمارس مهامه في إطار السلطة التقديرية الممنوحة له قانوناً، يكون له الحق في مباشرة عمل قضائي أو عمل ولائي، وهو ما سنحاول التطرق له فيما يلي:

أولاً: أعمال قضائية

إن العمل الأبرز للقاضي هو العمل القضائي البحث، المتمثل في فصل الخصومات وحسم النزاعات، من خلال تطبيق النصوص الفقهية أو القانونية ذات العلاقة في النزاع المعروض عليه، ويكون القاضي ملزم بتطبيق القانون الوضعي المعمول به في الجهات القضائية بمختلف درجاتها، كأن يكون هو قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويعتبر قانون الأسرة مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية بمذاهبها المختلفة، إلا أنه لم يستغرق جميع هذه المسائل لذا نجد أن نص م 222 ق أ ج تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص، وعليه تظهر سلطة القاضي في الحد من النزاعات الأسرية من خلال تطبيق نصوص القانون التطبيق الأمثل، حيث أنه لا اجتهاد في مورد النص من حيث استنباط الأحكام، لكن لا شك أن هناك اجتهاد في التطبيق، وهو لا يقل أهمية عن الاجتهاد في الاستنباط، لأن النص الشرعي أو القانوني يحتمل أوجه مختلفة في التفسير، إذن فالاجتهاد

(1): محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 146.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

في التطبيق والتفسير هو محور سلطة القاضي في الحد من النزاعات الأسرية في إطار مباشرة عمله القضائي⁽¹⁾.

ثانياً: أعمال ولائية

يعتبر العمل الولائي هو النوع الثاني من الأعمال التي يباشرها القاضي ويقصد به ما يقوم به القاضي من أعمال غير فصل الخصومات حسم النزاعات⁽²⁾.

ويجمع الفقه على أن القاضي في إصداره لهذه الأعمال التي تهدف إلى اتخاذ تدابير وقتية لا يستند فيها على سلطته القضائية، لأن القضاء هو حسم للمنازعة، وهنا لا توجد منازعة أو حسم، وبناء على ذلك يرى الفقه بأن هذه السلطة هي السلطة الولائية، وهي من طبيعة مغايرة لطبيعة السلطة القضائية، فهي سلطة إصدار أوامر للأفراد، يكون الهدف منها المحافظة على وضع معين، حيث تقوم على فكرة عدم وجود نزاع بين طرفين، فالقاضي في إطار وظيفته الولائية يتدخل لإزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع والتي شلت إرادة الأفراد وجعلتها غير قادرة على إنتاج الأثر القانوني⁽³⁾.

ورغم صعوبة حصر الأعمال الولائية نظراً لتعددتها وتنوعها إلا أن أغلب الفقه يتفق على تقسيم الأعمال الولائية إلى ثلاثة أصول هي كالاتي:

- أعمال التصديق والتوثيق؛

- الإذن والإجازة؛

- أعمال الرقابة والضبط.

وما يهمنا بالدراسة هو النوع الثاني من الأعمال الولائية، حيث يشمل الإذن والإجازة⁽⁴⁾.

(1): سلطة القاضي في الحد من المنازعات الأسرية، أنظر الموقع الإلكتروني: <http://www.startimes.com>، بتاريخ

17 أبريل 2017، على الساعة 18:33.

(2): المرجع نفسه.

(3): ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 63.

(4): المرجع نفسه.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

حيث تنص م 01/07 ق أ ج على أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"⁽¹⁾.

نلاحظ أن هذا النص حدد أهلية الزواج ببلوغ سن 19 سنة كاملة لكل من الرجل والمرأة، لكن يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يبلغ هذه السن، أي قبل ذلك، إذا كان هناك مصلحة أو ضرورة، وتأكد من قدرة الطرفين على الزواج، إذن فالقاضي له سلطة تقدير هذه المصلحة، فإن وجد أن الإذن بالزواج لا يحقق مصلحة لأحد الطرفين، وأن عوامل استمرار ونجاح هذا الزواج غير محققة، منع هذا الزواج لما له من سلطة ولائية، ولا يعطي الإذن لإتمامه.

ويبقى موضوع التمييز بين العمل الولائي والعمل القضائي محل جدل فقهي، إذ يعتبر معتقوا المذهب الشكلي أن كل عمل صادر بناء على عريضة دون تكليف الخصم بالحضور هو عمل ولائي، فمتى تمتع القاضي بسلطة واسعة غير مقيد بقواعد إثبات فهو عمل ولائي، ومنهم من يرى أن كل عمل ينشئ حقوقا مستقبلية يعتبر من قبيل الأعمال القضائية، أما لو قرر حقوقا سابقة، كان عملا ولائيا، كما أن العمل لو أنشأ مركزا قانونيا جديدا فهو ولائي، أما لو كان العمل محل رابطة قانونية سابقة فهو عمل قضائي⁽²⁾.

وأخيرا يعتبر معيار طبيعة العقبة هو الأرجح في تمييز العاملين، حيث أن كل عمل يصدر من القاضي دون نزاع بين الطرفين فهو ولائي، وما يتدخل القاضي إلا لإزالة العائق القانوني الذي وضعه المشرع أمام إرادة الأفراد، أما لو واجه القاضي عقبة مادية ليست من صنع المشرع، وإنما هي من تعارض مصالح الأفراد الذين يمنع عنهم أخذ حقوقهم بأيديهم، بل عليهم اللجوء إلى القضاء، فإن عمل القاضي هنا قضائي صرف⁽³⁾.

(1): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(3): عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 91.

(2): المرجع نفسه.

المطلب الثاني: نطاق منح الترخيص بالزواج

نظرا للسلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بيها القاضي في منحه للترخيص القضائي بزواج ناقصي وعديمي الأهلية، فإن له كامل الحرية في تقدير مدى توافر معايير منح هذا الترخيص القضائي، لكن دون أن يتعسف في استعمال هذه السلطة، مع ضرورة احترامه للإجراءات الواجب اتباعها في هذا الصدد، وعليه سنتطرق في هذا العنصر إلى معايير منح الترخيص بالزواج (فرع أول)، ثم إجراءات منح الترخيص بالزواج (فرع ثاني).

الفرع الأول: معايير منح الترخيص بالزواج

حماية لمصلحة القاصر في عقد الزواج سواء كان ذكرا أم أنثى، فإن المشرع قد وضع جملة من الضوابط والمعايير يقتضي مراعاتها من طرف القاضي عند منحه الترخيص القضائي بالزواج، وتتمثل هذه المعايير في المصلحة والضرورة والقدرة على الزواج.

أولاً: المصلحة

المصلحة لغة، من صَلَحَ الشيءَ صَلُوحًا وَصَلَحًا، وَصَلَحَ هو خلاف فسد، فهو صالح وأصلحته فَصْلَحَ، وأصلح أتى بالخير والصواب وفي الأمر مصلحة أي خير⁽¹⁾، إذن فهي المنفعة.

أما المصلحة في اصطلاح علماء الشريعة الإسلامية، فهي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم⁽²⁾. وهذا التعريف للمصلحة كدليل مقصود للشارع الحكيم، أما المصلحة عموما فهي المنفعة والخير والتي هي نقيض المفسدة.

وهنا يشترط في هذه المصلحة أن تكون أكيدة، وأن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج، لأن المشرع لم يبين هذه المصلحة، فهي تستخلص من أقوال الأب أو الأم أو

(1): أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص132.

(2): محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د. ط، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا،

1973، ص23.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

رأي الطبيب المختص أو تقرير من أنجز بحثا اجتماعيا في الموضوع أو من لقاء قد يتم بين القاضي والقاصر أو القاصرة الراغبين في الزواج، كما تتجلى المصلحة من الخوف في الوقوع في الزنا أو التعرض لضرر الكبت أو الانزلاق إلى الفساد، وما يجره من الأمراض والعقد النفسية فيما لم يتزوج قبل بلوغه سن 19 سنة كاملة، أو كان مجنونا أو معتوها أو سفيها (1). وعليه يتعين على القاضي أن يكون حذرا في تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص، وألا يعطي هذا الإذن إلا إذا توافرت الشروط المستلزمة ولا يصح من جهة أخرى أن يتعنت أو يتعسف مادام لا يمس مصالح المجتمع ومصالح الأطراف أنفسهم، ومثال ذلك حالة الفتى الصغير المريض وكان علاجه الزواج، وحالة الفتاة اليتيمة التي بلغت سن 17 من عمرها وما لها عال ولا مال، فإن الأفضل تزويجها محافظة على شرفها وعرضها (2).

وبلقائنا بالأستاذ المحامي رامي بوكري (3) أكد لنا أن من صور المصلحة المبتغاة من وراء تزويج القاصر عدم تقويت فرصة الزوج الكفاء، فقد يرغب رجل كفئا في الزواج بقاصرة، فيمتنع الولي من تزويجه إياها، ونظرا لتحقيق المصلحة مع الأزواج الأكفاء، فإن هذا المنع يعتبر تقويتا لفرصة مواتية للقاصرة، رغم أن السنة تؤكد على عدم تقويت هذه الفرصة إلا إذا لم يكن الزوج كفئا للزوجة، وعليه فإن تقويت هذه الفرصة يعد تقصيرا من الولي ويمكن الادعاء ضده أمام القضاء.

