

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجبالي بونعامة - خميس مليانة-



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق
مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر
تخصص قانون الأسرة
تحت عنوان

أهلية الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

إشراف:

الدكتور فيساح جلول

إعداد:

الطالبة: عروج خديجة.

الطالبة: ناصري خديجة.

لجنة المناقشة:

رئيسا

أ.د/ طحطاح علال

مشرفا

د/ فيساح جلول

عضوا مناقشا

أ/ ملاك محمد

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

أول من يشكر و يحمد آناء الليل و أطراف النهار هو العلي القهار، الأول و الآخر و الظاهر و الباطن الذي أغرقنا بنعمه التي لا تحصى، و أغدق علينا برزقه الذي لا يفنى، و أنار دروبنا، فله جزيل الحمد و الثناء العظيم، هو الذي أنعم علينا إذ أرسل فينا عبده و رسوله "محمد ابن عبد الله" عليه أزكى الصلوات و أطهر التسليم، أرسله بقرآنه المبين، فعلمنا ما لم نعلم، و حثنا على طلب العلم أينما وجد.

ولله الحمد كله و الشكر كله أن وفقنا و ألهمنا على الصبر على المشاق التي واجهتها لإنجاز هذا العمل المتواضع.

و الشكر موصول إلى كل من أفادنا بعلمه من المراحل الدراسية حتى هذه اللحظة، كما نرفع كلمة شكر الى الدكتور المشرف فيساح جلول الذي ساعدنا على انجاز مذكرتنا، ونشكر أساتذة لجنة التقييم الدكتور طحطاح علال والأستاذ ملاك محمد.

كما نشكر كل من مدنا يد العون من قريب أو بعيد أخص بالذكر محمد،
أمينة ريحان، رانيا

ونشكر كل من العميدة وأساتذة قسم الحقوق جامعة الجيلالي بونعامة
خميس مليانة

و في الأخير لا يسعنا أن ندعو الله عز وجل أن يرزقنا السداد والرشاد و العفاف و الغنى و أن يجعلنا هداة مهتدين.

إهداء

الحمد لله و كفى والصلاة على الحبيب المصطفى

و أهله و من وفى

أما بعد:

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضلته تعالى مهداة إلى روح جدتي الطاهرة تغمدها الله برحمته و أدخلها فسيح جناته و الى الوالدين الكريمين حفظهما الله و أدامهما نورا لدربي .

الى العينان اللتان أستمد منهما القوة و الإستمرار و أعذب ما في عمري بناتي : ألاء و إسرائ .

لكل العائلة الكريمة التي ساندتني و لا تزال من إخوة و أخت حفظهم الله و سدّد خطاهم.

الى رفيقتي في المشوار التي قاسمتني لحظاته رعاها الله ووفقها :

خديجة ناصري.

الى كل من كان لهم أثر في حياتي، و الى كل من أحبهم قلبي و نسيهم قلبي.

الى جميع دفعة ماجستير حقوق 2022

جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة.

خديجة عروج

لك الحمد ربي على كثير فضلك و جميل عطائك و جودك
الحمد لله ربي ومهما حمدنا لن نستوفي حمدك
والصلاة و السلام على من لا نبي بعده
الى من قاد قلوب البشرية و عقولهم
الى مرفأ الأمان معلم البشرية الأول
سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة و السلام
الى من قال الحق تعالى فيهما
"وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا"
الى روح والدي عمار الطاهرة تغمده الله برحمته و أسكنه فسيح جنانه و رزقه
الفردوس الأعلى
الى الشامخة التي علمتني معنى الاصرار و أن لاشيء مستحيل في الحياة مع قوة
الايمان الى ينبوع العطاء المتفاني مدى عمري
والدتي الغالية دنيا أطال الله في عمرها
الى من أبصرت به طريق حياتي و نور عيني ابني محمد
الى الشامخ أبي الحاج محمد شافاه الله ورعاه وأمي عائشة حفظها الله ورعاه
وللخير سدّد خطاها
الى سندي في الحياة أختي فاطمة الزهراء و براعمها ردينة، براء، عمار وكل
اخوتي وأخواتي و ابناءهم
الى جميع عائلتي الكريمة نصري
الى خالتي سليمة
الى من شقت معي طريق النجاح في مسيرتنا العلمية خديجة عروج
الى رفيقة طفولتي سميحة موجار و عائلتها
الى أهل القرآن و خاصته .. عائلة بلقايد
الى العلم .. ورواده ... وطلابه
اليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي

خديجة نصري

قائمة المختصرات المعتمدة

ج.ر:	جريدة رسمية.
ج:	الجزء.
د. دن:	دون دار النشر.
د. ط:	دون طبعة .
د.س.ن:	دون سنة النشر.
ص:	الصفحة.
ط:	الطبعة.
ع:	العدد.
غ.أ.ش:	غرفة الأحوال الشخصية.
غ.م:	الغرفة المدنية.
ق. إ.ج.م.إ:	قانون الإجراءات المدنية والادارية .
ق.أ.ج:	قانون الأسرة الجزائري.
ق.أ.ح.ش.إ:	قانون الاحوال الشخصية الاماراتي .
ق.أ.ح.ش.أ:	قانون الأحوال الشخصية الأردني .
ق.أ.ح.ش.إ:	قانون الأحوال الشخصية الامراتي.
ق.أ.ح.ش.ك:	قانون الأحوال الشخصية الكويتي .
ق.ح.م:	قانون الحالة المدنية .
ق.ع.ج:	قانون العقوبات الجزائري.

القانون المدني الجزائري.	ق.م.ج:
القانون المدني الفرنسي .	ق.م.ف:
القانون المدني المصري .	ق.م.م:
مدونة الأسرة المغربية .	م.أ.م:
مجلة الأحوال الشخصية التونسية .	م.أح.ش.ت:
مجلة قضائية.	م.ق:
المادة.	م:

خطة البحث

شكر وتقدير.....أ

إهداء.....ب

قائمة المختصرات المعتمدة.....د

خطة البحث.....و

المقدمة.....1

الفصل الأول: أثر السن في أهلية الزواج.....9

المبحث الأول: الأهلية القانونية.....10

المطلب الأول : مفهوم الأهلية.....10

الفرع الأول: تعريف الأهلية.....11

أولاً: لغة.....11

ثانياً: اصطلاحاً.....11

الفرع الثاني : أنواع الأهلية.....13

أولاً: أهلية الوجوب.....13

ثانياً: أهلية الأداء.....15

المطلب الثاني: مراحل تدرج الأهلية.....17

الفرع الأول: انعدام الأهلية.....18

أولاً : مرحلة الاجتئان.....18

ثانياً: مرحلة الطفولة ما قبل التمييز.....20

الفرع الثاني: نقصان الاهلية.....21

أولاً: اختلاف الفقهاء في تحديد سن التمييز.....21

23	ثانيا: اختلاف القوانين في تحديد سن التمييز
25	الفرع الثالث: كمال الأهلية
25	أولا: الرشد لغة
25	ثانيا: الرشد اصطلاحا
27	المبحث الثاني: أهلية الزواج
27	المطلب الأول: سن الزواج
28	الفرع الأول: بلوغ سن الزواج في الشرائع السماوية
28	أولا: في الشريعة اليهودية
29	ثانيا : في الشريعة المسيحية
30	ثالثا: في الشريعة الاسلامية
32	الفرع الثاني : بلوغ سن الزواج في القوانين الوضعية
33	أولا : الاتفاقيات الدولية
34	ثانيا: في القوانين المقارنة
38	ثالثا : في القانون الجزائري
46	المطلب الثاني: جزاء مخالفة سن الزواج
46	الفرع الأول: جزاء مخالفة سن الزواج في القانون الجزائري
47	أولا : الجزاء القانوني
49	ثانيا: موقف الفقه من الجزاء القانوني
54	ثالثا: حكم زواج القصر "الصغار" وسلطة الولي في ذلك
64	الفرع الثاني: جزاء مخالفة سن الزواج في القوانين المقارنة
64	اولا: مدونة الأسرة المغربية

67	ثانيا: قانون الأحوال الشخصية الأردني.....
68	ثالثا: القانون المدني الفرنسي.....
69	خلاصة الفصل.....
70	الفصل الثاني: أثر اختلال العقل في الأهلية و سلطة القاضي في الترخيص بالزواج.....
71	المبحث الأول: أثر اختلال العقل في الأهلية.....
71	المطلب الأول : عوارض الأهلية.....
72	الفرع الأول : صور عوارض الأهلية.....
72	أولا: عوارض معدمة للأهلية.....
75	ثانيا : عوارض منقصة للأهلية.....
77	الفرع الثاني: أثر عوارض الأهلية على عقد الزواج.....
77	أولا: حكم زواج المجنون و المعتوه والسفيه وذي الغفلة في الفقه الاسلامي.....
84	ثانيا : حكم زواج المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة في القانون الوضعي.....
89	المطلب الثاني : موانع الأهلية.....
90	الفرع الأول : مانع مادي.....
91	الفرع الثاني : مانع قانوني.....
92	الفرع الثالث : مانع طبيعي.....
94	المبحث الثاني: سلطة القاضي في الترخيص بالزواج.....
94	المطلب الأول : مفهوم السلطة التقديرية للقاضي.....
94	الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية للقاضي.....
95	أولا : تعريف السلطة التقديرية.....
97	ثانيا : خصائص السلطة التقديرية للقاضي.....

98	ثالثا : أساس السلطة التقديرية للقاضي
99	الفرع الثاني : شروط منح السلطة التقديرية للقاضي ومظاهرها
99	أولا : شروط منح السلطة التقديرية للقاضي
100	ثانيا : مظاهر السلطة التقديرية للقاضي
103	المطلب الثاني : منح الترخيص بالزواج وأساليب مخالفته
103	الفرع الأول : منح الترخيص بالزواج
103	أولا : معايير منح الترخيص بالزواج
110	ثانيا : إجراءات منح الترخيص بالزواج
116	الفرع الثاني : أساليب مخالفة الترخيص بالزواج
116	أولا : الزواج غير المسجل
118	ثانيا : إخفاء الأهلية
120	خلاصة الفصل
121	الخاتمة
128	الملاحق
137	المراجع

المقدمة

يؤسس نظام الاسرة في الجزائر على غرار العديد من الدول الاسلامية على الزواج وهو ما اكدت عليه المادة 02 من ق أ ج بنصها على ان " الاسرة هي الخلية الاساسية للمجتمع ، وتتكون من اشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية و القرابة "، لذا لم يعترف قانون الاسرة الجزائري استنادا الى احكام الشريعة الاسلامية باعتبارها مصدر ثاني للقانون طبقا للمادة 222 من ق أ ج ، والمادة 01 من ق م ج بتعدد انماط الاسر مثلما هو عليه الحال في العديد من الانظمة القانونية الاخرى التي تعترف الى جانب الاسرة الشرعية ، الاسرة الطبيعية والاسرة بالتبني والاسرة معاد تشكيلها، الشذوذ وغيرها... الخ.

فمفهوم الاسرة يقوم اساسا على تلك العلاقة التي تربط الرجل بالمرأة على الوجه الشرعي ، لكل منهما حقوق وواجبات،وظيفتها الاساسية احسان الزوجين وانجاب الاطفال حفاظا على الانساب وتثنتهم النشأة الحسنة في جو من المودة والتعاون وهو مفهوم تبنته مختلف الديانات وتعارفت عليه المجتمعات منذ القدم، غير ان هذا المفهوم بدأ تدريجيا يتغير مع نهاية القرن العشرين ومطلع القرن الواحد والعشرون في اطار مايسمى بالمد المتواصل لاحكام القانون الدولي من مواثيق واتفاقيات مختلفة ، بحيث توسع مفهوم الاسرة ودورها من منظور المجتمع الدولي مواكبة للتطورات التي شهدها العالم الحديث والذي اصبح يعرف بالنظام العالمي الجديد، غير ان العديد من الدول خاصة العربية والاسلامية منها لم تقبل هذا المفهوم الدخيل على الاسرة الاصلية، لانه يشكل في نظرهم متغيرا جديدا يهدد الثوابت التي تقوم عليها الاسرة في تلك المجتمعات و المستمدة من ديانتها وتقاليدها المحافظة،

وبالرغم من الدور الهام الذي تلعبه الاسرة في المجتمع فان الوثائق الدولية لم تعطها الاهتمام اللائق ، وذلك باعترافها بانماط شاذة منافية للفطرة الانسانية السليمة والشرائع السماوية جميعا ، بل ان كثيرا من الوثائق المعنية بالمرأة خلت بنودها تماما من اية اشارة للاسرة بمفهومها الطبيعي والفطري وانما تناولت المرأة كفرد مقتطع من سياقه الاجتماعي باسم حقوق المرأة،

المرأة التي كرمها الاسلام منذ عدة قرون واعطاها مكانة لم تصل لها البشرية قديما وحديثا ، وهذه المكانة تتفرع من نظرة الاسلام للانسان - سواء كان رجلا او امرأة - ، على انه مجرد خليفة لله ياتمر باوامره ويقف عند حدوده، المرأة التي كانت في نظر الشريعة البابلية كالماشية

لصاحبها وعقد الزواج يلزمها بان تسلم نفسها لرجل يطلبها وهي من تقدم له الصداق، وفي نظر شريعة الهند كانت المرأة تخضع في طفولتها لابيها وفي شبابها لزوجها وفي كبرها لابناءها، ولايجوز ان يترك امرها لنفسها ، وعلى الزوجة ان تموت يوم يموت زوجها بان تحرق نفسها معه على موقد واحد ،وفي شريعة اليونان اين كانت المرأة تباع وتشتري في الاسواق ،ولا تملك ادنى شيء من اهلية التصرف، فهي مخلوق منحط لاتصلح لغير الانجاب وخدمة البيت ،وفي نظر شريعة اليونان اين كانت المرأة مساوية للرفيق ومملوكة مثله، وكان للزوج على زوجته بموجب عقد الزواج السلطات المطلقة فله عليها حق الحياة والموت ، المرأة التي اعتبرت في نظر الشرائع اليهودية والمسيحية رجس يجب الابتعاد عنه¹

ومما سبق فلا عجب ان يتمتع الاب بالولاية الاجبارية في الزواج، وقد حاول المشرع في البلاد العربية ان يضع حدا لمساويء ولاية الاجبار في الزواج لما تؤدي اليه من اضرار اجتماعية بالغة في البوادي ،حيث يتفشى الجهل ويشدد الفقر الذي يحمل الاب على التخلص من عبء البنت مبكرا، فيدفع بها الى الزواج قبل الاوان ، وقد سبق المشرع المصري الى هذه المحاولة فاستانس برأي بعض الفقهاء المسلمين ،فقالوا ان ولاية الاجبار تكون على المجانين والمعتوهين فقط ،ولا تكون على الصغار قط ،

اما بالنسبة للمشرع الجزائري فيعد قانون الاسرة ، القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 من المستجدات التي عرفتها الاسرة الجزائرية والتشريع الجزائري ،فقبل صدوره كانت الاسرة الجزائرية خاضعة لاحكام وقواعد الفقه الاسلامي والاعراف والتقاليد المحلية ، وقد اعتمد المشرع الجزائري في صياغته لتشريع احكام قانون الاسرة على المرجعية الاسلامية بكل مصادرها الاصلية والتبعية ،وهذا لان معظم الاحكام المتعلقة بالاسرة قطعية الدلالة ،نظمها القرآن الكريم والسنة النبوية من خطبة وزواج وصداق وولي ومحرمات من النساء ونسب وتبني ،مع ملائمتها وفق اتفاقيات حقوق الانسان الهادفة الى حماية الاسرة ،كون ان الاتفاقيات الدولية

1عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،

الطبعة الأولى، 2007 م ،ص 17 .

المصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية تسموا على القانون الداخلي بجميع انواعه ، وهذا ما نص عليه الدستور الجزائري صراحة في المادة 150 منه " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية ، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسموا على القانون"،

وبالرغم من ان قانون الاسرة كان يمثل انتصارا على المشككين في ان احكام الشريعة الاسلامية لاتصلح ان تكون قانونا يمكن تطبيقه في الواقع العملي، كما هو الشأن مع القوانين الغربية الحديثة، الا ان البعض اعتبره قانونا جائرا يقوم على مبدأ عدم المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق ، وانه انصف الرجل على حساب المرأة و الاحتجاجات عليه امتدت الى المحافل والمؤتمرات الدولية، على غرار المؤتمر الدولي للسكان الذي عقد بجمهورية مصر العربية عام 1994 م ، والمؤتمر الدولي الخاص بالمرأة الذي عقد ببيكين عاصمة الصين عام 1996 م، ومازالت هذه الاطراف تطالب السلطات المختصة بالتدخل لالغاء هذا القانون لانه رجع بالاسرة الجزائرية الى القرون الوسطى، الاحتجاجات التي تمخضت عن تعديل هذا القانون بموجب الامر الرئاسي رقم 05-02 المؤرخ في 08 محرم عام 1426 هـ الموافق ل 27 فبراير 2005 م ، الامر الذي يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الاسرة والمنشور بالجريدة الرسمية العدد :2005/15،

و الزواج في التشريع الاسلامي هو عقد او نظام امر الله تعالى به لتنظيم الحياة الإنسانية بعيدا عن العلاقات الجنسية غير المشروعة التي تؤدي إلى انتشار الأمراض والوقوع في الموبقات واختاره الله عز وجل وسيلة مفضلة لبقاء النوع الإنساني وتكاثر النسل ،قال تعالى :*أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء، واتقوا الله الذي تساءلون به و الأرحام إن الله كان عليكم رقيبا.* 1

اما قانون الاسرة الجزائري فقد نص في المادة الرابعة منه: " ان الزواج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ،من اهدافه تكوين اسرة اساسها المودة والرحمة والتعاون واحسان الزوجين والمحافظة على الانساب،

1 سورة النساء ، الاية 01.

وينعقد الزواج طبقا للمادتان 09 و09 مكرر من ق ا ج بتبادل رضا الزوجين ،ويجب ان يتوفر في عقد الزواج الشروط الاتية :

1. اهلية الزواج

2. الصداق

3. الولي

4. شاهدان

5. انعدام الموانع الشرعية للزواج

ويتعلق موضوع بحثنا بأهلية الزواج الذي عالجه المشرع الجزائري في نص المادة 07 من قانون الاسرة بنصه : " تكتمل اهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة ،وللقاضي ان يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة او ضرورة ،متى تاكدت قدرة الطرفين على الزواج ...".

وقد جعل المشرع الجزائري في تعديله الاخير لقانون الاسرة الولاية في الزواج اختيارية،بالنسبة للمرأة البالغة و القاصر على السواء، وهذا لا يعني الغائه لشرط الولي لان المرأة الشريفة لايمكنها ان تتزوج بدون حضور وليها سواء اوجبه القانون ام جعله اختياريا ،اما غير الشريفة بلغة الفقهاء فبدلا من حرمانها من الزواج وفتح لها منافذ الفساد ،فأن تكون زوجة اكرم لها من ان تكون اما عازبة ، وزواج البالغة الراشدة دون ولي كموقف اختياري منها اعتمده دولا عربية واسلامية غيرنا لسنا اكثر اسلاما منها كالمملكة المغربية في احكام المادتان 24 و25 من مدونة الاحوال الشخصية الجديدة الصادرة بالقانون رقم : 70/2003،

ومنه فقد اعتبر المشرع الجزائري عقد الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر المتعاقد على الاهلية الكاملة للتعاقد ، لما يترتب على هذا العقد من التزامات وحقوق للطرفان " الزوج والزوجة"،ويشترط لابرام عقد الزواج كغيره من العقود الاخرى ان يكون المتعاقد عاقلا ،بالغا ، وللقاضي وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية الاذن بعد مراعاة اجازة الولي بزواج المجنون او المعتوه اذا ثبت بتقرير هيئة من اطباء الامراض العقلية ان زواجه يفيد في شفائه، كما ان الزواج دون السن القانوني متوقف على موافقة الولي وترخيص من القاضي مع مراعاة الضرورة و المصلحة في منح الاذن ،ومنه فقد جعل المشرع الجزائري القاضي رقيبا على تزويج الاشخاص —

ناقصي وعديمي الاهلية – وجعل منه وليا غير مباشرا لهم وامينا على مصالحهم، ومقدرا عادلا لظروفهم الخاص،

وموضوع مذكرتنا يتمحور حول الاهلية كشرط في عقد الزواج بين الشريعة الاسلامية و القانون، وتشمل دراستنا للموضوع من الناحية القانونية – القانون الداخلي والقانون المقارن –، والناحية الشرعية والممارسة القضائية ان وجدت معتمدين على الخصوص على احكام القانون المدني وقانون الاسرة وقانون الحالة المدنية، وتتجلى اهمية موضوعنا فيما يلي:

- 1- بيان الاحكام المتعلقة بزواج عديمي و ناقصي الاهلية ومدى اهليتهم لابرام عقد الزواج بانفسهم او بواسطة اولياءهم، وماهي الشروط المطلوبة لذلك، وماحكم تصرفاتهم،
- 2- بيان دور القاضي في منح الترخيص بزواج من لم يبلغ السن القانوني للزواج ومن اعترى عقله جنون او عته او سفه او غفلة ،
- 3- بيان الاحكام المتعلقة بزواج الولي لابنته القاصر، ومدى سلطته في اجبارها على الزواج رغما عنها،

ونظرا لاهمية هذا الموضوع في مجال العلوم القانونية ارتأينا دراسته ومعالجته من عدة جوانب ، للاجابة على الاشكالية التالية : هل نظمت المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري احكام الاهلية في عقد الزواج بصفة كاملة وشاملة ودقيقة تغطي جميع الاشكالات المطروحة في مجال الاهلية ؟ وينبثق عن هذا السؤال مجموعة من التساؤلات الفرعية التي تساهم في ابراز الموضوع اكثر تتمثل فيما يلي: هل ساير المشرع الجزائري كل من الفقه الاسلامي والقوانين المقارنة في تحديده لسن معينة للزواج؟، وما هو اثر عدم اهلية المتعاقد او نقصها على عقد الزواج ؟ وماهي حدود سلطة القاضي في منح الاذن بالزواج لعديمي و ناقصي الاهلية ؟

ويكمن سبب اختيارنا لهذا الموضوع هو رغبتنا الشخصية وكونه يدخل في مجال تخصصنا – قانون الاسرة – ، وميولنا له ، وكذا قلة الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع في ظل اكتفاء المشرع بمادة وحيدة تعالجه هي نص المادة 07 من ق أ ج، وبالإضافة الى ذلك فان هذا الموضوع يثير الكثير من النزاعات على مستوى القضاء وي طرح العديد من الاشكالات ومنها الجزاء المترتب عن

مخالفة سن الزواج، وكذا الحد الأدنى لمنح الترخيص القضائي بالزواج واسس تقدير معياري الضرورة والمصلحة، ومدى جواز منع الولي لابنته القاصر من الزواج من رجل كفاً لها، والاجراءات الواجب اتباعها في حالة المنع وغيرها من الاشكالات... الخ، بالإضافة الى انتشار ظاهرة زواج القصر عن طريق الزواج العرفي اما بسبب جهل الاولياء لدور القاضي في منح الترخيص القضائي بزواج من لم يبلغ السن القانونية او تعمد ذلك لتزويج القاصرة جبرا عنها، ضاربين عرض الحائط ما يترتب عن ذلك من نتائج وخيمة في حالة عدم التمكن من تثبيت هذا الزواج فيما بعد وتسجيله خاصة اذا انكر الطرف الاخر هذا الزواج، وتردد الشهود الذين حضروا الفاتحة في الادلاء بشهاداتهم او اذا انكروا حضور ذلك الزواج، مما يجعل من هذا الزواج في حكم العدم وتفقد الزوجة والطفل كل ما يترتب عنه من حقوق، خاصة اذا ابرم هذا الزواج مع زوج اجنبي مثلما انتشر في الاونة الاخيرة، الزواج من السوريين والأتراك والصينيين، اين تجد الزوجة القاصرة نفسها بين مطرقة الزواج العرفي وسندان الرخصة التي يسلمها الوالي و التي تتطلبها المادة 31 من ق أ ج، في ظل تباين القرارات القضائية للمحكمة العليا بين تثبيت لهذا الزواج العرفي في حالة ثبوته بشهادة الشهود وتوفره على جميع اركان وشروط عقد الزواج، وبين رفض تثبيته لعدم استيفاء القيد " الرخصة المسبقة"، وهذا ما نستشفه من قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 2016/07/13، ملف رقم 1005800، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 02 سنة 2016، والذي جاء فيه " توجب الاحكام التنظيمية في زواج الجزائري او الجزائرية مع الاجانب، الحصول على رخصة ادارية، سواء كان ذلك لتسجيل الزواج او لاثباته"،

اما عن اهداف بحثنا هذا، فنحن نسعى من خلال هذا الموضوع الى تحقيق جملة من الاهداف اهمها:

- 1- ازالة اللبس والغموض المتعلق بالموضوع من خلال تبيان المقصود ببعض المصطلحات كالاهلية في الزواج، السلطة التقديرية، الترخيص القضائي... الخ،
- 2- المساهمة في ايجاد حلول لبعض الاشكالات المطروحة في المجال القضائي بسبب الفراغ القانوني ومنها ظاهرة الزواج العرفي وما يترتب عليها من نتائج وخيمة على الزوجة والابناء على حد سواء،

3- تقديم بعض الاقتراحات والتوصيات ، والتي يمكن ان يستفيد منها المشرع مستقبلا عند تعديله لقانون الاسرة الجزائري، خاصة فيما يتعلق بجزء مخالفة سن الزواج او الحد الأدنى لمنح الترخيص بالزواج،

4- اثناء المكتبة الوطنية عامة والجامعية خاصة ،

5- المساهمة في تطوير الدراسات من خلال توفير مادة علمية لعلها تكون عوننا وسندا للدارسين والباحثين خاصة في مجال القانون،

اما عن المنهج المتبع في دراستنا ومن اجل دراسة مستفيضة للموضوع وتحقيق الاهداف المرجوة من الدراسة اعتمدنا في دراستنا على عدة مناهج ، المنهج الاستقرائي والوصفي لتقصي اقوال وارهاء بعض الفقهاء والمعاصرين وكذا النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الاهلية ، والمنهج التحليلي لمعرفة مضمون ماذهب اليه المشرع الجزائري و مناقشته بغرض الوصول الى تفسير هذه النصوص القانونية ، كما اتبعنا كذلك المنهج المقارن بغرض المقارنة بين القانون الجزائري والقوانين الوضعية الاخرى - قوانين مقارنة واتفاقيات دولية - ، وكذا الشريعة الاسلامية ، واعتمدنا المنهج التاريخي لعرض التطور التشريعي في مسالة تحديد السن القانوني للزواج والجزء المترتب على مخالفته،

اما عن الدراسات السابقة التي كتبت في موضوع الاهلية والترخيص القضائي نجد:

1- الطالبة بيسي عبير ، " اهلية الزواج بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري" ، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد - حمة لخضر الوادي -، 2017- 2018 ، والتي لم تتطرق اطلاقا للاحكام العامة للاهلية، وانواعها وتدرجها حسب السن و حكم تصرفات الشخص تبعا لذلك ، كما انها لم تتطرق اطلاقا لدور القاضي في منح الاذن بالزواج بالنسبة لناقصي وعديمي الاهلية ،

2- نجاة قروز، " السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر في التشريع الجزائري" ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص الاحوال الشخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجلفة ، 2013-2014، وقد لاحظنا ان هذه المذكرة قد تناولت الموضوع بصفة مختصرة نوعا ما، ولم تتطرق اصلا لزوج المصابين بعارض من عوارض الاهلية " المجنون، المعتوه، السفية، ذي الغفلة "

3- ابتسام مليط، " الترخيص بالزواج قبل سن الاهلية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون شؤون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 اوت 1955، سكيكدة، 2011-2012، اذ انها ركزت في تناولها للموضوع على اجراء مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي دون التطرق الى باقي الشرائع السماوية والاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بسن الزواج، كما انها لم تفصل في مسألة زواج المجنون والمعتوه والسفيه في القانون الجزائري ومقارنتها مع بعض القوانين المقارنة، اين اکتفت بالاشارة الى زواج الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة في الفقه الاسلامي، وامام هذه الانتقادات والنقائص المسجلة من خلال الدراسات السابقة، حاولنا ان نلم بموضوع بحثنا تكملة لمجهودهم المبذول و لاثراء المعلومات،

اما عن الصعوبات التي واجهتنا في معالجة ودراسة هذا الموضوع فتتمثل في:

- 1- قلة المراجع المتخصصة في موضوع الاهلية في عقد الزواج، وان 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 الاهلية في الزواج خاصة بعد تعديل قانون الاسرة الجزائري، وهذا على مستوى الجهات القضائية،
 - 3- الموضوع عبارة عن جزئية صغيرة في قانون الاسرة الجزائري، مما زاد من صعوبة دراسته،
 - 4- ضيق الوقت الممنوح للبحث في الموضوع،
- ولمعالجة موضوعنا هذا والاحاطة بكل جوانبه اتبعنا خطة مقسمة الى فصلين، تناولنا في الفصل الاول: اثر السن في اهلية الزواج، وقسمناه الى مبحثين، تناولنا في المبحث الاول: الاهلية القانونية، وتناولنا في المبحث الثاني: اهلية الزواج، اما الفصل الثاني فيتعلق ب: اثر اختلال العقل في الاهلية وسلطة القاضي في الترخيص بالزواج، وقسمناه الى مبحثين، تناولنا في المبحث الاول: اثر اختلال العقل في الاهلية، وتناولنا في المبحث الثاني: سلطة القاضي في الترخيص بالزواج

الفصل الأول: أثر السن في أهلية الزواج

المبحث الأول: الأهلية القانونية

ان الحقوق المقررة لا يمكن تصورها إلا و هي منسوبة الى أشخاص ، و الأشخاص في منطوق أهل القانون نوعان ، أشخاص طبيعيين و أشخاص اعتباريون¹

و الشخص الطبيعي هو الانسان ، لأن الأصل في الشخصية أنها للإنسان وحده ، و حتى تكتمل هذه الشخصية لديه لابد من اتصافه بصفة تجعله أهلاً لقبول الحقوق و تحمل المسؤوليات و الالتزام بآثارها، و مناط كل ذلك هو الأهلية.²

ان كمال الأهلية في الشخص يعد قرينة قانونية على صلاحيته لمباشرة حقوقه المدنية ، فيكون قادراً على القيام بالتصرفات التي قررها القانون و يرتب آثارها عليها .

و قد اعتبر المشرع الرشد ببلوغ الشخص تمام التاسعة عشرة (19) من عمره و الرشد يمثل كمال الأهلية ، بمعنى أن بلوغ سن التاسعة عشرة كاملة يعد قرينة قانونية على الرشد ، و هذا الرشد يعد قرينة قانونية على كمال الأهلية لمباشرة الحقوق المدنية ما لم يحجر على الانسان لعارض من عوارض الأهلية.

و على هذا الأساس ستتم معالجة فكرة الأهلية من خلال مطلبين :

• **المطلب الأول: مفهوم الأهلية.**

• **المطلب الثاني: مراحل تدرج الأهلية.**

المطلب الأول : مفهوم الأهلية

لكل فرد في المجتمع حقوقاً يكتسبها، و هذه الحقوق لابد من ممارستها حتى تنتج آثارها و تحقق مقاصدها، إلا أنه لا يحق لكل شخص أن يمارس تلك الحقوق كلها أو بعضها إلا اذا كان أهلاً لها، و لهذا يجب أن نتعرف على المقصود بالأهلية ، ثم نتطرق لأنواعها من أهلية الوجوب و أهلية الأداء ، من خلال الفرعين التاليين :

• **الفرع الأول: تعريف الأهلية.**

1 الجندي أحمد نصر ، شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان ، دار الكتب القانونية ، المجلة الكبرى ، مصر ، 2008 ، ص 239 .

2 قرني علي عادل يحي ، النظرية العامة للأهلية الجنائية (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه في القانون ، جامعة القاهرة د.س.ن ، ص 91 .

• الفرع الثاني: أنواع الأهلية.

الفرع الأول: تعريف الأهلية

يقتضي تعريف الأهلية بوجه عام النظر إليها من حيث اللغة و من حيث الاصطلاح وفقا لما يلي:

أولا: لغة

يقال أهله لذلك الأمر تأهيدا و أهله ، رآه له أهلا ، و استأهله استوجبه¹ ، و منه قوله تعالى : {هو أهل التقوى و أهل المغفرة}² ، جاء في التفسير أنه عز و جل أهل لأن يتقى فلا يعصى و أهل المغفرة لمن اتقاه و هو أهل لكذا أي مستوجبا له³.

ثانيا: اصطلاحا

اتفق فقهاء الشريعة و القانون على تعريف الأهلية جوهرها و مضمونها و ان اختلفت صيغة كل جهة .

1. فقهاء الشريعة

الأهلية شرعا هي صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له فقط أو له و عليه⁴ ، و قيل كذلك بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا للخطاب بالأحكام الشرعية⁵ ، و الحكم الشرعي في اصطلاح الفقهاء مدلول خطاب الشرع ، قال الامام أحمد رضي الله عنه، الحكم الشرعي خطاب الشرع و قوله⁶، و الحكم الشرعي اما حكم تكليفي، و هو مقتضى خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء و تخييرا، و له شروط يتعلق بعضها بالمكلف، و بعضها بالمكلف به، فأما الذي يتعلق بالمكلف فالعقل و فهم الخطاب، فلا تكليف على الصبي و لا مجنون، و هو قصد الطاعة، و المميز

1 ابن المنظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ، الجزء الثاني ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، 1988 ، ص 163 .

2 الآية 56 من سورة المدثر .

3 ابن المنظور ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، المرجع السابق ، ص 19 .

4 قرني علي عادل يحي : المرجع السابق ، ص 19 .

5 تقيّة عبد الفتاح : نطاق عوارض الأهلية في فقه أصول الشريعة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، العدد الأول ، سنة 2009 ، ص 254 – 256 .

6 الفتوحى تقي الدين أبو البقاء : شرح الكوكب المنير ، مطبعة السنة المحمدية ، د.س.ن ، ص 105 .

مثل الصبي في عدم التكليف¹ ، و اما بحكم وضعي و معناه أن الشرع وضع أمورا سميت أسبابا و شروطا و موانع تعرف عند وجودها أحكام الشرع من اثبات أو نفي فالأحكام توجد بوجود الأسباب و الشروط و تنتفي بوجود المانع و انتفاء الأسباب و الشروط².

2. فقهاء القانون

أما فقهاء القانون فقد عرفوا الأهلية بعدة تعريفات، حيث عرفها جانب من الفقه بأنها صلاحية الشخص لكسب الحقوق و تحمل الالتزامات، أو أنها صلاحية الشخص لصدور شيء معين منه و طلبه منه و استحقاقه له³.

بينما نظر إليها البعض الآخر بأنها وصف يقوم بالشخص فيجعله قابلا لأن تكون له حقوق و تجب عليه واجبات ، فيكون بذلك محلا صالحا لاكتساب تلك الحقوق أو انشائها لغيره ، و لأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية و القضائية المتعلقة بهذه الحقوق⁴.

3. موقف المشرع الجزائري

حرص المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية على اعطاء حماية خاصة لعديمي الأهلية و ناقصيها ، حيث نصت م 40 من ق.م. ج على أن : " كل شخص بلغ سن الرشد و كان متمتعا بقواه العقلية ، و لم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، و سن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة " ، كما نصت م 159 من ق.أح.ش. إ على ما يلي: " كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون " 5، نفس الحكم قضت به م 138 من ق.أح.ش. ع بنصها: " يكون الشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ما لم يقرر القانون خلاف ذلك " فيما حددت م 139 سن الرشد بثمانية عشرة سنة بنصها " سن الرشد اتمام الثامنة عشر من العمر⁶.

1الدمشقي عبد القادر بن بدران : المدخل الى مذهب الامام أحمد بن حنبل ، مؤسسة الرسالة للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، بيروت ، لبنان ، 1981 ، ص 146 .

2 المرجع نفسه ، ص 156 .

3قرني علي عادل يحي ، المرجع السابق ، ص 20 .

4الجندي أحمد نصر ، المرجع السابق ، ص 239 – 204 .

5الجندي أحمد نصر ، الأحوال الشخصية في قانون الامارات العربية المتحدة ، دار الكتب القانونية ، المجلة الكبرى ، مصر ، 2007 ، ص 388.

6الجندي أحمد نصر شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان ، المرجع السابق ص 238

كما أن أحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام ، و هذا ما قضت به م 45 من ق.م.ج بنصها: " ليس لأحد التنازل عن أهليته و لا لتغيير أحكامها " ، لذلك لا يجوز لأحد التنازل عن أهليته و لا الاتفاق على تعديلها، و كل اتفاق على شيء من ذلك يعد باطلا فإذا تم الاتفاق بين شخص ناقص الأهلية و شخص آخر على ألا يطالب الأول بإبطال التصرف الذي أبرم بينهما بسبب نقص الأهلية حين بلوغه سن الرشد، أو حين زوال العارض الذي جعله ناقص الأهلية ، فان هذا الاتفاق يكون باطلا¹، لأن فيه تعديلا لأحكام الأهلية و هي من النظام العام ، قواعدا آمرة لا يجوز لأحد مخالفتها² كما أنه لا يجوز التحكيم فيها لأنها من المسائل التي لا يجوز فيها الصلح .

الفرع الثاني : أنواع الأهلية

مما لا ريب فيه ، أنه لا خلاف بين فقهاء الشريعة و القانون حول اعتبار الأهلية نوعان ، أهلية الوجوب (capacité de jouissance) ، و أهلية الأداء (capacité d'exercice). و من ثم سأعرض في هذا الفرع الى فكرتين ، تعريف أهلية الوجوب (أولا) و أهلية الأداء (ثانيا).

أولا: أهلية الوجوب

تبدأ شخصية الانسان في الظهور بولادته حيا ، بحيث لا يولد كامل الأهلية ، و انما لا بد أن يمر بمراحل تتطور فيها شخصيته حتى يبلغ سن الرشد . و يقصد بأهلية الوجوب مدى صلاحية الشخص لثبوت الحقوق و الالتزامات له و عليه 3 و قيل كذلك بأنها صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه.⁴ فأول ما ينسب للإنسان هو اهلية الوجوب ، اذ لا ينظر في ثبوت هذه الأهلية الى سن معينة أو عقل، فكل انسان له شخصية قانونية تتوافر فيها أهلية الوجوب⁵، فأهلية الوجوب تختلط بالشخصية، بمعنى

1العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول (التصرف القانوني العقد و

الارادة المنفردة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2001 ، ص 97

2 زعلاني عبد المجيد ، المدخل لدراسة القانون ، النظرية العامة للحق ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص 120 - 121 .

3المرجع نفسه ص 118.

4قرني علي عادل يحي، المرجع السابق، ص 35 .

5 الجندي احمد نصر: الاحوال الشخصية في قانون الامارات العربية المتحدة - المرجع السابق - ص 390 .

أنها تدور مع الشخصية وجودا و عدما ، كمالا و نقصانا ، فإذا وجدت الشخصية كاملة كانت أهلية الوجوب كاملة ، أما اذا وجدت الشخصية ناقصة كانت أهلية الوجوب ناقصة .
و أهلية الوجوب نوعان ، أهلية وجوب ناقصة و أهلية وجوب كاملة :

1. أهلية الوجوب الناقصة

خلافا للقاعدة العامة التي تقتضي بأن شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته حيا ، فان الجنين قد استثنى من هذه القاعدة ، و منحه الشريعة الاسلامية و القانون بعض الحقوق .
حيث نصت م 25 من ق.م.ج على ما يلي: " تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته ، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا " .
و من خلال ذلك يتضح أن الجنين يتمتع بأهلية وجوب ناقصة حيث تثبت له بعض الحقوق دون البعض الآخر ، كما أن تمتعه بهذه الحقوق مقيد اذ قررت له الحقوق التي لا تحتاج مبدئيا في وجودها و صحتها الى قبول منه ، مثل الحق في النسب الى أبيه و الوصية له ، و الوقف و الميراث ، و لكنه غير أهل للحقوق التي تتطلب منه ارادة.¹

2. أهلية الوجوب الكاملة:

تثبت أهلية الوجوب الكاملة للإنسان من حين ولادته حيا ، و تبقى معه الى حين وفاته بغض النظر عن كونه عاقلا أو غير عاقل ، صغيرا كان أو كبيرا ، و القول بتوافر أهلية الوجوب كاملة لدى الشخص معناه أن القانون يمنحه القدرة على أن تظهر في ذمته كل أنواع الحقوق ، و هذا ما يسمى بالشخصية القانونية ، كما تقضي العديد من القوانين بأن من تثبت له أهلية وجوب كاملة تطالب كذلك ذمته بالالتزامات ، و كان المشرع الجزائري قد نص على هذا الحكم في القانون المدني بموجب م 02/ 125 بنصها: " إلا أنه اذا وقع الضرر من شخص غير مميز... جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعي في ذلك مركز الخصوم " ، و لكن بعد تعديل سنة 2005 تم الغاء هذا الحكم بعد اضافة م 140 مكرر 01 التي نصت على ما يلي: " اذا انعدم المسؤول عن

1 مومن محمد ، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي) ، مجلة الحقوق ،

العدد الثالث ، السنة الثامنة و العشرون ، سبتمبر 2004 ص 456 .

الضرر الجسماني و لم تكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر " ، و قد تم اضافة هذه المادة لتعوض الحكم الملغى من نص م 125 من ق.م.ج، هذا و تنص المادة 125 بعد التعديل على مايلي: "لايسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله او امتناعه او باهمال منه او عدم حيطة الا اذا كان مميزا.