وإذا تبين أن الولي والقاصر تجمعها مصلحة واحدة من وراء هذا الزواج ولم تكن مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فلا بد للقاضي أن ينضم إليهما، أما لو تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي، فإن القاضي يتدخل لإعمال سلطته التقديرية وترجيح مصلحة القاصر بالدرجة الأولى باعتباره معنيا بهذا الزواج وطرفا حياديا لا يرتجي مصلحة شخصية.

(1): العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص120.

(2): جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص79.

(3): محامي معتمد لدى مجلس قضاء جيجل.

أما لو كانت مصلحة الولي والقاصر المجتمعان متعارضتان مع مقتضيات عقد الزواج وقلما يحدث هذا، فللقاضي حق رفض منح الإعفاء كون المصلحة متنافية مع أهداف الزواج ويكون هذا العقد باطلاً، وهو الأمر الذي نصت عليه م 32 ق أ ج "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" (1).

وعليه فمنح القاضي للترخيص القضائي بالزواج يكون بناء على وجود مصلحة من هذا الزواج.

ثانياً: الضرورة

الضرورة لغة من ضَرَّ يضره أضْر به، أي فعل به مكروهاً، ورجل ضَرير، به ضرر، والضرورة اسم من الاضطرار، والضرء نقيض السراء (2).

والضرورة نظرية متكاملة تشمل جميع أحكام الشرع، ويترتب عليها إباحة المحظور وترك الواجب، وهي تقوم على جملة من الشروط هي:

1- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، فزواج القاصرة يمكن أن يكون مخرجاً لها من ضرر يلحق بها عاجلاً أم آجلاً، كأن يخشى عليها من الانحراف إذا كانت شاذة في أحوالها، أو من الفقر إذا كانت من دون أهل، أو رغبة في الاستقرار إن كانت من دون أهل كالأطفال المسعفين، وضرورة المجنون تكون في إمكانية علاجه.

2- ألا يجد المضطر وسيلة أخرى تغنيه عما سيقدم عليه.

3- ألا يخالف المضطر مبادئ الإسلام، كأن يقدم الولي على تزويج القاصرة من كافر، فيكون قد عارض أحكام الشريعة الإسلامية.

4- أن يتوفر عذر يبيح الزواج، ذلك أن للقاضي أن يتأكد من توافر سبب جدي أو خطير يدعو إلى منح الرخصة، لأن بعض الأولياء يقدمون على تزويج من في ولايتهم من القصر

(1): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(2): أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص 137.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

تحت وطأة الأعراف أو المصالح الشخصية أو النزوات النفسية دون الارتكاز إلى مبررات قاهرة، وهنا يبقى تقدير القاضي هو السيد.

5- أن يقدر الضرورة ذوي الاختصاص، فإن كانت في المجال الطبي فالقاضي سيستأنس بالشهادات الطبية، وإن كانت اجتماعية فيؤول إليه التقدير مباشرة⁽¹⁾.

وقد قدم التشريع الجنائي مثالا لحالة الضرورة في الزواج بنص م 326 ق ع ج بنصها على أنه "كل من خطف أو أبعده قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة (18) وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار.

وإذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعده من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله"⁽²⁾.

وعليه فإن خطف القاصر في نظر المشرع يفضي غالبا إلى هتك العرض، الأمر الذي يستوجب متابعة الخاطف جزائيا، غير أن المشرع نفى عنه العقوبة حتى تزوج بمخطوفته، استجابة لضرورة التي تدعو القاصرة إلى الزواج قبل السن القانونية، وتتجلى الضرورة هنا في طمس العار اللاحق بالقاصرة وأسرتها⁽³⁾.

لكن أحيانا قد تلجأ القاصرات إلى المساهمة في ارتكاب جريمة برضاهن ليحققن الزواج المرغوب فيه، وعليه كان على المشرع أن يستثني هذه الحالة من الضرورات، لأنه سلوك مخالف للأداب العامة ويتعارض مع القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، وأن يتخذ إجراء وقائيا حتى يمنع مثل هذه التصرفات، لأن الهدف من الزواج هو السكينة، وهذا لا يتناسب مع ارتكاب الأفعال المجرمة⁽⁴⁾.

(1): عبد الله فاسي، المركز القانوني القاصر في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 100-101.

(2) الأمر رقم 66-156، المرجع السابق.

(3) عبد الله الفاسي، المرجع السابق ص 102.

(4) المرجع نفسه.

إذن من خلال نص م 326 ق ع ج المذكورة أعلاه، فإنه في حالة وقوع اعتداء على فتاة لم تبلغ سن أهلية الزواج، فإنه يتم تزويجها بالمتعدي، إما بقصد ستر فضيحة الفعل الجرمي، وإما من أجل تخفيف العقاب على المتعدي أو إفلاته منه، لكن زواجها من خاطفها أو مبعدها في هذه الحالة لا يمكن أن يتم وهي في سن أقل من 18 سنة من عمرها، إلا إذا استطاعت أن تحصل على إذن من القاضي المختص سواء يطلب منها مباشرة أو بواسطة وليها (1).

والسؤال الذي يطرح في هذه الحالة، هل يجوز للقاضي المختص أن يمنح الفتاة ضحية الاغتصاب إعفاء من سن القانونية للزواج استنادا إلى ما يسميه المشرع بالمصلحة أو الضرورة ليتمكنها من الزواج بعدوها ومغتصبها، ويمكنه هو من الاستفادة من تخفيف العقاب أو الإفلات منه؟

ويجيب الدكتور سعد عبد العزيز أنه لا نرى أن إعفاء الفتاة التي وقع عليها الاغتصاب من السن القانوني للزواج يخدم مصلحتها أو أن الفعل الجرمي هو ضرورة تسمح بإعفاء الضحية من سن الزواج، خاصة إذا علمنا أن هذا الزواج سوف لن يكون الهدف منه هو بناء أسرة متحابة وإقامة حياة زوجية حقيقية بقدر ما يكون زواجا صوريا وشكليا فيه نوع من الإكراه وينقصه الرضاء الحقيقي للزوجين، وهدفه هو ستر فضيحة العمل الجرمي أو استفادة المعتدي من عقوبة مخففة أو إفلاته منها نهائيا، ومن ثم يترك الزوجة مهملة وينتظر الفرصة المواتية ويرفع دعوى أمام القضاء بقصد طلاقها والتخلص منها (2).

وفي نفس السياق ذهب الدكتور جيلالي تشوار، حيث يرى أنه واحتراما للمبادئ القانونية والأحكام الشرعية، فالإجابة لا تكون هنا إلا بالنفي، فلا يمكن إعفاء الفتاة التي وقع عليها الاغتصاب من السن القانونية للزواج، خاصة وأن الواقع العملي يؤكد لنا أن مثل هذا الزواج فما الهدف منه بناء أسرة أساسها المودة والرحمة وإحسان الزوجين، بقدر ما هو زواج صوري،

(1): سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 100.

(2): المرجع نفسه، ص 101.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

كما أن منح الترخيص بالزواج في هذه الحالة يقضي أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به حقيقة، وهو يتنافى مع رضائية الزواج (1).

ولابد من الإشارة في هذا الصدد إلى خطأ شائع كثيرا - ما كان ليقع فيه قضاة الحكم وقضاة النيابة - وهو تطبيق أحكام م 326 ق ع ج المتعلقة بجرائم اختطاف و إبعاد القاصرين على جرائم الاغتصاب المرتكبة على إثر عملية اختطاف والإبعاد أو المرتكبة دون ذلك، حيث يسمحون بزواج المجرم بمن اختطفها واغتصبها، وبعدها يستفيد من الإعفاء من المتابعة والعقاب، رغم أن عناصر الجريمة المعاقب عليها بنص م 326 ق ع ج تتضمن فعل الاختطاف أو الإبعاد دون اقترانه بفعل جنسي ضد الضحية، وإلا أصبح هناك جريمتين، وهما جريمة الاختطاف أو الإبعاد والاغتصاب، وتطبق عليهما بذلك أحكام م 33 ق ع ج المتعلقة بتعدد الجرائم المرتكبة معا في وقت واحد أو في أوقات متتالية (2).

وكان من الأحسن لو أن المشرع الجزائري في هذه المسألة اتبع المشرع المغربي الذي وافق على مقترح قانون يمنع زواج القاصرة من مغتصبها، وذلك استجابة لأهم مطالب الحركة النسائية، وتم إجراء تعديل على القانون الجنائي المغربي بما يضمن حماية للأطفال القصر الذين يكونون ضحايا اعتداء جنسي عقب عملية التعزير أو الاختطاف الذين يتعرضون له، وجاءت هذه الاستجابة من وزارة العدل بعد النقشات الحادة التي عرفتھا الساحة الوطنية وخاصة بعد انتحار الفتاة القاصر أمينة الفيلاي التي تم تزويجها قصرا من مغتصبها (3).

إذن نلاحظ أن المشرع قيد منح الترخيص بالزواج بالنسبة القاصر بما تطلبه المصلحة، ولم يقدر الضرورة بقدرها، كما أنه لم يحدد المعيار الذي يمكن اعتماده لتحديدھا وترك في ذلك للقاضي وفقا لسلطته التقديرية، وهذا الموقف صائب إلى حد بعيد نظرا لأن المصلحة تختلف

(1): جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم

القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، ع04، 1999، ص80-81.

(2): سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص101.

(3): نجاة قروز، السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر، المرجع السابق، ص64.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

من مجتمع إلى آخر بل ويختلف من زمن لآخر، فما يعتبر اليوم من الضروريات قد لا يعتبر كذلك لدى شخص آخر، وما يراه القاضي ضرورة أو مصلحة قد لا يراه كذلك قاضي آخر. إن الضرورة والمصلحة كمعيارين لمنح الإذن بالزواج غير مجديتين ما لم يكن طالب هذا الإذن قادر على مواجهة الحياة الزوجية قدرة جسدية ونفسية، لأن العجز يعيق استمرار الحياة الزوجية، سواء كان من الزوج أو من الزوجة، بدليل أن المشرع قد أجاز للزوجة طلب التطلق من الزوج متى اعتراه عيب يحول دون الغاية من الزواج، لذلك اشترط المشرع القدرة في طلب الإذن بالزواج،⁽¹⁾ وهو ما سنتناوله في العنصر الآتي بيانه.

ثالثا: القدرة على الزواج

تعتبر القدرة أساسا لكل التصرفات، لأنه لا يمكن لشخص ما أن يلزم بالقيام بتصرف معين مع انتفاء قدرته على تنفيذ الالتزام، ومن ضمن التصرفات ممارسة الحياة الزوجية التي تستوجب بالضرورة على طرفي العلاقة الزوجية توافر القدرة لديهما، لأنها مناط تحقيق المصلحة من الزوج للزوجة والعكس، وعليه فالعجز يتعارض مع هذه المصالح، ولأجل ذلك فقد اشترط المشرع الجزائري عنصر القدرة على الزواج في منح الترخيص القضائي بزواج القاصر. وهذه القدرة ترجمتها الشريعة الإسلامية بالبلوغ، بحيث يتأكد القاضي من قدرة القاصر سواء تعلق الأمر بالقدرة الفسيولوجية أو الجسمية أو حتى الاقتصادية، إذ ينظر في جميع الجوانب والنواحي، وحيث أن الزواج تترتب عليه حقوق والتزامات، فالقاضي ينظر هل فعلا أن هذا القاصر قادر على تحمل أعباء ما ينتجه هذا العقد، كالقدرة على النفقة والسكن وغيرها أم لا⁽²⁾.

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

(1): عبد الله الفاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص102.

(2): ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص78.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

ومن بين الوثائق المشكلة لملف طلب الترخيص بالزواج، الشهادة الطبية التي يحررها طبيب عام يثبت فيها القدرة الجسدية للقاصرة على مباشرة أعمال البيت وخدمة الزوج، أما إذا كانت القاصرة ذات بنية جسدية لا تؤهلها لأشغال البيت وخدمة الزوج، فإن الطبيب لا يمكن له الإشهاد على الكفاءة الجسدية لها (1).

وقد تناولت م 07 مكرر ق أ ج الشهادة الطبية بنصها على أنه "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمها بما قد تكتشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم" (2).

من خلال نص هذه المادة فالمشرع اشترط شهادة طبية (3)، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلو طالبي الزواج من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، وسواء كان طالبي الزواج قد بلغوا السن القانوني للزواج أم لم يبلغوها، فهذه الشهادة قد أضافت بمجيئها حلقة كانت مفقودة في ظل قانون رقم 84-11، والتي تتمثل في قدرة الطرفين على الزواج. وفي إطار هذا تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

(1): عبد الله الفاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص103.

(2): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(3): أنظر الملحق رقم (01).

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

فالمشرع قد اشترط هذه الشهادة حتى يعلم الطرف الآخر في عقد الزواج بما قد يكون بالمقبل على الارتباط به من أمراض أو عوامل أخرى قد تؤثر على حياتهما بعد الزواج، والقاضي هو من يقرر قدرة طالبي الزواج، ممن لم يبلغوا سن 19 سنة.

حيث أنه لا يمنحهم رخصة إبرام عقد الزواج، إلا إذا ثبت له قدرة كل من الفتى والفتاة على تحمل أعباء الزواج، وما يترتب عليه من آثار، كالقدرة على الإنفاق والإسكان والولادة وغيرها، وهذا يعني أن القاضي المختص الذي يمنح رخصة الإعفاء من الزواج، لا يجوز له أن يمنحها مجانا أو مجاملة، لأن ذلك مقيد بالتحقق قبل ذلك من إثبات صغر السن، ومن توفر المصلحة أو الضرورة، ومن قدرة كل من الفتى والفتاة على الزواج وتوابعه (1).

الفرع الثاني: إجراءات منح الترخيص بالزواج

بعد أن تطرقنا إلى معايير منح الترخيص القضائي بزواج القاصر وما للقاضي من سلطة تقديرية واسعة في ذلك، نحاول الآن أن نتطرق من خلال هذا العنصر إلى إجراءات منح هذا الترخيص، والتي أشار إلى البعض منها قانون الإجراءات المدنية والادارية، أما البعض منها فقد لمسناه من الواقع العملي في المجال القضائي لانعدام نص صريح بذلك.

أولاً: القاضي المختص بمنح الترخيص بالزواج

إن الإقرار للقاضي بمنحه الإذن بالزواج للقاصر لا يثير أي إشكال في حد ذاته، مادام أن القانون نص على ذلك صراحة، لكن الإشكال يثور في عدم تحديد القاضي المختص بمنح هذا الترخيص، هل يرجع الأمر إلى قاضي شؤون الأسرة أم إلى رئيس المحكمة؟ وفي هذا الصدد ظهر اتجاهين، فيذهب بعضهم ومنهم الدكتور جيلالي تشوار للقول بأن الواقع العملي يوكل هذا الاختصاص لرئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالسلطة أو الأوامر الرئاسية، لكن المنطق يقضي بأن يوكل الأمر لقاضي الأحوال الشخصية لدرايته وخبرته في هذا المجال، مستعينا في ذلك بآراء المختصين من الأطباء المؤكدة على قدرة المأذون له على

(1): سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 26-27.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

تحمل الاعباء الجسمانية والنفسية للزواج، وكذا قدرته على التصرف في الأمور، وعليه يمكن القول أن القاضي الذي قصده المشرع في هذه المادة هو قاضي الأحوال الشخصية، وهو ما نفهمه عند تصفحنا للمواد 49، 63 (ملغاة)، 79 من قانون الأسرة إذا قمنا بتفسير النصوص بالنصوص⁽¹⁾.

في حين يذهب البعض الآخر إلى أن منح الترخيص أو الإذن القضائي هو من اختصاص رئيس المحكمة، لأن ذلك يحقق الغاية والمصلحة التي من أجلها وضع هذا الترخيص، لما تكون له سرعة في تحقيق مصلحة مستعجلة، وربما لو لم تتحقق هذه المصلحة لحدث ضرر بأحد الطرفين اللذين يريدان الزواج أو بكلاهما، وردا على هذا الاتجاه الأول، فإنه قد يكون رئيس المحكمة هو نفسه قاضي شؤون الأسرة⁽²⁾.

أما عن رأينا الشخصي في هذه المسألة، فنرى أن القاضي الذي قصده المشرع في نص م 07 ق أ ج هو قاضي شؤون الأسرة، وهو ما تؤكد م 01/423 ق إ ج م إ بنصها على أنه "ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوي الآتية:

1- الدعاوي المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة..."، وكذا نص م 424 ق إ ج م إ بنصها على أنه "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"، وكذا نص م 480 ق إ ج م إ بنصها على أنه "يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا"⁽³⁾.

(1): جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 77.

(2): نجاة قروز، السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر، المرجع السابق، ص 59.

(3): القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ع 21، الصادر في 2008/04/23.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

وهو ذات الأمر الذي رأيناه من خلال تربصنا الميداني، حيث أكد لنا الأستاذ المحامي رامي بوكري⁽¹⁾، بأن قاضي شؤون الأسرة هو المختص بمنح الترخيص القضائي بزواج القصر من الناحية العملية.

إذن تبدو أهمية هذا الاختصاص واضحة هنا إذ أن المسألة ليست فقط كما يعتقدونها البعض مسألة متصلة اتصالا وثيقا بالسلطات المخولة لرئيس المحكمة، بل إنها تثير مشكلة اجتماعية وأن حلها لا يتم حماية لحقوق الطفل، إلا إذا كان المختص بفضها عالما وعارفا بكل المعطيات المتصلة بها مستعملا في ذلك خبرته الميدانية، أي أن يكون ملم بكل المعايير المحددة لمصلحة الشخص القاصر المقبل على الزواج، والذي يكون بحاجة ماسة لذلك الإذن⁽²⁾، وعليه يجب أن يكون قاضي شؤون الأسرة هو المختص بمنح الترخيص بالزواج قبل بلوغ السن القانونية.