فأهلية الوجوب تثبت للإنسان بمجرد ولادته حيا بموجبها بعض الحقوق من ميراث ، ووصية ، و كل أنواع الحقوق التي تثبت للإنسان مثل الاسم و المواطن التي قرر لها القانون حماية كاملة. و بما أن أهلية الوجوب تمكن القاصر من جميع حقوقه التي أقرها له القانون ، فان القضاء بدوره قد دعم هذا الأمر بموجب القرار المؤرخ في 1987/05/06 لما أثير نزاع أمام المحكمة العليا يتعلق باكتساب حقوق ميراثية عن طريق التقادم ، فقضت المحكمة بأنه " و ان كانت م 829 من القانون المدني قد مكنت من اكتساب الحقوق الميراثية بالتقادم ، إلا أنها اشترطت أن تدوم الحيازة ثلاثا و ثلاثين سنة ، فان عدم اثبات حيازة قطعة الأرض الثابتة للورثة بعنصرها المادي و المعنوي في هذه المدة ، فان قضاة المجلس قد أصابوا لما رفضوا الاقرار بالحيازة "¹.

ان قرار المحكمة العليا محل التعليق يخص حماية حقوق الورثة ، جاء مؤكدا لاهتمام المشرع بحماية تلك الحقوق ، خاصة اذا كان صاحب الحق الممارس عليه التقادم قاصرا ، فالورثة غالبا ما تتعرض حقوقهم للتعدي و الاستيلاء عندما يكونون قاصرا ، لذلك ميز المشرع العقارات التي يملكها الورثة عن العقارات التي يملكها الأشخاص الرشداء ، فجعل مدة التقادم التي تسقط حقوق الورثة تزيد عن ثلاث و ثلاثين (33) سنة ، و هي مدة كافية لتسمح لهم بالمطالبة بحقوقهم بعد بلوغ سن الرشد.

ثانيا: أهلية الأداء

يقصد بأهلية الأداء (capacité d'exercice)، صلاحية الشخص لممارسة الاعمال القانونية باسمه و لحساب نفسه بقصد احداث أثارها في شخصه أو في ذمته المالية، أو هي صفة تقوم بالشخص فتجعله صالحا لأن يباشر بنفسه عملا قانونيا أو قضائيا خاصا بالحقوق أو الواجبات التي يصلح لتعلقها به.

1 المجلة القضائية ، العدد الثالث ، 1991 ، ملف رقم 40944 ، قرار بتاريخ 1987/05/06 ، ص 15-17 .

ومناطق أهلية الأداء هو التمييز¹، و قد تثبت للصبي اذا كان يملك قدرا من التمييز بأن كان يدرك ماهية أفعاله و يقدرها ، و بذلك يكون مناطها استواء العقل بنضجه و عدم اختلاله بأي مؤثر يؤثر فيه كالجنون و المرض مثلا ، و قيل كذلك بأن مناط أهلية الأداء ليس التمييز وحده بل التمييز و سائر القوى الانسانية الأخرى كالإدراك و الاختيار و الإرادة و نمو القوى البدنية ، فهي كاملة باكتمال العقل و البدن و قاصرة بقصورهما.²

و أهلية الأداء نوعان، أهلية أداء قاصرة و أهلية أداء كاملة.

1. أهلية الأداء القاصرة

نصت م 43 من ق.م.ج على أن: " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

فأهلية الأداء القاصرة تؤهل صاحبها لممارسة بعض التصرفات دون غيرها³، و هي التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، و يعود سبب ذلك للقدرة القاصرة من العقل القاصر للصبي المميز ، لأنه لم يصل بعد الى طور اكتمال العقل و البدن بالبلوغ ، كما تثبت أهلية الأداء القاصرة لكل شخص بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة.⁴

فناقص الاهلية يستطيع أن يباشر التصرفات التي تكون نافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة غير المشروطة، و الهدية، و تملك الأموال المباحة ، و لا يصح منه كل تصرف يضره ضرراً محضاً كهبته لغيره، و صدقته، أو وقف أمواله ، أو اعارتها ، أما التصرفات التي تدور بين النفع و الضرر فلا تصح منه إلا بإجازة من وليه الشرعي⁵ فان أجازها صحت لأن ذلك دليل نفعها له وان ابطالها أبطلت لأن ذلك دليل ضررها به.

2. أهلية الأداء الكاملة

اذا بلغ الانسان سن الرشد متمتعا بكامل قواه العقلية و لم يحكم بالحجر عليه ، تصبح لديه أهلية أداء كاملة و ترفع عنه الولاية، و بذلك يصبح مؤهلاً لممارسة جميع التصرفات المالية بنفسه

1 زعلاني عبد المجيد، المرجع السابق، ص 119 .

2 قرني علي عادل يحي، المرجع السابق، ص 39 – 40 .

3 الجندي أحمد نصر، المرجع السابق، ص 390 .

4 قرني علي عادل يحي، المرجع السابق، ص 45 .

5 الجندي أحمد نصر، المرجع السابق، ص 390 .

دون تدخل أحد سواء كانت نافعة أو ضارة ، أو دائرة بين النفع و الضرر، أما اذا بلغ الانسان سن الرشد و هو محجور عليه ، أو حجر عليه بعد بلوغه ، فان يكون اما عديم الأهلية أو ناقصها ، و قد نصت م 40 من ق.م.ج على ذلك: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة " ، كما نصت م 86 من ق.أ.ج على ما يلي: " من بلغ سن الرشد و لم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام م 40 من القانون المدني " و تقابلها م 157 من ق.أ.ح.ش.ت بنصها: " اذا أتم الصغير المولى عليه العشرين عاماً كاملة ، و لم يسبق صدور حكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر ، فإنه يكون وجوباً كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، و تكون جميع تصرفاته نافذة " ¹.

و يتضح مما سبق أن سن الرشد حسب م 42 من ق.م.ج هي تسعة عشرة (19) سنة كاملة ، فإذا أدرك الشخص تمام التاسعة عشرة من عمره و لم يسبق الحكم بالحجر عليه يكون كامل الأهلية ، و يستطيع مباشرة كافة حقوقه المدنية .

المطلب الثاني: مراحل تدرج الأهلية

ان الانسان لا يولد كامل الأهلية ، و انما لا بد أن يمر بمراحل تتطور فيها شخصيته شيئاً فشيئاً الى بلوغه سن الرشد ، فالتمييز لا يكتمل لدى الشخص فجأة و انما يتطور تدريجياً بحسب السن ، حيث يولد عديم الأهلية ، ثم ببلوغه سناً معينة يصبح شخصاً مميزاً فتكون لديه أهلية أداء جزئية ، و يظل يستفيد من تجارب الحياة حتى يكتمل نموه و ادراكه ، فيبلغ سن الرشد و يصبح كامل الأهلية²،

و هو الأمر الذي يوجب دراسة الفروع التالية :

- الفرع الأول: انعدام الاهلية .
- الفرع الثاني: نقصان الاهلية .
- الفرع الثالث: كمال الاهلية .

1المرجع نفسه ص232.

2علم الدين محي الدين اسماعيل ، نظرية العقد (مقارن بين القوانين العربية و الشريعة الاسلامية) ، دار الكتاب

الحديث، مصر ، ب.س ، ص 297 .

الفرع الأول: انعدام الأهلية

يعد الإدراك و التمييز أساسا لأي تصرف يقدم عليه الفرد في حياته ، لأن العقل و الرضا هما جوهر صحة تلك التصرفات ، فإذا لم يكن العقل كاملا فلا يوجد أي موجب للالتزام بأي تصرف.¹ و لما كان التمييز قرينة على قدرة الانسان لإجراء التصرفات خاصة المالية منها كان لابد من التطرق للأدوار الطبيعية للحياة التي يمر بها الانسان ، و التي تخضع لأربعة مراحل و هي : مرحلة الاجتنان ، مرحلة الطفولة ما قبل التمييز ، مرحلة التمييز و مرحلة بلوغ سن الرشد.

أولا : مرحلة الاجتنان

يقصد بمرحلة الاجتنان تلك المرحلة التي يكون فيها الانسان جنينا و لم يظهر للحياة بعد ، فبالرغم من عدم استقلاله بالحياة ، إلا أن له بعض الحقوق التي لا تحتاج لقبول منه ، كحق النسب لأبيه ، و حق الارث، و الاستفادة من الوصية ، و لكنه يبقى غير أهل للحقوق التي تتطلب ارادة منه ، لأنه ما دام في بطن أمه يعد شخصا غير مستقل بالحياة و لذلك لم تكن له أهلية وجوب كاملة.² و قد تحدث القرآن الكريم عن الجنين في عدة سور ، و عن الأدوار التي يمر بها كذلك و منها قوله تعالى { يخلقكم في بطون أمهاتكم خلقا من بعد خلق في ظلمات ثلاث}³ و في قوله أيضا { و نقر في الأرحام ما نشاء الى أجل مسمى ثم نخرجكم طفلا ثم لتبلغوا أشدكم}⁴. و بدورها اهتمت أغلب التشريعات العربية بحقوق الجنين ، و مثال ذلك ما نصت عليه م 29 من القانون المدني الليبي " تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته ، و مع ذلك فان حقوق الحمل المستكن يعينها القانون"⁵، و كذلك فعلت م 29 من القانون المدني المصري ، و م 34 من القانون المدني العراقي .

كما أكد المشرع الجزائري على تمتع الجنين بحقوقه الشرعية و القانونية ، حيث نصت م 25 من القانون المدني على ما يلي " تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته . على أن الجنين

1 قرني علي عادل يحي، المرجع السابق، ص 48.

2 مومن محمد ، المرجع السابق، ص 452 .

3 الآية 06 من سورة الزمر .

4 الآية 05 من سورة الحج .

5 قرني علي عادل يحي، المرجع السابق، ص 38 .

يتمتع بحقوقه المدنية بشرط أن يولد حيا " كما يمكن أن نستشف في العديد من المواضع من قانون الأسرة حقوق الجنين ، و نذكر منها م 128 التي نصت على ما يلي " يشترط لاستحقاق الارث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة ... " ، فقد ضمن المشرع للجنين حقه في الارث اذا كان حيا وقت افتتاح التركة ، فيوقف له نصيبه شرط أن يولد حيا ، و هذا ما أكدته م 134 بنصها " لا يرث الحمل إلا اذا ولد حيا " ثم جاء تفصيل الحق الذي يوقف للحمل أثناء تقسيم التركة في نص المادتين 173 و 174 في الفصل الخاص بالحمل حيث نصت م 173 على ما يلي " يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة اذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فان كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة الى أن تضع الحامل حملها " فيما نصت م 174 على ما يلي " اذا ادعت المرأة الحمل و كذبتها الورثة على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام م 43 من هذا القانون".

كما منح المشرع للجنين حقا في الوصية بموجب م 187 من قانون الأسرة بنصها " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا ، و اذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس " ، اضافة الى حقه في الاستفادة من الهبة حيث نصت م 209 من نفس القانون على أنه " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا " .

كما أن استحقاق الجنين للحقوق التي أقرها له القانون قد لقي تأكيدا في اجتهادات المحكمة العليا ، بموجب احدى القرارات المهمة المؤرخ في 1989/10/10 ، لما لجأت احدى الامهات الى القضاء ، و طالبت بالتعويض لصالح ابنها الذي كان جنينا وقت وقوع حادث أودى بحياة زوجها ، فجاء في القرار ما يلي " حيث أن م 25 من القانون المدني تنص بأن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا ، و بالتالي فله أهلية الوجوب ، هذا حيث يتبين من شهادة ميلاد الابن (ة) المزداد يوم 1989/12/11 أن هذا الولد كان جنينا وقت الحادث الذي أودى بحياة أبيه ، و بما أنه ولد حيا فانه يستحق التعويض كسائر الأولاد الآخرين " ¹.

و في الأخير ، يمكن القول أن الجنين رغم من عدم استقلاله بالحياة و ارتباطه بأمه ، فانه يتمتع ببعض الحقوق منحها اياه المشرع ، و لكن يبقى ذلك كله معلقا على شرط واحد ألا و هو ولادته حيا ، لأن الانسان قد يولد ميتا فيكون في حكم العدم و لا يثبت له شيء ، فحقوق الجنين احتمالية لا

1 المجلة القضائية العدد الأول 1989 ، رقم 35511، قرار بتاريخ 1984/10/10 ، ص 53 - 54 .

تصبح كاملة إلا بتوافر العنصر الناقص وهو ولادته حيا ، فان ولد حيا تثبت له هذه الحقوق بأثر رجعي.

ثانيا: مرحلة الطفولة ما قبل التمييز

تبدأ هذه المرحلة منذ ميلاد الطفل الى بلوغه سن التمييز ، يكون فيها مجردا كل التجرد من قدرة التمييز ، لأنه في تلك المرحلة يكون غير قادر على فهم مكنون أفعاله و لا يقدر نتائجها ، و ذلك لانعدام الإدراك لديه لقوله عز و جل ﴿وَاللّٰهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بَطُونَ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾¹.

و قد أكد القانون المدني الجزائري أن الطفل منذ بلوغه سن التمييز و هي ثلاثة عشر سنة ، يعتبر طفلا عديم الأهلية لا يستطيع مباشرة حقوقه المدنية ، حيث نصت م 42 على ما يلي "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون ، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة" .

فالصبي في هذه المرحلة لا يملك مباشرة أي نوع من التصرفات القانونية سواء كان من عقود التبرع ، أو التصرف ، أو الإدارة أو الاغتناء ولو كان نافعا له نفعا محضا ، و هو ما أكدته م 82 من قانون الأسرة بنصها " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة " ، نفس الحكم قضت به م 110 من القانون المدني الليبي بنصها " ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله و تكون جميع تصرفاته باطلة "²، نفس الأمر جاءت به م 175 من قانون الأحوال الشخصية التونسي بنصها " الصغير الذي لم يتم الثالث عشرة يعد غير مميز و جميع تصرفاته باطلة "³.

و في المقابل تثبت للطفل عديم الأهلية كل الحقوق المرتبطة بأهلية الوجوب من ميراث ، ووصية و هبة على النحو الذي ذكر في أنواع الأهلية .

1 الاية 78 من سورة النحل .

2 قرني علي عادل يحي، المرجع السابق، ص 88 - 89 .

3 الجندي أحمد نصر، المرجع السابق، ص 232 - 233 .

الفرع الثاني: نقصان الأهلية

الصبي المميز هو من بلغ سن التمييز وهي ثلاثة عشرة سنة وفقاً لنص م 42 من القانون المدني ، وقد عرف الصبي أنه هو الذي يعرف أن البيع سالب للملك و الشراء جالب له ، و يميز الغبن الفاحش من الغبن اليسير ، و يفهم الخطاب و يرد الجواب¹ ، ففي هذه المرحلة ينتقل الطفل من مرحلة الغموض و انعدام الأهلية الى مرحلة البلوغ ، فتظهر لديه أولى بوادر الإدراك و قدرة التمييز ، لتصبح لديه أهلية أداء و لكنها تبقى ناقصة ، حيث يميز في تصرفاته بين ثلاثة أنواع ، التصرفات النافعة ، التصرفات الضارة ، و التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر.

الا ان اتفاق الفقهاء في تعريف الصبي المميز، يقابله اختلاف في تحديد سن التمييز، وكذلك بين مختلف التشريعات مما يوجب تحديد هذا الاختلاف،

اولاً: اختلاف الفقهاء في تحديد سن التمييز

اختلف فقهاء الشريعة والقانون في تحديد سن التمييز، لأن الشخص لا يكون مميزاً إلا بعد أن تتضح قواه العقلية بعض الشيء و يكتسب بعض الخبرة، و معلوم أن هذا لا يتم للجميع بصورة واحدة، ولا في زمن واحد لاختلاف البشر ، باختلاف البيئات و العصور و الذكاء و الفطرة² فقد يصبح الطفل في سن معينة في بلد معين مميزاً، و يكون طفل آخر في نفس تلك السن في بلد آخر غير مميز، و هو الأمر الذي جعل القوانين تختلف في تحديد سن التمييز، لأن كل دولة أعلم بمستوى الاستعداد العقلي، و البدني و النفسي عند مواطنيها فكل دولة أدري بأحوال شعوبها، و لذلك يبقى توحيد سن التمييز بين دولة و أخرى أمراً صعباً.³

بينما يرى فقهاء الشريعة أنه يمكن تحديد مرحلة التمييز بالسن ، حيث قدروا أن سن التمييز تبدأ من تمام السابعة من العمر، ويستندون في ذلك الى حديث الرسول صلى الله عليه و سلم { مروا أولادكم

1حسن فرج عبد الرزاق ، نظرية العقد الموقوفة في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، ب.س ، ص 288 .

2 أبو الزهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار المحامي للطباعة، الطبعة الثالثة، القاهرة، د.س.ن ، ص 445.

3 قرني علي عادل يحي، المرجع السابق ص 63 .

بالصلاة لسبع و اضربوهم عليها لعشر و فرقوا بين في المضاجع¹، ويفهم من هذا الحديث أن الرسول صلى عليه و سلم قد أمر الأولياء أن يعودوا أولادهم على الصلاة و هم أبناء سبع ، و في ذلك قال الامام أحمد القشني من خلال حديثه عن شروط وجوب الصلاة " أنه من واجب الولي أبا كان أو جدا ، وصيا أو مقدا ، أن يأمر الطفل المميز ذكرا كان أو أنثى على الصلاة لسبع سنين ، أي بعد استكمالها"²، و أضاف كذلك " أن أحسن ما قيل في ضبط التمييز أن يصير الطفل بحيث يأكل وحده و يشرب وحده و يستجي و حده ، قال في الروضة يجب على الآباء و الأمهات تعليم أولادهم الصغار الطهارة و الصلاة..."³، و ذلك يدل على أن الشخص في هذه السن قد أصبح يملك قدرا كافيا من الإدراك و التمييز ما يجعله قادرا على فهم أهمية العبادات و فضل أدائها و كذلك مغبة تركها ، كما أمر الحديث الآباء أن يفرقوا بين الذكور و الاناث في المضاجع أثناء النوم ما بعد سن السابعة ، و ذلك خوفا من تفشي الفساد لأن الصبي أو الصبية أصبح يميز معنى النكاح ولو بالشيء اليسير⁴، و لذلك قال الدردير " ... و أمر صبي بها لسبع و ضرب عليها لعشر، و فرق بينهم في المضاجع ... "⁵.

و ما يمكن الوصول اليه في هذا الصدد ، أنه بالرغم من حجة علماء الشريعة الاسلامية الذين ضبطوا التمييز بالسن ، باعتمادهم على الحديث الذين أوردناهم حول الصلاة ، أي بسبع (07) سنوات، إلا أن هناك رأي آخر يضبط التمييز بالحال فيقول أن القاصر هو من يفهم الخطاب و يحسن الجواب، فإذا فهم الخطاب و أحسن الجواب ، فإننا نحكم بتمييزه ، لأن الأطفال يختلفون ، و هذا القول لا شك أنه صحيح ، فان الأطفال يختلفون فهما و ادراكا ، و لذلك كان الضبط بالحال له وجه، اضافة الى ذلك فان نظرنا الى ما طرأ على طبيعة الانسان من تغير بمرور الزمن ، وفقا للاعتبارات المنطقية التي

1الألباني محمد ناصر الدين ، صحيح الجامع الصغير و زيادته (الفتح الكبير) ، الجزء الثاني ، رقم (5868) ، المكتب الاسلامي ، الطبعة الثالثة ، 1988 ، ص 1021 .

2 القشني أحمد بن الحجازي ، مواهب الصمد في حل ألفاظ الزبد ، مطابع بن علي ، الدوحة ، قطر د.س.ن ، ص 151.

3 القشني أحمد بن الحجازي ، المرجع السابق ، ص 152.

4 السباعي و الصابوني، المعنى، ص 08 ، نقلا على قرني علي عادل يحي ، المرجع السابق ، ص 64.

5 الدردير أحمد بن محمد بن أحمد ، أقرب المسالك لمذهب الامام مالك، مكتبة أيوب كانو، نيجيريا، 2000، ص14.

أوردناها في الرأي الأول، فإن هذا الأخير قد يكون الأصح حالياً ، لأنه لا يمكن توحيد سن التمييز بين جميع الدول.¹

ثانياً: اختلاف القوانين في تحديد سن التمييز

اقتدت الكثير من التشريعات العربية بتحديد فقهاء الشريعة الإسلامية لسن التمييز فقد نصت م 02/45 من القانون المدني الليبي على أنه " ... وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز .."² و إلى هذا أشارت م 02/25 من القانون المدني المصري³، كما جاءت م 164 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بنفس الحكم بنصها " الصغير المميز أو غير المميز ، و الصغير غير المميز وفق أحكام هذا القانون هو من لم يتم السابعة من عمره ، و الصغير المميز هو من أتم السابعة من عمره"⁴.

وفي المقابل خالف المشرع الجزائري القوانين سالفه الذكر ، و خرج عن تلك القاعدة إذ حددت م 02/42 من القانون المدني سن التمييز بثلاث عشرة (13) سنة بنصها " ... يعتبر غير المميز من لم يبلغ ثلاث عشرة (13) سنة"⁵، و هو نفس الحكم الذي جاءت به م 01/157 من قانون الأحوال الشخصية التونسي بنصها " الصغير الذي لم يتم الثالثة عشرة يعد مميز و جميع تصرفاته باطلة. و في الأخير يمكن القول، بأن الشخص ببلوغه سن التمييز القانونية التي قدرها المشرع بثلاثة عشر سنة، يصبح شخصاً مميزاً ناقص الأهلية يكتسب أهلية أداء قاصرة وفقاً لنص م 43 من القانون المدني، ليستطيع ممارسة بعض الحقوق التي تعود بالنفع المحض له، أما الحقوق التي تدور بين النفع و الضرر فتحتاج إلى من يجيزها و هو وليه الشرعي، وقد ذهب الفقهاء إلى الربط بين نص المادة 43 ق.م.ج ونص المادة 101 ق م ج والتي تنص على أنه " يسقط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس "05" 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

1 قرني علي عادل يحي، المرجع السابق، ص 74 – 75.

2 المرجع نفسه، ص 44.

3 قرني علي عادل يحي، المرجع السابق، ص 44.

4 الجندي أحمد نصر ، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة ، المرجع السابق ، ص 396.

5 رغم ان المشرع الجزائري كان قد عدل سن التمييز بموجب القانون 05/10 و حددها بثلاث عشر (13) سنة ، بعد أن كان نص المادة 42 من القانون المدني عرضة للانتقاد الشديد بسبب تحديده لسن التمييز بستة عشرة (16) سنة ، إلا أن هذا التعديل لم يسلم بدوره من الانتقاد ممن يؤيد اتجاه علماء الشريعة.

انقطاعه، غير انه لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط او تدليس او اكراه اذا انقضت عشر "10" سنوات من وقت تمام العقد."، وعليه نجد المشرع الجزائري قد اخذ في اطار القانون المدني بنظرية القابلية للابطال، فيما يخص تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي تعتبر تصرفاته صحيحة منتجة لاثارها من يوم ابرامها، وللصبي المميز اذا بلغ سن الرشد الحق في اجازتها او في طلب ابطالها لمدة خمس "05" سنوات تبدأ من يوم بلوغه سن الرشد.

اما فيما يتعلق بقانون الاسرة الجزائري، فقد كان واضحا في بيان حكم تصرفات الصبي المميز، من خلال المادة 83 منه بنصها: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة اذا كانت نافعة له، وباطلة اذا كانت ضارة به، وتتوقف على اجازة الولي او الوصي فيما اذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الامر للقضاء¹.

باجراء مقارنة بسيطة مما سبق ذكره نجد ان تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تأخذ حكمين مختلفين، فهي قابلة للابطال حسب احكام القانون المدني، ومتوقفة على الاجازة حسب احكام قانون الاسرة، فلا يمكن الجمع بين الفكرتان لانهما متناقضتان، فالتصرف الموقوف هو تصرف صحيح منذ ابرامه لكنه غير نافذ، فلا ينتج اثاره الا بعد اجازته ممن له الحق في ذلك، اما التصرف القابل للابطال فهو تصرف صحيح مرتب لاثاره منذ ابرامه وقبل اجازته، ويفضل جل الفقهاء الاخذ بفكرة التصرف الموقوف لمنطقيتها، وخروجا عن القاعدة العامة فيما يتعلق بتصرفات الصبي المميز، يمكن ترشيد هذا الاخير في بعض الحالات بموجب امر قضائي يصدر بناء على طلب²، فيصبح كامل الاهلية بالنسبة لابرار تصرفات معينة بنفسه ولحسابه في كل امواله او بعضها، سواء كانت هذه التصرفات نافعة او ضارة او دائرة بين النفع والضرر، فيكون الترشيح بمثابة رخصة من القاضي اقرته المادة 84 ق أ ج، ويكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون اهلا لمباشرتها طبقا للمادة 38 فقرة 02 من ق م ج.

الفرع الثالث: كمال الأهلية

بعد أن يبلغ الانسان سن الرشد يصير قادرا على التمييز بين الخير و الشر ، و بين ما ينفع و ما يضر، و قادرا على تحمل أعباء الحياة لوحده ، و بدون أن يعتمد على مساعدة أو تدخل أي

1 انظر الملحق رقم 01.

2 انظر الملحق رقم 02 .

شخص آخر ، فيصبح بذلك قادرا على القيام بكل التصرفات القانونية و تحمل ما ينجر عنها من التزامات ، و هو الأمر الذي يدعوننا الى تعريف الرشد لغة و اصطلاحا وفقا لما يلي :

أولاً: الرشد لغة

الرشد و الرشد و الرشاد : نقيض الغي ، رشد الانسان بالفتح يرشد رشدا بالضم ، و رشد بالكسر يرشد ، فهو راشد و رشيد ، و هو نقيض الضلال¹، و الرشد كنصر و فرح ، واهتدى واسترشد ، وهو الاستقامة على طريق الحق.

ثانياً: الرشد اصطلاحاً

اتفق فقهاء الشريعة في تعريف الرشد و تحديد مدلوله، فيما ورد اختلاف في تحديد سن الرشد قانونا رغم اتفاق فقهاء القانون و أغلب التشريعات على تعريف الرشد.

أ- الرشد عند فقهاء الشريعة: اتفق جمهور الفقهاء على أن الرشد هو الصلاحية في العقل ، و هو حفظ المال و صيانته ، و حسن ادارته²، عملا بنص الآية الكريمة { *فان آتستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم* }³ و في ذلك قال أبي القاسم الزمخشري " قال محمود معناه اختبروا أحوالهم ، قال أحمد الابتلاء على هذا الوجه مذهب مالك رضي الله عنه غير أنه لا يكون عنده إلا بعد البلوغ ، و لا يدفع اليه من ماله شيء قبله... و عند مالك و الشافعي الابتلاء أن يتتبع أحواله و تصرفه في الأخذ و العطاء و يتبصر مخايله و ميله الى الدين..."⁴.

ب- الرشد قانوناً: تكتمل أهلية الأداء في الانسان ببلوغه سن الرشد ، فإذا بلغ الشخص سن الرشد و لم يسبق الحجر عليه يصبح كامل الأهلية ، و يستطيع ممارسة كل التصرفات المالية بنفسه ،

1 ابن المنظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، المرجع السابق، ص 1169 .

2 حسين أحمد فراج ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، المكتبة القانونية ، الدار الجامعية ، د.س.ن ، ص 222 .

3 الاية 06 من سورة النساء .

4 الزمخشري الخوارزمي أبي القاسم جار الله محمود بن عمر ، الكشاف في حقائق التنزيل و عيون الأقاويل في وجوه التأويل، الجزء الأول، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1977، ص 500 – 501 ، السعدي عبد الرحمان بن ناصر ، ارشاد أولي البصائر و الأبواب لنيل الفقه بأقرب الطرق و أيسر الأسباب ، مكتبة أضواء السلف ، الطبعة الأولى ، الرياض ، السعودية ، 2000 ، ص 206 .