أما عن الاختصاص الإقليمي فقد حددته م 07/426 ق إ ج م إ بنصها على أنه "تكون المحكمة المختصة إقليميا: ...7- في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص..."⁽³⁾. ولا ننسى في هذا الصدد الإشارة إلى مدى دور وكيل الجمهورية في منح الإذن بالزواج، فبالعودة إلى قانون 02 ماي 1930، المتعلق بتحديد سن الزواج بين سكان منطقة القبائل نجد أنه لم يمنح لوكيل الجمهورية دورا معيناً للمراقبة أو المساهمة في منح الإعفاء من السن القانوني للزواج، ونفس الأمر نلاحظه في نص م 05 من القانون رقم 59-274 المتعلق بعبود الزواج، التي يبرمها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية في ولايات الجزائر والساورة والواحات، حيث أنها لم تمنح لوكيل الجمهورية أي دور في إصدار هذا الإعفاء، وإنما منحه لرئيس المحكمة الابتدائية متى رأى أن هناك أسباب خطيرة⁽⁴⁾.

(1): محامي معتمد لدى مجلس قضاء جيجل.

(2): جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، ع 01، 2000، ص 22-23.

(3): القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

(4): سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 102.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

لكن بالرجوع إلى نص م 02/01 من القانون رقم 63-224، فإننا نجد أنها منحت وكيل الجمهورية دورا في مجال الإعفاء من السن القانونية للزواج، وقضت بأنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفي الزوجين من شرط السن إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة وبعد أخذ رأي وكيل الجمهورية.

أما نص م 07 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة والمعدل بموجب الأمر رقم 05-02، فنجد أنها قد منحت سلطة إصدار هذا الإعفاء للقاضي المختص متى توفرت المصلحة أو الضرورة وثبتت قدرة الطرفين على الزواج، دون أن تعطي لوكيل الجمهورية أي دور في هذا المجال.

وفي هذا الصدد يرى الدكتور سعد عبد العزيز أنه كان ينبغي أن يبقى لوكيل الجمهورية دوره، حتى يتمكن من الاطلاع على بعض حالات طلب الإعفاء التي يمكن أن يكون الدافع إليها إخفاء فعل جرمي أو تكون المصلحة أو الضرورة غير متوفرة، كما أن منح هذه الرخصة لإمكانية إبرام عقد الزواج، يدخل ضمن المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وبالنظام العام مما يستوجب اطلاع النيابة العامة وتدخلها عند اللزوم⁽¹⁾.

وخاصة وأن نص م 03 مكرر ق أ ج يعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع قضايا الأسرة، بنصه على أنه "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"⁽²⁾.

ثانيا: شكليات منح الترخيص بالزواج

من خلال اتصالنا بالأستاذ المحامي رامي بوكري⁽³⁾ فقد أكد لنا أن صدور أمر بالترخيص بزواج القاصر أو أمر برفضه يكون وفقا لشروط وشكليات لا بد من اتباعها، فتبدأ بتقديم طلب لرئيس قسم شؤون الأسرة، إما من طرف المحامي باعتباره وكيلًا عن القاصر في شكل عريضة

(1): سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 102.

(2): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(3): محامي معتمد لدى مجلس قضاء جيجل.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

موقعة ومؤرخة ومستوفية لكامل الشروط القانونية، أو طرف ولي القاصر المراد تزويجه ومصادق عليه من طرف البلدية (1).

هذا الطلب يقدم في ملف الإعفاء من شرط السن القانوني للزواج مصحوبا بالوثائق

التالية:

- عقد ميلاد الزوجة والزوج من السجل الأصلي؛
 - عقد ميلاد الأب من السجل الأصلي؛
 - عقد ميلاد الأم من السجل الأصلي؛
 - عقد زواج الوالدين من السجل الأصلي؛
 - بطاقة إقامة ولي الزوجة؛
 - شهادة طبية، ولا يشترط فيها أن تكون من طبيب مختص، يكفي أن تكون من طبيب عام، لكن من الأحسن أن يكون يعمل لدى مؤسسة استشفائية عمومية؛
 - صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية للزوجين وولي القاصر، مصادق عليها من طرف البلدية؛
 - طابع جبائي بقيمة 1500+20 دج
- بعد المصادقة على الطلب وإيداعه مع الملف لدى أمانة ضبط المحكمة يقوم رئيس قسم شؤون الأسرة بدراسة الملف مبدئيا، ويحدد تاريخ للجلسة ويبلغ الأطراف، وهنا يجوز للطرف الآخر الدعوى، أي من يريد الزواج بالقاصر أن يقدم مذكرة جوابية بأنه يريد الزواج من هذه القاصرة، مع تقديمه الأسباب التي دفعته لهذا الزواج.

ويمكن هنا لرئيس الجلسة ولما له من سلطة تقديرية في هذا المجال، أن يفتح تحقيق بسماع الأطراف أي القاصرة ووليها ومن يريد الزواج بها، وولي الزوج في حالة كونه هو الآخر قاصرا، فيطرح أسئلة على القاصرة مثلا، هل بالفعل تريد الزواج بهذا الشخص؟، كما يوجه أسئلة لوليها، هل فعلا موافق على زواج ابنته؟، ونفس الشيء بالنسبة للطرف الآخر، وللقاضي

(1): أنظر الملحق رقم (02).

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

في إطار سلطته التقديرية الواسعة، أن ينفرد بهذه القاصرة ويوجه لها أسئلة لمعرفة ما إذا كانت مكرهة على هذا الزواج أم أنها مقبلة عليه بكامل ارادتها، كما يتأكد أيضا من مدى قدرتها على تحمل تبعات الزواج، من خلال بنيتها الفيزيولوجية مثلا.

ويضيف الأستاذ المحامي، أن ولي القاصر قد يكون هو الأب أو الأم، وقد يكون هو الكفيل إذا كان هذا القاصر أو القاصرة مكفولين في إطار عقد كفالة، وبعد أن يجري القاضي تحقيقه، ويتأكد من توافر المصلحة أو الضرورة ويثبت قدرة الطرفين على الزواج يصدر أمرا ولائيا بالترخيص للقاصر بالزواج، وإذا ثبت له خلاف ذلك يصدر أمره برفض الترخيص بالزواج⁽¹⁾.

بعد إصدار أمر بالترخيص فإنه يمنح للمعني بالإعفاء من سن أهلية الزواج، ويتعين على من يتولى تزويج الفتى أو الفتاة القاصرين أن يحتفظ بنسخة من هذه الرخصة، ليستظهر بها أمام الموثق أو الموظف المؤهل لتحرير عقود الزواج، ويسلمها إياه قبل الشروع في مباشرة إجراءات إبرام العقد وتحريره، ويتعين من جهة أخرى على هذا الموثق أو ضابط الحالة المدنية المعني بتحرير عقد الزواج، أن يشير في العقد إلى هذه الرخصة، وأن يضمها إلى أصل العقد المسجل في سجل عقود الزواج بسجلات الحالة المدنية⁽²⁾.

ويعتبر ترخيص القاضي في هذا الموضوع باتا وغير قابل لأي طعن، فهو عمل ولائي، لا يقبل الطعن بأي وجه من الأوجه، حيث نجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض لإمكانية الطعن في الترخيص من عدمه بنص صريح، كما أنه لم يحدد إجراءات الطعن وشروطه، وهذا قصور تشريعي ينبغي على المشرع تداركه⁽³⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فنجد أنه تناول مسألة الإذن بالزواج في نص م 20 م أ م على أنه "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية

(1): أنظر الملحق رقم (03) والملحق رقم (04).

(2): سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 27.

(3): العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 163.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي. مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن". وكذا م 21 م أم بنصها على أنه "زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي. تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد. إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بث قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع"⁽¹⁾.

إذن نلاحظ من خلال هاتين المادتين أن لقاضي الأسرة أن يمنح ترخيص بالزواج لمن لم يبلغ سن الرشد القانوني من الزوجين بناء على مقرر معلل مبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد سماع أبوي القاصر ونائبه الشرعي، مع الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، حيث تعتبر الشهادة الطبية هنا أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي في منح الترخيص بالزواج، وكذا البحث الاجتماعي كما أن هذا الترخيص لا يقبل الطعن بأي وجه.

كما انه يشترط موافقة النائب الشرعي على هذا الزواج، باعتباره الأدرى بمصلحة من هو تحت نيابته من القاضي نفسه، حيث تتخذ هذه الموافقة عدة صور، كالتوقيع مع القاصر على طلب الإذن بالزواج، وحضوره عملية إبرام العقد أمام العدلين، أو الإدلاء بوثيقة مكتوبة تعبر عن موافقته على الزواج، لكن إذا امتنع النائب الشرعي عن تقديم طلب الترخيص بالزواج إما نعتنا منه أو لسبب معقول، فيتم تقديمه عندها من القاصر نفسه، ويبقى الفصل لقاضي الأسرة الكلف بالزواج، مع تعليله الموقف الذي يتخذه في هذا الشأن⁽²⁾.

ثالثا: الحد الأدنى لمنح الترخيص بالزواج

يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يسع إلى تحديد السن الأدنى في حالة الإذن بالزواج، حيث أعطى بموجب المادة 07 ق أ ج سلطة تقديرية مطلقة للقاضي بشأن الإذن، مما يجعل

(1): القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

(2): أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 52.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

من حكمه المطلق هذا عاملاً مساعداً في خلق تلك الحالة، ألا وهي حالة زواج الصغار، وخاصة إذا علمنا أن المادة 222 ق أ ج تحيل القاضي عند انتفاء النص التشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

لكن كان من الأحسن على المشرع الجزائري أن يسلك الطريق نفسه الذي سلكته بعض التشريعات العربية في هذه المسألة، ومنها المشرع السوري والذي حدد الأدنى لسن الزواج بـ 15 سنة للذكر و13 سنة للإنتى⁽²⁾، وهو ما أكدته المادة 01/18 ق أ ش س بنصها على أنه "1- إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلبوا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعوتهما واحتمال جسميها..."⁽³⁾. وكذلك المشرع الأردني قد جعل للقاضي من باب السلطة التقديرية أن يمنح الإذن بالزواج لمن لم يكمل 18 سنة، شريطة أن يكمل 15 سنة من العمر، وكان له مصلحة في هذا الزواج⁽⁴⁾.

وهو ما أكدته المادة 05 ق أ ش أ المعدلة بنصها على أنه "يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين، وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة سنة شمسية، إلا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن إذا كان قد أكمل الخامسة عشرة من عمره وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية"⁽⁵⁾.

إذن تبقى مسألة تحديد الحد الأدنى لمنح الترخيص بالنسبة للمشرع الجزائري تشكل فراغاً تشريعياً يوقع القاضي في حيرة من أمره، لكن رغم ذلك تبقى له مطلق السلطة التقديرية في تحديد هذا الحد الأدنى، فمنهم من يرى أنه من الأحسن أن يقل بسنة أو سنتين عن السن

(1): جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المرجع السابق، ص 23.

(2): أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 54.

(3): قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07، المرجع السابق.

(4): أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 55.

(5): قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976، المرجع السابق.

القانوني للزواج⁽¹⁾، ومنهم من يربط هذا الحد بسن التمييز في القانون الجزائري، وهو 13 سنة طبقاً لنص المادة 42 ق م ج كما سبق بيانه، حيث أنه لا يجوز للقاضي النزول عنه عند منحه الإذن بزواج القاصر⁽²⁾.

الفرع الثالث: أساليب مخالفة الترخيص بالزواج

نظراً للثغرات التي يحتويها قانون الأسرة الجزائري، فإن مسألة مخالفة الترخيص القضائي بالزواج ليست بالأمر الصعب لمن يريد ذلك، وهذا لوجود أساليب لهذه المخالفة، تتمثل أساساً في الزواج غير المسجل وإخفاء الأهلية.

أولاً: الزواج غير المسجل

لقد نص المشرع الجزائري على الزواج غير المسجل أو ما يعرف بالزواج العرفي عند المصريين في قانون الأسرة وللتعرف عليه أكثر سنحاول التطرق إلى تعريفه ودواعي اللجوء إليه وطبيعته القانونية.

1_ تعريف الزواج غير المسجل: عرف بعض الفقه الزواج العرفي أو غير المسجل بأنه: اقتران رجل بامرأة من غير عقد، أو بعقد لم تتوفر فيه شروطه، فإن هذا لا يعد عقداً، أو هو عقد باطل، وأكثر ما يطلق مصطلح الزواج العرفي على عقد لم يسجل في المحكمة الشرعية، ولم تصدر فيه وثيقة زواج⁽³⁾.

والزواج غير المسجل نوعان، نوع يكون مستوفي للأركان والشروط، ويكون عقد صحيح يحل به التمتع وتتقرر به الحقوق للطرفين والأولاد، ونوع لا يكون مستوفياً للشروط، وفيه صورتان، صورة يكتفي فيها بتراضي الطرفين، وصورة يكون العقد فيها لمدة معينة، وكلاهما باطل باتفاق أهل السنة⁽⁴⁾.

(1): أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 54.

(2): ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 79.

(3): عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص 175.

(4): عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي: المشكلة والحل، د. ط، دار الروضة، القاهرة، د. س. ن، ص 38.

أما في قانون الأسرة الجزائري، فقد نص المشرع على الزواج غير المسجل ضمنياً من خلال نص المادة 22 ق أ ج، والتي جاء فيها ما يلي: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"⁽¹⁾.

لقد أشارت هذه المادة إلى نوعين من عقود الزواج، عقد زواج مسجل تسجيلاً رسمياً يقتضي إثباته بمستخرج من سجلات الحالة المدنية التي تسجل بها تلقائياً بعد إبرام العقد، أما الثاني فهو عقد الزواج غير المسجل إطلاقاً، حيث أبرم بغياب الموثق أو الموظف المؤهل قانوناً، رغم توافر ركن الرضا وبقية الشروط والتي قد يلجأ إليها بعض الأولياء في حق أبنائهم القصر وخاصة في العالم الريفي.

2_ دواعي اللجوء إلى الزواج غير المسجل: الباعث إلى ذلك هو التهرب من الشروط القانونية التي ترمي عموماً إلى حماية القصر في مسائل الزواج، أما ممارسة الزواج غير المسجل فيكون عادة لأسباب منها، تعدد الزوجات، تزويج مجهولي الهوية، أو تزويج القصر، فقد يرغب القاصر أو القاصرة في الزواج إما لتحقيق رغبة أو ضرورة كستر عار، فيضطر الأولياء إلى مثل هذا الزواج استجابة لهذه الضرورة، وأحياناً يقدم الأولياء أنفسهم على تزويج أبنائهم القصر لأغراض شخصية فيتم إبرام العقد متبوع بدخول مباشرة أو مؤجل⁽²⁾.

3_ الطبيعة القانونية للزواج غير المسجل: لقد اعتبره القانون زواجا صحيحاً متى استوفى ركن الرضا وبقية الشروط، بدليل أنه أجاز تسجيله بحكم قضائي لأنه عقد غير رسمي⁽³⁾، وقد نصت المادة 18 ق أ ج على أنه "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون"⁽⁴⁾، وقد وقع المشرع في تناقض، بحيث أن المادة 18 ق أ ج السالفة الذكر جعلت إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو

(1): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(2): عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 112.

(3): العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 281.

(4): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

ضابط الحالة المدنية أمرا قانونيا لتمام العقد بوثيقة، غير أنه تراجع في الفقرة الثانية من نص المادة 06 ق أ ج والتي جاء فيها أنه "...غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون"⁽¹⁾، ليفتح بذلك ثغرة تشريعية كبيرة يجيز من خلالها إبرام الزواج صحيحا شرعا مرتبا لكافة آثاره.

وقد وضع المشرع هذه القيود والشروط القانونية لتحقيق غايات اجتماعية أساسية منها: أ_ حفظ الزوجين وحماية مصالحهما من العبث وتجاهد الأولاد ودفع المظنة عن الزوجين. ب_ منع ذوي النوايا السيئة من رفع دعاوي الزوجية أمام القضاء زورا وبهتانا. وعليه فشرط السن يعد جوهريا في عقد الزواج، غير أن القانون منح للقاضي إعفاء القاصر من هذا الشرط، وعليه فالزواج العرفي للقاصر رغم صحته يعتبر زواجا شرعيا في نظر القانون متى توافر فيه الرضا وبقية الشروط غير أنه تنتفي فيه الرسمية⁽²⁾.

ثانيا: إخفاء الأهلية

قد يسعى القاصر أو القاصرة عند إبرام عقد الزواج إلى إخفاء أهليته بادعائه الرشد، أو يتواطأ مع الموثق أو الكاتب العمومي في شأن ذلك، ففي الحالة الأولى تدعي القاصرة بلوغها سن الزواج وخاصة إذا كانت بنيتها الجسدية تؤيد ذلك وأثبتت ذلك بعقد ميلاد مزور، فيجوز للولي إن لم يكن على علم بذلك، طلب إبطال عقد الزواج طالما أن موليته لا زالت قاصرة، أما في الحالة الثانية فالموثق أو الموظف المؤهل ينزل عند رغبة القاصر ويتواطأ معه لتحريير عقد الزواج، الأمر الذي اعتبره المشرع مخالفة⁽³⁾.

(1): الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(2): عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 112-113.

(3): المرجع نفسه، ص 114.

الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج

وهذا ما نجده في نص المادة 77 ق ح م بنصها على أنه "يعاقب القاضي الشرعي أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 441 المقطع الأول من قانون العقوبات. دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، يتعرض ضابط لحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل، إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما"⁽¹⁾.

وتنص المادة 01/441 ق ع ج على أنه "يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين:

1- ضابط الحالة المدنية الذي يقيد وثيقة للحالة المدنية في ورقة عادية مفردة وفي غير السجلات المعدة لذلك، والذي لا يتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا اشترط القانون هذه الموافقة لصحة الزواج، والذي يتلقى عقد زواج امرأة سبق زواجها وذلك قبل مضي الميعاد الذي حدده القانون المدني.

وتطبق أحكام هذه الفقرة حتى ولو لم يطلب بطلان وثائق الحالة المدنية أو لزوال البطلان..."⁽²⁾.

إذن نلاحظ أن مخالفة الترخيص بالزواج تكون إما بالزواج غير المسجل أو بإخفاء الأهلية.

(1): الأمر رقم 70-20، المرجع السابق.

(2): الأمر رقم 66-156، المرجع السابق.