و تنتهي الولاية على أمواله¹، يصير أيضا قادرا على تحمل الالتزامات بما فيها عواقب أفعاله الضارة.

وقد حدد المشرع سن الرشد ببلوغ الشخص سن التاسعة عشر (19) سنة كاملة بمقتضى م 40 من القانون المدني بنصها " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة "². و تجدر الإشارة الى الاختلاف القائم حول تحديد سن الرشد بين بعض القوانين العربية ، فقد حددت م 44 من القانون المدني الليبي سن الرشد بإحدى و عشرين (21) سنة بنصها " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد هي احدى و عشرين سنة ميلادية كاملة "³، كما حددت م 153 من قانون الأحوال الشخصية التونسي سن الرشد بعشرين سنة (20) كاملة بنصها " يعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد و هي عشرون سنة كاملة⁴، فيما حددت العديد من القوانين الأخرى سن الرشد بثمانية عشرة (18) سنة منها م 209 من قانون الأحوال الشخصية المغربي بنصها " سن الرشد القانوني (18) سنة كاملة " ، نفس الأمر جاءت به م 139 من قانون الأحوال الشخصية العماني بنصها " سن الرشد اتمام الثامنة عشر من العمر "⁵.

و بالعودة لأحكام القانون المدني الجزائري ، فان الشخص ذكرا كان أو أنثى اذا بلغ سن التاسعة عشر سنة كاملة، يكون قد أصبح راشدا كامل الأهلية، قادرا على اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، سواء لنفسه أو لصالح غيره شرط أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية ، وقد أضافت م 40 من القانون المدني هذا الشرط حتى لا تربط كمال الأهلية بعملية حسابية مجردة و انما بالواقع ، فأحيانا تداهم

1 قرني علي عدل يحي ، المرجع السابق ، ص 45.

2 من المعلوم أن القاعدة المطبقة قبل صدور القانون المدني الحالي لسنة 1975 ، كانت تحدد سن الرشد بواحد و عشرين سنة كاملة ، وهذا طبقا للتشريع الفرنسي الذي بقي معمولا به في الجزائر لغاية سنة 1975 ، زعلاني عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص 123 .

3 القرني علي عادل يحي، المرجع السابق ، ص 104 .

4 الجندي أحمد نصر، المرجع السابق ، ص 233.

5 الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان ، المرجع السابق ، ص 238 .

الإنسان عوارض من شأنها أن تصيبه في ملكاته العقلية فتشلها كلياً أو جزئياً و تؤثر في إرادته و إدراكه مما يجعله غير كامل الأهلية رغم بلوغه سن الرشد ، و الحجر يؤثر على أهلية الشخص.¹

المبحث الثاني: أهلية الزواج

بعد أن تطرقنا إلى الأحكام العامة للأهلية ، باعتبارها شرط من شروط عقد الزواج بحكم نص المادة 09 مكرر ق أ ج، كان لزاماً علينا أن نخوض في هذه المسألة أكثر، ذلك أن الأهلية وكما هو متعارف عليه في القواعد العامة تقتضي بلوغ سن محددة يعتبر الشخص خلالها أهلاً لممارسة تصرفاته، وهو نفس الأمر ينطبق على أهلية الزواج، إذ تقتضي بلوغ سن قانونية معينة يسمح فيها بالزواج، ويكون العقد صحيحاً مشتملاً على شرط الأهلية في الزواج، وعليه كان لزاماً على طالبي الزواج التقيد بهذا الشرط وعدم مخالفته وإلا بطل الزواج، وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى سن الزواج (مطلب أول)، ثم جزاء مخالفة سن الزواج (مطلب ثاني) .

المطلب الأول: سن الزواج

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 عن 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 سن الزواج في الشرائع السماوية (فرع أول)، ثم بلوغ سن الزواج في القوانين الوضعية (فرع ثاني) .

الفرع الأول: بلوغ سن الزواج في الشرائع السماوية

أولاً: في الشريعة اليهودية

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

1 زعلاني عبد المجيد ، المرجع السابق ص 124 .

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 رجلاً بمعنى الكلمة، فمن يمتنع عن الزواج فهو يأثم، و ينتقص من صورة الرب و ارغام الحضرة الإلهية بالابتعاد عن اسرائيل، لذلك فإنه طبقاً للتلموذ تستطيع السلطات إكراه الشخص على الزواج، لان الذي يعيش دون زواج حتى سن العشرين يكون ملعوناً من الرب.

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 و يوم واحد، وعمر البنت المتزوجة عن ثمان (08) سنوات ويوم واحد، فإن بلغ المتزوجان السن المحددة لم يحتاجا إلى موافقة الأولياء.¹

وفي شريعة القرائين ليس هناك سنا محددة للزواج، وإنما يناط الأمر بالبلوغ الطبيعي الذي يستدل عليه بما يصاحبه عادة من تغيرات جسمية.²

و يعتبر اليهود الجنون المطبق في أحد الطرفين مانع من الزواج، وإلا كان الزواج باطلا.³

ثانياً : في الشريعة المسيحية

يعتبر الزواج من المقدسات لدى جميع الطوائف المسيحية، وتعتبره الطوائف الأرثوذكسية والكاثوليكية سرا مقدساً، وهو رمز لإتحاد المسيح بالكنيسة، ولكن الطوائف البروتستانتية تعتبره رابطة مقدسة مفضلة على البتولية، لان الله رسم نظام الزواج منذ بدء الخليقة و كرمه، ولكنها لا ترتفع به إلى مستوى السر الإلهي المقدس.⁴

1 فؤاد عبد اللطيف احمد، الزواج المبكر بين احكام الشريعة واحكام القوانين الوضعية ، مقال منشور بمجلة الحجاز

العالمية المحكمة للدراسات الاسلامية والعربية، ع 12، جامعة فيلادلفيا ، عمان ، الاردن، 2015، ص 262، 263.

2 محمد شكري سرور، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، د.ط، دار الفكر العربي ، مصر، 1979، ص

140.

3 محمد فخر شفقة، شرح احكام الاحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود :دراسة قانونية فقهية مقارنة، ج 1،

د.ط، د.د.ن، دمشق، سوريا، 1972، ص 216.

4 فؤاد عبد اللطيف أحمد، المرجع السابق، ص 263 .

ولم تعتبر بعد المذاهب النصرانية البلوغ كشرط لأهلية الزواج ، وإنما اعتبرت تحديد السن قانونا هو الشرط، كما اشترطت العقل لصحة عقد الزواج بأن يكون المتعاقدين عاقلين مستكملي القوى التي تمكنهما من إتمام الاقتران الطبيعي ، و اذا ثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن عاقلا 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 البروتستانتى، كما اعتبرت المادة 16 من مشروع الأرمن الأرثوذكس أن زواج المصابين بالأمراض العقلية ممنوع منعاً باتاً.¹

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 الانجيليون، 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 (18) عشرة سنة للرجل وستة عشرة (16) سنة للمرأة.²

ثالثاً: في الشريعة الإسلامية

إذا ألقينا نظرة على الكتب الفقهية القديمة وجدنا أنها لا تأخذ في الأصل بفكرة السن في الزواج وإنما بالبلوغ،

و البلوغ لغة ،جاء في لسان العرب ،بلغ الشيء يبلغ بلوغاً وبلوغاً،اي وصل وانتهى،وبلغ الغلام احتلم كانه بلغ وقت الكتاب عليه والتكليف، وكذلك بلغت الجارية التهذيب،بلغ الصبي والجارية اذا ادركا وهما بالغان³، والبلوغ الوصول، قال الجوهري بلغ الغلام: ادرك والمراد به بلوغ حد التكليف.⁴

1 محمد فهد شفقة، المرجع السابق، ص 216—218.

2 فؤاد عبد اللطيف احمد، المرجع السابق، ص 264.

3 سعيد قاضي،رضا المكلفة في انشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية،جامعة الجزائر1، كلية العلوم الإسلامية،قسم الشريعة والقانون

2010—2011، ص 55

4 عمر سليمان الاشقر،احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة،دار النقائس للنشر والتوزيع، الاردن 1997،ص 109

والبلوغ شرعا: انتهاء حد الصغر في الانسان ليحكم عليه الشارع بالتكاليف الشرعية¹، فهو عبارة عن تغيير الشخص من حالة الطفولة الى غيرها، وصحة تصرفاته كالبيع، الشراء، والهبة والزواج والطلاق وغيرها.

والبلوغ هو 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.²

ويعرف الإنزال أو ما يسمى بالاحتلام بأنه خروج المني المتدفق بلذة في حال النوم أو في حال اليقظة بالجماع.³

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 الإبطن أو اللحية أو الشارب، لأن ذلك يتأخر عن البلوغ، وحينئذ لا يكون علامة عليه⁴، أما الحيض فهو الدم الذي ينفسه رحم المرأة بصورة دورية كل شهر قمري غالبا، خلال فترة نشاطها الجنسي التي تمتد من البلوغ إلى سن اليأس، ويتوقف مؤقتا أثناء الحمل و النفاس، كما يمكن أن يتوقف مؤقتا أو نهائيا بسبب بعض الأمراض.⁵

أما الحمل أو ما يعرف بالحبل، فهو تخلق الجنين في رحم أمه، وله علامات تدل عليه منها انقطاع الطمث، انتفاخ البطن تدريجيا ... إلخ.⁶

وعليه فإنه يصعب تحديد سن معينة تنطبق على جميع الأشخاص لأن وقت ظهور تلك الأمارات يختلف باختلاف الأشخاص ونموهم.⁷

1 محمد عميم الاحسان المجددي البركني، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 46.

2 جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 48

3 عمر سليمان الاشقر، المرجع السابق، ص 111،

4 سعيد قاضي، المرجع السابق ص 66-67

5 أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ط 1، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000، ص 408.

6 المرجع نفسه، ص 373.

7 جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 49.

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 تقييد 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.¹

وأمام هذا الاختلاف في تحديد سن البلوغ الذي تتم به أهلية كل من الفتى و الفتاة 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.²

وقد قدر جمهور الفقهاء سن البلوغ بالخامسة عشر للذكور و الإناث، في حين ذهب الفقه المالكي إلى أن نهايته هي ثمانية عشر عاما في الفتى و الفتاة، وأما الحنفية فقالوا أن البلوغ يتحقق في الثامنة عشر بالنسبة للذكر و السابعة عشر بالنسبة للإناث.³

وتبقى مسألة سن البلوغ مسألة مرتبطة بما أودعه الله تعالى من قوانين و سنن طبيعية في الكون لها تأثيرها على نمو قدرات الأفراد الجسمية و العقلية.

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

1 نجاة 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 .

2 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، الجزائر، 1989، ص 93.

3 العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج 1، ط1، دار الثقافة، الجزائر، 2012، ص 156-

وضع علامات ومعايير كثيرة ومتنوعة لإمكانية تحديد سن البلوغ وسن الرشد، ومن ثم إمكانية تحديد سن أهلية الزواج.¹

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

الفرع الثاني : بلوغ سن الزواج في القوانين الوضعية

نحاول أن نتطرق في هذا العنصر إلى بلوغ السن القانوني للزواج في الاتفاقيات الدولية (أولاً)، ثم في القوانين المقارنة (ثانياً)، ثم في القانون الجزائري (ثالثاً).

أولاً : 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.²

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

1. الطلب من الدول تحديد سن الزواج في قوانينها:

وهذا الامر 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...".³ وجاء أيضاً في نص المادة 02/23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية لعام 1966 " يكون للرجل و المرأة ابتداء من بلوغ سن الزواج حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة".⁴

1 سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 93.

2 نهى قرطاجي، دور الاتفاقيات الدولية في الوقوف في وجه الزواج المبكر، محاضرة أقيمت في المؤتمر الاسلامي الخامس للشريعة والقانون بموضوع: الزواج الشرعي المبكر في مواجهة الفوضى الجنسية و الموائيق الدولية، جامعة طرابلس، يومي 30 - 31 ماي 2015 ، ص 06.

3 اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج لسنة 1962 ،أنظر الموقع الإلكتروني <http://www.iraqialamal.or> ، بتاريخ 22 افريل 2022 ، على الساعة 15:00 .

4 العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966 ،أنظر الموقع الإلكتروني <https://www.unicef.org> ، بتاريخ 30 مارس 2022 ، على الساعة 19:00 .

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 إلزامياً¹ ، وقد تبع هذه الاتفاقية توصية رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، والتي قضت بأن الحد الأدنى للزواج ينبغي أن يكون 18 سنة للرجل و المرأة، وهذا الحد لسن الزواج الذي يتماشى مع تعريف الطفل المنصوص عليه في اتفاقية حقوق الطفل.²

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..³، 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.⁴

ثانياً: في القوانين المقارنة

عمدت التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري إلى تحديد سن معين للزواج، وعليه سنحاول من خلال هذا العنصر التركيز على بعض من هذه التشريعات و ليس كلها لمعرفة هذه السن .

1 اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) لسنة 1979 ،أنظر الموقع الإلكتروني http://www.un.org/women_watch/daw/cedaw ، بتاريخ 30 مارس 2022 ، على الساعة 19:10 .

2 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 30 مارس 2022 ، على الساعة 19:40 .

3 اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 ، أنظر الموقع الإلكتروني : <https://www.unicef.org/arabic/crc> ، بتاريخ 30 مارس 2022 ، على الساعة 20:00 .

4 نهى قرطاجي ، المرجع السابق ، ص 06 .