خلاصة الفصل:

إن من خلال هذا الفصل خلصنا إلى أن الأهلية تتأثر بعدة عوارض منها المعدمة للأهلية كالجنون والعتة، ومنها المنقصة للأهلية كالسفه والغفلة، وكلاهما يصيب العقل ويحدث اختلال فيه، وقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية زواج المصاب بإعاقة ذهنية سواء كان المجنون أو المعتوه أو السفیه إذا كان في زواجه هذا شفاء له من تلك العاهة، وهو الأمر الذي أغفله المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة بخلاف التشريعات المقارنة التي نصت عليه صراحة، أما عن موانع الأهلية فلا تؤثر على العقل بل أنها تحول فقط دون صدور التصرفات القانونية التي لها علاقة بالالتزامات بما يعني إمكانية إبرام عقد زواج يكون صحيحا، وقد لاحظنا بأن القاضي في هذه الحالة تكون له سلطة تقديرية واسعة في منح الترخيص بالزواج من عدمه، وذلك بالنظر إلى مدى توافر المصلحة والضرورة ومدى قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج ومسئوليته، ولكن تبقى بعض الإجراءات كما هو الحال بالنسبة للقاضي المختص بمنح هذا الترخيص والحد الأدنى لمنحه وكذا الجزاء المترتب على مخالفته تشكل فراغ قانوني لعدم وجود نص قانوني صريح يعالج مثل هذه المسائل، الأمر الذي فتح الباب أمام الأولياء للجوء إلى أساليب لمخالفة هذا الترخيص عن طريق ما يعرف بالزواج العرفي وكذا إخفاء الأهلية.

خاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع لاحظنا بأن أحكام الأهلية بصفة عامة كانت متفرقة بين القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري، مما أدى إلى خلق نوع من التعارض أو ما يعرف بالفراغ التشريعي بينهما، فمثلا نجد المشرع عند تنظيمه لموضوع تصرفات الصبي المميز، قد أخذ بنظرية العقد القابل للإبطال في القانون المدني، بينما أخذ بنظرية العقد الموقوف في قانون الأسرة، كما نجد أيضا أن القانون المدني اعتبر السفه ناقص الأهلية وألحقه بالصبي المميز من حيث تصرفاته، بينما قانون الأسرة اعتبره عديم الأهلية وألحقه بالصبي غير المميز، واعتبر تصرفاته غير نافذة.

وتعتبر الأهلية في الزواج شرطا من شروط انعقاده، طبقا لنص م 09 مكرر ق أ ج، ويترتب على تخلفها بطلان عقد الزواج، ومن خلال دراستنا لها في القانون الجزائري مع إجراء مقارنة مع بعض القوانين الوضعية توصلنا إلى النتائج التالية:

1- أن المشرع قد حدد سن أهلية الزواج، وجعلها موحدة بين الجنسين، وهي 19 سنة كاملة، وذلك من خلال نص 07 ق أ ج، وبذلك يكون قد وحد بين سن الرشد المدني وسن الزواج، في حين أن أغلب القوانين المقارنة حددتها ب 18 سنة تماشيا مع ما جاء في الاتفاقيات الدولية.

2- أن الفقه الإسلامي لم يحدّد سن معينة للزواج، وإنما ربطها بالبلوغ الجنسي، والذي يكون بأمارات طبيعية، قد تكون مشتركة بين الذكر والأنثى كالاختلام والإنبات، وقد تكون خاصة بالأنثى فقط كالحيض والحمل، خلافا للشرائع المسيحية واليهودية التي حددت أهلية الزواج بسن معينة لكل من الذكر والأنثى، باعتبار أن الزواج من المقدسات عندهم.

3- لم يحدد المشرع الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، مما أدى إلى ظهور خلاف فقهي حول مدى سريان نصوص القانون رقم 63-224 من عدم سريانها، خلافا للقوانين المقارنة التي كان رأيها صريح في هذه المسألة.

4- لم يجرّ المشرع الجزائري زواج الصغار، بينما اختلفت الآراء الفقهية في ذلك، بين مجيز وغير مجيز، وتفريق بين زواج الصغير والصغيرة، وربما ذلك راجع للأثار الصحية والنفسية التي تعود على الأم القاصرة وجنينها.

5- لم يتعرض المشرع الجزائري إلى حكم زواج المجنون والمعتوه والسفيه، وبالتالي يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة والإسلامية بحكم نص م 222 ق أ ج، خلاف للمشرع المغربي والأردني والكويتي الذين نصّوا على ذلك صراحة، وذلك بإجازة هذا الزواج إذا كان فيه شفاء لهم.

6- أن الولاية على المرأة البالغة ليس الهدف منها قهرها والتحكم فيها، بل هو توسيع لدائرة الشورى للوصول إلى الاختيار الأحسن واطمئنان الأولياء على مصير بناتهم.

7- أن المشرع قد أخذ بولاية الاختيار في تزويج القاصرة، إذ لا يمكن للولي أن يجبر من في ولايته على الزواج بمن لا تريده.

8- أقرّ المشرع استثناء على أهلية الزواج، يتمثل في إمكانية منح ترخيص قضائي بالزواج قبل بلوغ السن القانونية.

9- أقرّ المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتقدير مدى توافر المصلحة والضرورة، وذلك بالنظر للظروف المحيطة والأعراف السائدة في المنطقة، وكذا التأكد من قدرة الطرفين على الزواج بالاعتماد على الخبرة الطبية أساسا، خلافا للمشرع المغربي والذي يعتمد على البحث الاجتماعي في ذلك.

10- لم ينص المشرع الجزائري صراحة على الحد الأدنى لمنح الترخيص، وعلى الجزاء المترتب على مخالفة هذا الترخيص، خاصة في ظل سريان نص 22 ق أ ج، التي تقرّ بالزواج العرفي صراحة.

11- لم يتعرض قانون الأسرة صراحة إلى إمكانية الطعن في الإذن بالزواج من عدمه، خلافا لمدونة الأسرة المغربية التي نصت على ذلك صراحة، وبالتالي لا يكون هناك توحيد في العمل القضائي من الناحية الواقعية.

وتبعا لهذه النتائج نعرض الاقتراحات والتوصيات التالية:

1-إعادة صياغة نصوص قانون الأسرة، وخاصة نص 81 ونص م 85 منه، لإزالة التعارض بينه وبين القانون المدني، فيما يتعلق بالسفيه وذا الغفلة.

2-إعادة النظر في نص م07 ق أ ج وتعديله، من خلال إضافة النقاط التالية:

أ-اشتراط البلوغ والنضج الجسدي والعقلي لأهلية الزواج، وليس مجرد تحديد سن بصورة عشوائية، لاسيما وأن مستوى نضج الفتى والفتاة يختلف من بيئة لأخرى.

ب-النص على الجزاء المترتب على مخالفة السن القانونية للزواج.

ج-النص على زواج الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذا الغفلة.

د-تحديد الحد الأدنى لمنح الترخيص القضائي ب 16 سنة على الأقل.

هـ-تحديد القاضي المختص بمنح الترخيص القضائي بالزواج، وما مدى إمكانية الطعن في هذا الترخيص من عدمه.

و-النص على الجزاء المترتب على مخالفة الترخيص القضائي بالزواج.

3-وضع قواعد قانونية صارمة تقف حاجزا أمام ظاهرة الزواج العرفي، والتي أصبحت تنهش الأسر وتهدد كيانها، وذلك بانتشار ما يعرف بزواج القصر والقاصرات، ويتم مثلا تسجيل عقود زواج القصر والقاصرات فورا انعقادها لدى جهة رسمية وشرعية، ويحظر كل زواج يقع خلاف ذلك، ويتعرض مخالفوه لعقوبات مالية وجزائية، كما لا ننسى دور النيابة العامة عند تعاملها مع قضايا إثبات الزواج العرفي، فلا يجب أن يقتصر فقط على التماس تطبيق القانون، نظرا لتعلقه بحياة الأفراد.

4-ضرورة الاستعانة بالخبرة الطبية والبحث الاجتماعي كما فعل المشرع المغربي من خلال عرض القاصر أو القاصرة قبل الزواج على مساعدة اجتماعية لتوعيتهما قبل الإقدام على هذا الزواج، وينبغي أيضا الجمع بين الزوجين القاصرين قبل الزواج في عدة جلسات لبيان أوجه تقارب الوعي الفكري والاجتماعي بينهما.

5- إقامة ورشات عمل تخص مشاكل الزواج المبكر وخاصة زواج القاصرات، يشارك فيها باحثين متخصصين في علم الاجتماع وعلم النفس، ويكون هدفها معرفة الأسباب التي تساهم في نجاح هذا الزواج أو فشله، وهذا حفاظا على تماسك الأسرة.

6- محاولة التعرف على الظروف المحيطة بنشأة القصر وعائلاتهم، والتي أدت إلى تزايد ظاهرة زواج القصر، كحرمانهم من التعليم مما أثر سلبا على حياتهم الاجتماعية والاقتصادية، وبالتالي استحالة بناء أسرة متكاملة وتربية أجيال تطور من المجتمع لقلة الوعي الفكري لدى الزوجين القاصرين أو لأحدهما، فينجم عن ذلك تفكك أسري بعد الزواج.

7- على المشرع الجزائري أن يزيل الغموض الوارد في نص م 01/11 ق أ ج فيما يتعلق بولاية المرأة الراشدة في الزواج، ويسلك ما ذهب إليه المشرع المغربي في اعتبار الولاية حق للمرأة الراشدة تمارسها حسب اختيارها ومصحتها، ولها في ذلك أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها.

الملاحق

الملحق رقم (01)

نموذج

شهادة طبية ما قبل الزواج

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

أنا المضي أسفه الدكتور:

الاسم واللقب:

دكتور في الطب:

الممارس في:

العنوان:

أشهد أنني فحصت لغرض الزواج:

المولود(ة) في:

السكن (ب) :

بطاقة التعريف الوطنية رقم: الصادرة في ب

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

- فصيلة الدم (ABO + rhésus)

أصرح كذلك أنني:

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

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

حرر ب..... في.....

الملحق رقم (02)

جيجل في.../.../.....

السيد/..... ولي القاصرة.....

الساكن ب.....

إلى السيد/ رئيس قسم شؤون الأسرة

لدى محكمة جيجل

الموضوع: طلب أمر بالترخيص بالزواج

يشرفني أنا السيد وباعتباري ولي القاصرة المولودة ب ابنة

وابنة أن أتقدم الى سيادتكم بطلبي هذا والمتمثل في:

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

فاني أتقدم بطلب الترخيص لها بهذا القران من السيد المولود ب

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

القاصرة موافقة أيضا على هذا الزواج به.

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

الزواج.

- حيث أن ابنتي مستعدة وبكامل إرادتها للزواج منه.

لهذه الأسباب ولأجلها طلباتنا الأمر بالترخيص بزواج ابنتي القاصرة ابنة

المولودة ب بالسيد المولود ب

إمضاء المعني

الملحق رقم (03)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

أمر بالترخيص للزواج

مجلس قضاء: جيجل

محكمة: جيجل

رئيس قسم شؤون الأسرة

رقم الترتيب: 17/

نحن طراد حورية رئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة جيجل
بعد الاطلاع على طلب السيدة: في حق ابنتها القاصرة
السكنة بحرائن جيجل

المودع بتاريخ: 2017/04/20

المتضمن: طلب أمر بالترخيص للزواج

بعد الإطلاع على الطلب المقدم من طرف السيدة: باعتبارها والد القاصرة الساكنة بحرائن جيجل

المتضمن ترشيد ابنتها القاصرة من أجل الزواج .

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

نرخص :

للقاصرة :

المولودة في : 14/06/2000 بجيجل

ابنة علي

بالزواج من المسمى :

المولود في : 08/02/1989 بجيجل

ابن

و ذلك أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق .

مع القول بالرجوع إلينا في حالة وجود إشكال .

حرر بمكتبنا في : 23/04/2016

رئيس قسم شؤون الأسرة

الملحق رقم (04)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

أمر بالرفض ترخيص الزواج لقاصر

مجلس قضاء: جيجل
 محكمة: جيجل
 من قسم شؤون الأسرة
 رقم الترتيب: 17/

نحن دلول سهام رئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة جيجل

بعد الاطلاع على طلب السيدة):

المودع بتاريخ: 2017/02/09

المتضمن: أمر بالرفض ترخيص الزواج لقاصر

- بعد الاطلاع على طلب السيدة /

- الساكن ب: حي الزيرية جيجل -

- المتضمنة الترخيص لها بعقد زواج ابنتها:

- بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة .

- بعد سماع البت القاصر و التي صرحت بأنها توافق على الزواج .

- بعد سماع والدة القاصرة المدعوة : بصفتها الويلة الشرعية للبت القاصر كون والدتها

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

باستطاعتها الزواج و أن مخاطب ابنتها المسمى هو من أجبرها تحت التهديد على التقديم هذا

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

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

كدهان .

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

- و أنه للقاضي أن يرخّص بالزواج لمصلحة أو حرورية، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج .

. ونظرا لأن المحكمة ترى بأن البت ^{القاصرة} بالإضافة لصغر سنها فإنها جسديا أيضا صغيرة القوام

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

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

- فإن المحكمة و للأسباب المذكورة أعلاه ترفض منح رخصة الزواج لقاصر .

حرر بمكتبنا في : 12/02/2017

الرئيس

قائمة المراجع

*القرآن الكريم

*النصوص القانونية

أولاً: القوانين الوطنية

1. قانون رقم 30-323، بتاريخ 02 ماي 1930، يتعلق بالتصريح بالخطوبة و سن زواج القبائل.
2. قانون رقم 59-274، بتاريخ 04 فيفري 1959 خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون لأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر والوحدات والساورة، ج. ر 11/02/1959.
3. قانون رقم 63-224، بتاريخ 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج، ج. ر 2، يوليو 1963.
4. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج. ر، ع 49، الصادر في 11/06/1966، معدل ومتمم.
5. الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فيفري سنة 1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج. ر. ع 21، الصادر في 27/02/1970، معدل ومتمم.
6. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر. ع 78، الصادر في 30/09/1975، معدل ومتمم.
7. القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ع 24، الصادر في 12/09/1984.
8. الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ع 15، الصادر في 27/02/2005.

9. القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ع 21، الصادر في 2008/04/23.

ثانيا: القوانين المقارنة

10. القانون المدني المصري، الصادر في 16 جويلية 1948.

11. قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07.

12. أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشور بالرائد الرسمي التونسي، ع 66، الصادر في 17 أوت 1956.

13. قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976.

14. القانون المصري رقم 1 لسنة 2000 م بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

15. القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، ج. ر. ع 5184، بتاريخ 05 فيفري 2004.

16. قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، مجموعة التشريعات الكويتية، ج8، ط1، إصدار وزارة العدل، 2011 .

17. القانون المدني الفرنسي Code civil Version consolidée au 2 mars 2017.

ثالثا: الاتفاقيات الدولية

18. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948

19. اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج لسنة 1962.

20. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966.

21. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) لسنة 1979.

22. اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

23. التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشر (1994)، المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية.

*الكتب

-أ-

24. ابراهيم عبد الرحمان ابراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية: الزواج، الفرقة وحقوق الأقارب، ط1، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1999.

25. أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، د. ط، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968.

26. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار ابن كثير، دمشق، سوريا، 2002.

27. أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، د. ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1987.

28. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات: دراسة فقهية ونقدية مقارنة، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2010.

29. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.

30. أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ط1، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000.

-ب-

31. بدران أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، ط1، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1998.

-ج-

32. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

-خ-

33. خالد بوشمة، نظرية الأهلية في الفقه الاسلامي مع الاشارة إلى ما يقابلها في القانون الوضعي، د. ط، دار بغدادي، الجزائر، 2009.

-ر-

34. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

35. رمضان علي الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.

-س-

36. ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، د. ط، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011.

37. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، الجزائر، 1989.

38. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2010.

39. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري والأمر المعدل له، ط2، شركة الأصالة، الجزائر، 2012.

-ش-

40. شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.

-ع-

41. عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1979.
42. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، د. ط، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952.
43. عبد الفتاح كباره، الزواج المدني، دراسة مقارنة، ط1، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، 1994.
44. عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي: المشكلة والحل، د. ط، دار الروضة، القاهرة، د. س. ن.
45. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2007.
46. العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة، الجزائر، 2012.
47. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري: أحكام الزواج، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
48. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري: المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2014.
49. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الاسرار عن أصول فخر الاسلام، البزدوي، د. ط، دار الكتاب العربي، لبنان، 1974.
50. علي فيلالي، نظرية الحق، د. ط، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

51. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1997.

52. عيسى حداد، عقد الزواج: دراسة مقارنة، د. ط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.

-غ-

53. الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

-ف-

54. فوزي خميس وأرليت تابت، الحملة الوطنية لحماية القاصرات من الزواج المبكر، د. ط، معهد الدراسات النسائية في العالم العربي، بيروت، لبنان، 2014.

-م-

55. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1984.

56. محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة: الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة ونتائجها، ط7، د. د. ن، الدار البيضاء، المغرب، 2015.

57. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، نظرية الحق، د. ط، دار العلوم، الجزائر، 2006.

58. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2011.

59. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د. ط، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، 1973.

60. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.

61. محمد شكري سرور، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، د. ط، دار الفكر العربي، مصر، 1979.
62. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والارادة المنفردة، د. ط، دار الهدى، الجزائر، 2012.
63. محمد فخر شفقة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود: دراسة قانونية فقهية مقارنة، د. ط، د. د. ن، دمشق، سوريا، 1972.
64. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
65. محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. ط، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
66. محمود علي السرطاوي، قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010.
67. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2007.
68. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق، 2004.
- و-
69. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985.
- ي-
70. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة: الزواج والطلاق، ط2، دار هومة، الجزائر، 2008.

*الرسائل والمذكرات الجامعية

أولاً: الرسائل الجامعية

71. أحمد بوكرزازة، المسؤولية المدنية للقاصر: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013-2014.
72. أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
73. عبد الحميد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية الفقه والقانون في مسائل الأحوال الشخصية، رسالة مقدمة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد السادس، أكادال، الرباط، 2000.
74. عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
75. محمد صالح بن عمر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
- ثانيا: المذكرات الجامعية**
76. ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2011-2012.
77. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

78. سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر (1)، 2010-2011.
79. عبد الجليل بضيف، عوارض الأهلية وأثرها في ايقاع الطلاق، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2009-2010.
80. عبد الحكيم بواني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
81. نجات قروز، السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2013-2014.
82. هناء فوزي محمد علي ربايع، أهلية الزواج بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية: دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2013.