1. مدونة الأسرة المغربية:

نص المشرع المغربي في المادة 123 م أ م على مايلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: 1_ أهلية الزوج و الزوجة..."، ونص في المادة 19 م أ م على ما يلي " تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى و الفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية"¹.
إذن يتضح من خلال هذين النصين أن المشرع المغربي قد اعتبر أهلية الزواج شرطا من شروط عقد الزواج، كما أنه ساوى بين أهلية الزواج بالنسبة للرجل و المرأة، وقام بتحديد سن أهلية الزواج للزوجين ببلوغهما ثمان عشرة (18) سنة مع تمتعهما بقواهما العقلية²، وهذا بعدما كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تقيم تمييزا في سن الزواج بين الفتى و الفتاة، والذي كان محددًا بخمسة عشر (15) سنة بالنسبة للفتاة و ثمانية عشر (18) سنة بالنسبة للفتى.³
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 من الألفة والمودة والرحمة بين أفرادها، ومحاولة تفادي كل الأخطار الجسمية النفسية والاجتماعية التي قد تترتب على الزواج المبكر، وتماشيا مع ما جاءت به المواثيق الدولية.⁴
إذن فالمشرع المغربي اعتبر الأهلية شرطا من شروط عقد الزواج وحددها ب 18 سنة، لكلا الجنسين مع التمتع بالقوى العقلية.

1 القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، ج.ر.ع 5184، بتاريخ 05 فيفري 2004، انظر الموقع

الالكتروني <http://adala.justice.gov.ma/>، بتاريخ 12 ماي 2022 على الساعة 12:00.

2 أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2010، ص 67-68 .

3 انس سعدون، زواج القاصر بين المعايير الدولية و مدونة الاسرة ،مقال منشور بجريدة بني ملال بريس ،انظر

الموقع الالكتروني <http://benimelalpres.com> ، بتاريخ 03 مارس 2022 ، على الساعة 16:36.

4 ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون شؤون الاسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 اوت 1955،

سكيكة، 2011-2012 ، ص 41.

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 و عشرين (20) سنة بالنسبة للفتى، إلا أنه وبتنقيح الفصل الخامس (05) من مجلة الأحوال الشخصية ، وذلك بالقانون عدد 32 سنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007 وحد المشرع 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 الأطفال وربما حدا للنسل.¹

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 "...².

إذن فالمشرع التونسي هو الآخر اشترط الأهلية في الزواج و حددها ب 18 سنة للجنسين .

3. قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

نص المشرع 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"³ إذن نلاحظ أنه قد سار على نهج المشرع المغربي واشترط في الأهلية أن تتوفر فيها السن و العقل.

و بالرجوع 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"⁴، نجد أن

1 ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، د. ط، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص 43
2 أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشور بالرائد الرسمي التونسي، ع 66، الصادر في 17 اوت 1956، انظر الموقع الإلكتروني : <http://www.e-justice.tn/> بتاريخ 2022/03/12 على الساعة 13:00،
3 قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 و قانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، مجموعة التشريعات الكويتية، ج 8، ط 1، إصدار وزارة العدل، 2011.
4 المرجع نفسه.

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 ميز 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.¹

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 ثماني عشرة (18) سنة ميلادية وقت رفع الدعوى.."²

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 يجوز توثيق عقد الزواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثماني عشر سنة ميلادية كاملة "، ليضع بذلك حداً موحداً هو بلوغ سن 18 سنة كما في القانون المغربي.³

إذن فالمشرع المصري هو الآخر وحد سن أهلية الزواج بين الجنسين و جعلها 18 سنة.

1 أحمد شامي، المرجع السابق، ص 68، نقلاً عن رمضان علي الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 56-57 .

2 القانون المصري رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، أنظر الموقع الإلكتروني: <https://old.qadaya.net/nod/77>، بتاريخ 30 مارس 2022، على الساعة 21:00 .

3 أحمد شامي، المرجع السابق، ص 68-69.

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 لاسباب جسمية".¹

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 " و المادة 145 ق م ف "يمكن لوكيل الجمهورية أن يمنح إعفاءات من الزواج إذا كانت هناك أسباب جدية".² نجد أن المشرع الفرنسي هو الآخر جعل سن الزواج هو 18 سنة كباقي التشريعات المقارنة. كذلك نجد ضمن المبادئ الأساسية للقانون الألماني أنه يحق لكل شخص عادي من سن (18) سنة من حيث المبدأ أن يقرر بحرية إبرام أي عقد مع أي شخص و بأي مضمون.³

ثالثا : 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 و المادة 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

1عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني، دراسة مقارنة، ط1، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، 1994، ص 113 .

2 القانون المدني الفرنسي، Code civil Version consolidée au 2 mars 2017،

انظر الموقع الالكتروني / <http://www.legifrance.gouv.fr/> بتاريخ 22 افريل 2022 على الساعة 15:00،

3 Bayerisches staatsmimi sterium der just tiz (arabisch) www.justuz.bayem.de

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 رئيسا و قاضي 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 ممثلهما.

ولا بد 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. لم يضع القانون معيارا 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 الاسلامية حيث اتفق الفقهاء على اختلاف سن الزواج بالنسبة للرجل عن المرأة .
2. قصر تطبيق هذا النص على المواطنين الذين لا يتمتعون بحقوق الفرنسيين بمعنى شكلا تطبيق نظام خاص عليهم مستوحى من الشريعة الاسلامية بالرغم من الخروج على تلك القواعد كما رأينا في تحديد السن بـ 15 سنة دون تفرقة بين الرجل والمرأة.
3. فرض القانون التصريح السابق بالخطبة أمام الموظف المختص بتصريحات الزواج، ويعني ذلك تقييد حقوق المواطن الذي لا يتمتع بحقوق المواطنين الفرنسيين ، وهذا تفریق بين المسلمين على أساس نزعة عنصرية بالرغم من قواعد العدالة والمساواة التي ينص عليها ديننا الحنيف .
4. أباح القانون للسلطة الفرنسية الاعفاء من بعض أو كل الشروط السابق ذكرها في حالة وجود مبررات موضوعية وترك الأمر للسلطة التقديرية للحاكم العام.²

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

2 عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة ، د.ط ، منشورات جامعة باجي مختار ، عنابة ، الجزائر ، 2006 ،

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 و الساورة و الواحات.¹

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"²، مع الإشارة إلى أن هذه المادة قد ألغيت بالقانون رقم 63-224، الذي سنأتي إليه في حينه.

من خلال نص هذه المادة نخلص الى ما يلي:

1. أن هذا النص لم يغير الأحكام التي سبق ذكرها في القانون رقم 30-323.
 2. أضاف هذا النص تعديلا جزئيا بزيادة سن الزواج بالنسبة للرجل، حيث أصبح ثمانية عشرة سنة، بينما أبقى عليها بالنسبة للمرأة بخمس عشرة سنة.
 3. يسري هذا القانون على عقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الخاضعين لنظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر، و الساورة و الواحات. 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 09/90 المؤرخ في 07 افريل 1990.³
- 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 و احصاء 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 الاباضي"، وهذا التفريق كان له أبعاد سياسية و اجتماعية، لأن المستعمر كان يعمل آنذاك سياسة –

1 سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح احكام الزواج والطلاق بعد التعديل ،ط4،دار هومة،الجزائر2010 ، ص 23 – 24 .

2 قانون رقم 59-274 ، بتاريخ 04 فيفري 1959 خاص بعقود الزواج التي يعقدها الاشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر والواحات و الساورة، ج. ر 02/11/1959.

3 عيسى حداد، المرجع السابق ،ص 88 – 89

فرق تسد -، لكن بعد استقلال الدولة الجزائرية واسترجاع سيادتها، فقد ظهرت قوانين تنص على المحافظة على وحدة الشعب والأمة الجزائرية المسلمة.¹

2. مرحلة ما بعد الاستقلال :

ونحاول أن نتطرق في هذه المرحلة إلى سن الزواج من خلال النصوص القانونية التالية :

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

ست (6) مواد، وكل مادة تشتمل على قاعدة قانونية معينة، 2 و المادة التي تهمنا هنا هي

نص المادة 01 منه ، و التي تحدد سن الزواج لكل من الفتى و الفتاة بنصها على ما يلي : " لا

يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة ، و لا للمرأة التي لم تكمل السادسة عشر سنة أن

يعقدا زواجهما ... ".³

اذن من خلال نص هذه المادة نجد ان المشرع الجزائري قد حدد سن الزواج بثمانية عشر "18" سنة

للفتى و ستة عشر سنة "16" للفتاة ،

لكن وعلى الرغم من صدور القانون رقم 63-224 ، الا ان الشعب الجزائري لم ينل جزء من

استقلاله التشريعي وظل طوال مدة قدرها 21 سنة بلا قانون للاحوال الشخصية ، الى ان صادق

البرلمان الجزائري على قانون الاسرة المستمد من الشريعة الاسلامية واصبح ساريا بتاريخ 09 جوان

1984، وهو القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الاسرة .⁴

2. قانون رقم 84 - 11 : و هو القانون الصادر بتاريخ 09 جوان 1984 و يتضمن قانون

الأسرة ، و قد نص على سن الزواج في المادة 07 / 01 منه " تكتمل أهلية الرجل بتمام 21

سنة و للمرأة بتمام 18 سنة ... ".⁵

1 عيسى حداد، المرجع السابق، ص 89-90 .

2 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 27.

3 قانون رقم 63- 224 ، بتاريخ 29/06/1963 ، المتضمن تحديد سن الزواج ، ج.ر 2، يوليو 1963.

4ابنسام مليط، المرجع السابق، ص 37.

5 القانون رقم 84 - 11 ، المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الاسرة ، ج.ر.ع 24 ، الصادر في

. 1984/09/12

اذن نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد رفع سن الزواج بالنسبة للرجل الى 21 سنة و بالنسبة للمرأة الى 18 سنة كاملة .

وبهذا يكون قانون الأسرة قد عالج من خلال نص المادة 07 نفس الموضوع الذي سبق وأن عالجه المادة 01 من القانون رقم 63-224، والتي كانت قد حددت أهلية الفتى للزواج بسن 18 سنة و أهلية 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.¹

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 مكونة من 52 عضواً، باشرت عملها في شكل ورشات على مستوى المحكمة العليا، 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.²

ج_ الأمر رقم 05 - 02 : وهو الأمر الصادر بتاريخ 27-02-2005، 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..."³، وبناءً على نص هذه المادة فإن المشرع الجزائري قد وحد سن الزواج للرجل والمرأة على السواء ب 19 سنة، 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 و تربية 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 .

1 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص 97 .

2 ابتسام مليط ، المرجع السابق ، ص 38 .

3 الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في

09 جوان 1984، المتضمن قانون الاسرة، ج.ر.ع 15، الصادر في 27/02/2005 .

ج3_ 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.¹

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 المدني بـ 19 سنة، كما أنه لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، والتي لا تحدد البلوغ بسن محددة وإنما يستدل عليه بأمارات بيولوجية.²

فكل من بلغ سن 19 سنة يتمتع بحق التزوج وتكوين أسرة وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، وهو حق معترف به في الاعلان 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 و أثناء قيامه و عند انحلاله".³

وتجدر الإشارة إلى أن الوضع يختلف عندما يبرم 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.⁴ 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

1 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.

2 أحمد شامي، المرجع السابق، ص 66-67.

3 الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، أنظر الموقع الإلكتروني: <https://www.bibalex.org/>، بتاريخ

02 أفريل 2022، على الساعة 17:44.

4 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 164.

في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".¹

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 موثقا كان أو ضابط الحالة المدنية أو غيرهما ، لا يجوز له أن يمتنع عن تحرير عقد الزواج بسبب عدم بلوغ الزوجة الأجنبية سن 19 سنة من عمرها.²

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.³

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.⁴

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.

1 الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 78 الصادر في

1975/09/30 معدل ومتمم، .

2 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 164.

3 عيسى حداد، المرجع السابق، ص 100 .

4 المرجع نفسه، ص 100-101 .

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 و أهلية 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 بـ 21 سنة.¹

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

غير أن التعديل جاء تحت ضغوط بعض المحظيات من بعض المسائسات، حيث أن مساواة المشرع الجزائري بين الرجل و المرأة في سن أهلية الزواج هي مساواة شكلية أكثر منها جوهرية، خاصة إذا علمنا جميعا أن المشكلة التي يشكو منها المجتمع الجزائري ليست هي مشكلة الزواج المبكر، بل هي مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة، ومشكلة البطالة و العجز عن تحمل تكاليف الزواج بالنسبة للرجل.²

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 عمليا أن المرأة تبلغ قبل الرجل، ومن ثم تصبح مؤهلة للزواج قبله، وأما ثاني إشكال هو ما جدوى هذا التوحيد بين سن الرشد المدني و سن الزواج؟، حيث أن هذا التوحيد يعتبر مبالغ فيه، وهذا لما يتميز به عقد الزواج من خصائص عن بقية العقود، حيث يفترض فيه البلوغ و العقل 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 وفقا لما تقتضيه التصرفات ذات الصبغة المالية.³ كما أن تحديد سن الزواج بـ 19 سنة بالنسبة للرجل يطرح إشكالية تحمل أعباء الحياة، خاصة وأن الرجل في

1 ابتسام مليط، المرجع السابق، ص 38 .

2 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 25 .

3 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.

هذه السن غالبا ما يكون غير متحصل على عمل، ذلك أن هناك نصوص قانونية لا تسمح بتبوء مناصب عمل و امتهان مهن حرة للشباب أقل من 23 سنة.¹

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يكن ملزما بأن يساوي بين أهلية الزواج و سن 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 الى الأفضل و تقادي الحالات التي يلجأ فيها إلى الزواج رغم عدم توافر السن القانونية، ولما يتبع ذلك من مشاكل بالنسبة للأسرة.²

المطلب الثاني: جزاء مخالفة سن الزواج

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 و ذلك بإبرام عقد زواج دون بلوغ السن القانونية، ولكن بالعودة إلى نصوص القانون نجدنا مختلفة في هذه المسألة فبعضها يحدد صراحة و بعضها لم يشر إليها قط، مما أدى إلى ظهور خلاف فقهي حول الجزاء المترتب على هذه المخالفة، لكن الأمر يختلف عنه بالنسبة للقوانين المقارنة، و عليه سنتناول في هذا المطلب جزاء مخالفة سن الزواج في القانون الجزائري (الفرع الأول) ثم جزاء مخالفة سن الزواج في القوانين المقارنة (الفرع ثاني) .

الفرع الأول: جزاء مخالفة سن الزواج 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 القانوني على مخالفة هذه السن وموقف الفقه من هذا الجزاء.