*المقالات والمدخلات

83. جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، ع01، 2000.
84. جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، ع04، 1999.

85. خير الدين كاظم، الأمين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مقال منشور بمجلة جامعة بابل، كلية القانون، مجلة رقم 15، ع2، 2008.
86. فؤاد عبد اللطيف أحمد، الزواج المبكر بين أحكام الشريعة وأحكام القوانين الوضعية، مقال منشور بمجلة الحجاز العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية والعربية، ع12، جامعة فيلادلفيا، عمان، الأردن، 2015.
87. محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، مقال منشور بمجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، ع01، 2015.
88. نهى قرطاجي، دور الاتفاقيات الدولية في الوقوف في وجه الزواج المبكر، محاضرة أقيمت في المؤتمر الإسلامي الخامس للشريعة والقانون بموضوع: الزواج الشرعي المبكر في مواجهة الفوضى الجنسية والمواثيق الدولية، جامعة طرابلس، يومي 30-31 ماي 2015.
89. الهادي الخضراوي، الاهلية كشرط لإبرام عقد الزواج حسب آخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري، مقال منشور بمجلة دراسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاغواط، ع 22 ب، 2012.

*المجلات القضائية

90. المجلة القضائية الجزائرية لسنة 1993 و2002 و2003، صادرة عن المحكمة العليا الجزائرية.

*المواقع الإلكترونية

91. <http://benimelalpress.com>
92. <http://www.startimes.com>
93. www.univ-skikda.dz

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة:.....	أ-خ
المبحث التمهيدي: مفهوم الزواج.....	10
المطلب الأول: التعريف بالزواج.....	10
الفرع الأول: تعريف الزواج.....	10
أولاً: لغة.....	10
ثانياً: اصطلاحاً.....	11
الفرع الثاني: أهمية الزواج.....	14
أولاً: حفظ النوع الإنساني.....	15
ثانياً: تكاثر البشر.....	15
ثالثاً: ضمان الاستقرار والراحة النفسية.....	16
رابعاً: تكثير الأمة.....	16
خامساً: تحصين النفوس.....	16
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للزواج.....	17
أولاً: الزواج نظام قانوني.....	17
ثانياً: الزواج عقد.....	18
ثالثاً: الزواج عقد ونظام قانوني في آن واحد.....	19
المطلب الثاني: أركان الزواج وشروطه.....	20

20	الفرع الأول: ركن الرضا
21	الفرع الثاني: شروط الزواج
21	أولاً: أهلية الزواج
22	ثانياً: الصداق
22	ثالثاً: الولي
24	رابعاً: الشهود
24	خامساً: انعدام الموانع الشرعية للزواج
27	الفصل الأول: أثر السن في أهلية الزواج
28	المبحث الأول: مفهوم الأهلية
28	المطلب الأول: التعريف بالأهلية
28	الفرع الأول: تعريف الأهلية
28	أولاً: لغة
29	ثانياً: اصطلاحاً
31	الفرع الثاني: أنواع الأهلية
31	أولاً: أهلية الوجوب
33	ثانياً: أهلية الأداء
36	المطلب الثاني: تدرج الأهلية بحسب السن
36	الفرع الأول: انعدام الأهلية
38	الفرع الثاني: نقصان الأهلية
41	الفرع الثالث: كمال الأهلية
44	المبحث الثاني: تحديد السن القانوني للزواج

44	المطلب الأول: بلوغ السن القانوني للزواج.....
44	الفرع الأول: بلوغ السن القانوني للزواج في القوانين الوضعية.....
45	أولاً: في القانون الجزائري.....
54	ثانياً: في القوانين المقارنة.....
58	ثالثاً: الاتفاقيات الدولية.....
59	الفرع الثاني: بلوغ السن القانوني للزواج في الشرائع السماوية.....
60	أولاً: في الشريعة الإسلامية.....
63	ثانياً: في الشريعة المسيحية.....
64	ثالثاً: في الشريعة اليهودية.....
65	المطلب الثاني: جزاء مخالفة السن القانوني للزواج.....
66	الفرع الأول: جزاء مخالفة السن القانوني للزواج في القانون الجزائري.....
66	أولاً: الجزاء التشريعي على مخالفة السن القانوني للزواج.....
68	ثانياً: موقف الفقه من الجزاء التشريعي.....
74	ثالثاً: حكم زواج الصغار.....
84	الفرع الثاني: جزاء مخالفة السن القانوني للزواج في القوانين المقارنة.....
84	أولاً: مدونة الأسرة المغربية.....
86	ثانياً: قانون الأحوال الشخصية الأردني.....
88	ثالثاً: القانون المدني الفرنسي.....
91	الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج....
92	المبحث الأول: أثر اختلال العقل في الأهلية.....
92	المطلب الأول: عوارض الأهلية.....

92	الفرع الأول: صور عوارض الأهلية.....
92	أولاً: عوارض معدمة للأهلية.....
95	ثانياً: عوارض منقصة للأهلية.....
97	الفرع الثاني: أثر عوارض الأهلية في الزواج.....
97	أولاً: حكم زواج المجنون والمعتوه والسفيه في القانون الجزائري.....
99	ثانياً: حكم زواج المجنون والمعتوه والسفيه في القوانين المقارنة.....
103	المطلب الثاني: موانع الأهلية.....
104	الفرع الأول: مانع مادي.....
105	الفرع الثاني: مانع قانوني.....
106	الفرع الثالث: مانع طبيعي.....
109	المبحث الثاني: سلطة القاضي في الترخيص بالزواج.....
109	المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي.....
109	الفرع الأول: التعريف بالسلطة التقديرية للقاضي.....
109	أولاً: تعريف السلطة التقديرية للقاضي.....
111	ثانياً: خصائص السلطة التقديرية للقاضي.....
112	ثالثاً: أساس السلطة التقديرية للقاضي.....
113	الفرع الثاني: شروط منح السلطة التقديرية للقاضي.....
113	أولاً: الإسلام.....
114	ثانياً: العقل والبلوغ.....
114	ثالثاً: الحرية والعدالة.....
115	رابعاً: العلم بالأحكام الشرعية.....

115	الفرع الثالث: أعمال القاضي في إطار السلطة التقديرية
115	أولاً: أعمال قضائية
116	ثانياً: أعمال ولائية
118	المطلب الثاني: نطاق منح الترخيص بالزواج
118	الفرع الأول: معايير منح الترخيص بالزواج
118	أولاً: المصلحة
120	ثانياً: الضرورة
124	ثالثاً: القدرة على الزواج
126	الفرع الثاني: إجراءات منح الترخيص بالزواج
126	أولاً: القاضي المختص بمنح الترخيص بالزواج
129	ثانياً: أشكال منح الترخيص بالزواج
132	ثالثاً: الحد الأدنى لمنح الترخيص بالزواج
134	الفرع الثالث: أساليب مخالفة الترخيص بالزواج
134	أولاً: الزواج غير المسجل
136	ثانياً: إخفاء الأهلية
140	خاتمة:
145	الملاحق
150	قائمة المراجع
161	فهرس الموضوعات

ملخص:

تناولت هذه المذكرة الأهلية في عقد الزواج، حيث جعلها المشرع شرطا من شروط انعقاد الزواج يبطل العقد بتخلفها، وقد حددها في نص المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري بـ19 سنة لكلا الجنسين مساويا بينها وبين سن الرشد المدني، واستثناء يجوز للقاضي أن يمنح ترخيص بالزواج قبل ذلك متى كانت هناك مصلحة أو ضرورة أو ثبت قدرة الطرفين على الزواج، كما أن للمرأة أهلية في الزواج والتي ضبطها المشرع بنص المادتين 11 و 13 من قانون الأسرة الجزائري، لكن تبقى هناك ثغرات ونقائص تعد إشكالات قانونية تنعكس سلبا على العمل القضائي، كعدم وجود نصا قانونيا يحدد جزاء مخالفة سن الزواج أو الترخيص القضائي، ولا نصا يحدد الحد الأدنى لمنح الترخيص وكذا زواج المصاب بإعاقة ذهنية، وعليه يجب على المشرع أن يعيد النظر في نصوص قانون الأسرة.

Résumé

Le présent mémoire porte sur la capacité dans le contrat de mariage. En effet, le législateur a fait de la capacité une condition indispensable pour contracter mariage sans laquelle le mariage sera nul; elle est réputée valide dans l'article 9 du Code de la famille algérien à 19 ans révolus pour l'homme et la femme. Toutefois, le juge peut accorder une dispense d'âge, pour une raison d'intérêt ou en cas de nécessité lorsque l'aptitude au mariage des deux parties est établie. La femme a une capacité de mariage établie par les articles 11 et 13 du Code de la famille algérien. Force est constater l'existence des lacunes et des défaillances considérées en tant que problématiques juridiques qui nuit à l'acte judiciaire telles que: l'absence de texte fixant la pénalité de contravention à l'âge de mariage ou à l'autorisation judiciaire, un texte déterminant l'âge minimum pour l'accord de l'autorisation ainsi que le mariage d'un malade mental, ce qui favorise une révision du code famille par le législateur.