1 يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة: الزواج والطلاق ، ط2 ، دار هومة، الجزائر، 2008 ،ص

. 16 - 15

2 عبد الحكيم بوجاني ، المرجع السابق ، ص 67 - 48 .

أولا : الجزاء القانوني

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 في حالة مخالفة شرط السن، حيث تنص م 02 منه على أنه "... ولا بد أن يبزر الأطراف ذلك للموظف بالهوية وسن الخطيبين، وتبرير العمل لا يمكن إلا بشهادة الحالة المدنية أو بحكم يحل محلها... و عدم احترام الأطراف 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، و عقوبة جزائية تتمثل في الحبس و الغرامة، وهذا سواء كانت المخالفة قد صدرت من الأطراف أنفسهم أو من ممثليهم.

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 (عاملات الجزائر، و الساورة و الواحات) 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 إحداهما جنائية و الأخرى مدنية.² فالجزاء الجنائي نصت عليه م 02 من هذا القانون كما يلي: " يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية و القاضي و الزوجين و ممثليهما والشركاء الذين لم يحترموا السن القانوني بالحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر، وبالغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد أو بإحدى العقوبتين".³

1 قانون رقم 30-323 بتاريخ 02 ماي 1930، المرجع السابق.

2 محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري والمواثيق الدولية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2015-2016 ص 126.

3 قانون رقم 63-224، المرجع السابق.

ويعني هذا النص توقيع عقوبة الحبس و الغرامة المنصوص عليهما أو بإحداهما على كل من يخالف شرط السن سواء من ممثلي السلطة العامة أو من الأولياء أو الزوجين أو الشهود.¹ أما الجزاء المدني نصت عليه م 03 من هذا القانون كما يلي: "كل عقد زواج أبرم خالفا لأحكام المادة الأولى يكون باطلا إذا لم يلحقه دخول، و يجوز الطعن فيه من الزوجين شخصا 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".²

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 الأمرة ، وبطلان نسبي ويكون ذلك بعد الدخول، و الفرق بينهما أن البطلان المطلق يجوز لكل من الزوجين و النيابة العامة، ولكل 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.³

وبالرجوع إلى نص م 04 من هذا القانون نجدها 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.⁴

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد جعل عقد الزواج صحيحا بصفة مطلقة بالنسبة للزوجين و لغيرهما في الحالتين 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 صارا الزوجان بالغان.

1 عيسى حداد، عقد الزواج، المرجع السابق، ص 91.

2 قانون رقم 63-224، المرجع السابق .

3 محمد الصالح بن عומר، المرجع السابق، ص 127.

4 قانون رقم 63-224، المرجع السابق.

الحالة الثانية: إذا كانت الزوجة التي لم تبلغ السن قد حملت¹.

ويعتبر نص م 04 المشار إليه أعلاه كاستثناء على الأصل، والهدف منه الحد من خطر الانحلال قدر المستطاع لحماية و صيانة الأسرة، ذلك أن عقد الزواج ليس كغيره من العقود في حالة الانحلال ، نظرا للآثار التي يترتبها على الزوجين و الأسرة و المجتمع.²

ثانيا: موقف الفقه من الجزاء القانوني

لقد أثار نص م 07 ق أ ج الخلاف بين العديد من شراح القانون الجزائري على الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج و انقسموا 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 عقد الزواج³ ، ذلك أن المشرع قد وضع نصب عينيه مصلحة الفرد و المجتمع عند تحديده لتلك السن ، ولكن لم يعطها القيمة القانونية اللازمة لها ذلك أنها نهيا دون جزاء قد لا يجدي نفعا لدى البعض ، و خاصة عند علمهم بما تنص عليه م 22 ق أ ج من امكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء⁴، حيث قضت بما يلي :

(1) " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

(2) يجب تسجيل حكم تثبیت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"⁵.

وبالتالي يشكل انتفاء شرط السن عاملا من عوامل ذیوع الزواج العرفي، ذلك أن الزواج قبل السن القانونية غير متاح على إطلاقه للجميع، لخضوعه للسلطة التقديرية للقاضي في إطار قيد المصلحة

1 عيسى حداد، عقد الزواج، المرجع السابق، ص 92.

2 محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 127-128.

3 الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2005، ص 31.

4 جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 56.

5 الأمر رقم 02-05، المرجع السابق .

والضرورة - كما سنرى لاحقاً- مما يؤدي إلى استغناء الأفراد عن هذا الإذن في حالة الرفض مع علمهم امكانية تسجيله لاحقاً.¹

ولعل أشنع الآثار السلبية التي تنجم عن الزواج العرفي هو ضياع أنساب الأطفال، فغالبية من يتزوج عرفياً 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 للفراش-، لكن الأمر ليس باليسير بالنسبة للزوجة خاصة في حالة إنكار الزوج ونفيه للنسب.²

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.

وعليه فإن باب التحايل على نص م 07 ق أ ج ما يزال مفتوحاً، وأن الناس لا يزالون يبرمون عقود زواج دون الرخصة المطلوبة، وبعدها يضعون المحكمة أمام الأمر الواقع، وبعد مرور مدة من الزمن وانجاب 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.³

وفي هذا الصدد يطرح تساؤل حول الوضعية القانونية للمرأة التي تتزوج زواجا عرفياً وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وبعد أن تحمل وتلد أولاداً 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 المرأة متزوجة مع رجلين في آن واحد من الناحية الإدارية، و لا يمكن الحكم بعد ذلك بطلاقها من الرجل الأول بأثر رجعي، ورفض المحكمة تسجيل هذا العقد العرفي الذي تلاه طلاق

1 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.

2 المرجع نفسه، ص 54.

3 سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 61.

عرفي وزواج رسمي، فإن ذلك قد يلحق ضررا بالأطفال الناتجين عن هذا الزواج العرفي سواء من حيث نسبهم أو من حيث نصيبهم من تركة أبيهم¹ 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.²

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.³

2. الرأي القائل ببطلان عقد الزواج المبرم دون السن القانونية للزواج: يذهب اتجاه آخر من

الشرح الجزائريين إلى القول ببطلان عقد الزواج إذا تخلف شرط السن، وذلك بتطبيق أحكام القانون رقم 63-224 و الخاصة فقط بتحديد الجزاء.⁴

حيث يذهب هذا الرأي إلى القول بأن المشرع قد أعطى لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة، وذلك بواسطة قانون 29 جوان 1963.⁵

وتنص م 223 ق أ ج على أنه "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".⁶

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

1 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 30-31.

2 المرجع نفسه، ص 31.

3 جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 61.

4 محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 129.

5 جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 56.

6 الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

ألغيت ضمنيا، 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.¹

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.² فهو - الدكتور تشوار جيلالي- و ان كان يقر بتفسير الدكتور سعد عبد العزيز و يرى 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 ضمنيا الغاء كلياً، 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.³ وهذا الأمر صرحت به م 02/02 ق م ج بنصها على أنه "...وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".⁴

وعليه في حالة تنظيم قانون سبق تنظيمه بقانون قديم، فإن هذا الأخير يلغى كلياً، ذلك أن قيام المشرع بإعادة تنظيمه لنفس الموضوع من جديد، يفيد حتما عن تخليه كلياً عن القانون القديم، ويكون الإلغاء ولو أغفل القانون الجديد بعض المسائل التي كانت منظمة في القانون القديم، وهي الحالة محل

1 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 99.

2 جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 59.

3 المرجع نفسه، ص 60.

4 الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

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.¹ والأمر الذي يبرر إلغاء قانون رقم 63-224 بأكمله، أن التعارض لم يقع بصدد حكم تفصيلي وإنما وقع بصدد المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه هذا القانون، فالمشرع 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.² وفي الأخير و حسب 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.

حيث تنص م 09 ق أ ج على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وتنص م 06 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

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

1 محمد الصالح بن عومر، المرجع السابق، ص 130.

2 جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 61.

3 الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

4 جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 61.

5 العربي بلحاج، 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 بعد 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 و صريح، حيث تأخذ بما ذهب إليه هذا الاتجاه الأخير الذي يقر ببطلان عقد الزواج المبرم دون السن القانونية للزواج.

ثالثا: حكم زواج القصر "الصغار" وسلطة الولي في ذلك

سبق و ان تطرقنا في عنصر تدرج الأهلية بحسب السن إلى الصغير غير المميز و الصغير 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 الزواج³، وذلك في قوله تعالى ﴿ وَاللَّائِي يَسْنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعَدْتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ وَإُولَاتِ الْأَحْمَالِ إِنْ جَلِهِنَّ إِنْ يَضَعْنَ حَمَلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يسرا ﴾⁴ 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 و أصحابه من بعده، ولما قد يكون فيه من

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، دراسة مقارنة، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ص145.

4 سورة الطلاق الآية 04.

تحقيق مصلحة في بعض الحالات، فقد يأتي الكفاء بطلب زواج الصغيرة و الولي حريص على مصلحة ابنته الصغيرة فيزوجها حتى لا يفوت الكفاء 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 و أنا بنت ست سنين و دخل بي وأنا بنت تسع سنين.²

وقد انتشرت ظاهرة الزواج بالقاصرات و لعل 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 و الإسلامي 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 و العقلية لكلا الزوجين، وأعطاهما الخيار في فسخ الزواج فيما لو تبين أن أحدهما كان مصابا بعيب جسماني أو خلل عقلي ، و يبقى المعنى الحقيقي لزواج القاصرات من الناحية الطبية و العلمية هو الزواج قبل البلوغ.⁵

1 محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق ، ص 145.

2 ابن الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ،"صحيح مسلم" ، دار المغني للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية،1998، ص 738.

3 فوزي خميس وأرليت تابت، 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.

5 فوزي خميس وأرليت تابت، المرجع السابق ،ص 11.

ب- **عدم الجواز مطلقاً:** ذهب بعض الفقهاء، كابن شبرمة و عثمان البتي و أبي بكر الأصم إلى منع زواج الصغار، واعتبروه باطلاً، لأن القرآن جعل النكاح للبالغين¹، فجاء في قوله تعالى ﴿ **وَابْتُلُوا** **الْيَتَامَى** **حَتَّى** **إِذَا** **بَلَغُوا** **النِّكَاحَ** **فَإِنْ** **انْتَمْتُمْ** **مِنْهُمْ** **رَشِدًا** **فَادْفَعُوا** **إِيَّاهُمْ** **أَمْوَالَهُمْ** **وَلَا** **تَاكُلُوهَا** **اسْرَافًا** **وَيَدَارِ** **أَنْ** **يَكْبُرُوا** **وَمَنْ** **كَانَ** **غَنِيًّا** **فَلْيَسْتَعْفِفْ** **وَمَنْ** **كَانَ** **فَقِيرًا** **فَلْيَأْكُلْ** **بِالْمَعْرُوفِ** **فَإِذَا** **دَفَعْتُمْ** **إِيَّاهُمْ** **أَمْوَالَهُمْ** **فَأَشْهَدُوا** **عَلَيْهِمْ** **وَكَفَى** **بِاللَّهِ** **حَسِيبًا** ﴾²

فقد جعلت الآية بلوغ سن النكاح علامة على انتهاء الصغر، ولو كان الزواج يصح للصغار لما كان لهذه الآية معنى، ولأن الزواج شرع للمعاشرة و التنازل وتكوين الأسر، ولا يتحقق شيء من ذلك في زواج الصغار، فيكون ضرباً من اللغو و العبث، بل قد يترتب عليه الضرر، فلا فائدة إذن من إقدام الأولياء عليه.³

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 و على 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 و العقلي للجنين، أما عن الآثار النفسية فتتمثل في حرمان القاصرة من حنان الوالدين ومن عيش مرحلة الطفولة، مما يعرضها 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.⁴

ج- **التفريق بين تزويج الصغيرة و تزويج الصغير:** للولي الأب أن يزوج ابنته الصغيرة ولا يجوز له إنكاح الصغير حتى يبلغ، فإن زوجه فهو زواج مفسوخ، وهو رأي الامام ابن حزم الظاهري، وحقته 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 أجزى هذا القياس عارضه قياس آخر،

1 محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 145.

2 سورة النساء- الآية 06

3 محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 145.

4 فوزي خميس و ارليت تابت، المرجع السابق، ص 27-28.

وهو أن الصغير إذا بلغ فلا ينعقد النكاح إلا بعبارة، 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 و الأنثى مختلفا بعد البلوغ، كذلك يجب أن يكون حكمها مختلفا قبل البلوغ.¹

غير أن جواز زواج الصغيرة كما أسلفنا مقيد بضوابط ذكرها الفقهاء ذلك أن تزويجهم قد يلحق بهم الضرر، ولا ننسى أن الأب و الجد على وجه التحديد يحرص كل منهما على مصلحة صغاره أكثر من مصلحته، وحتى وإن كان هذا الزواج مباحا إلا أنه يبقى نادرا ، و جائز من الناحية الشرعية على الأقل.²

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 و الصغيرة.

أما المشرع الجزائري في هذه المسألة فنجد أنه أخذ بأري شبرمة وغيره الذي يمنع زواج الصغار، لأن الأصل في الزواج هو بلوغ الرجل و المرأة سن الزواج، وهو 19 سنة كاملة حسب نص م 07 ق أ ج، لكن استثناءا 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 في الاسلام على الصغار و المجانين 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 إذلالها والتحكم فيها، وإنما الهدف منها هو توسيع دائرة الشورى للوصول إلى الإختيار الأحسن، وحتى يطمئن الآباء على مصير بناتهم، و حمايتهم من تعسف أزواجهم والرفع من مكانة المرأة في المجتمع.³

1 محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية : شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1 ،دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008 ، ص 107.

2 نجاة قروز، المرجع السابق، ص 32.

3 علي بودفع، حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون، ص 255-256، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.univ-skikda.dz ، بتاريخ 07 ماي 2022، على الساعة 14:45.

والولاية في الزواج يقسمها فقهاء الشريعة إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار، الأولى سببها الصغر وضعف العقل الذي يؤدي إلى العجز وهو قول المالكية و الحنابلة، و تثبت للولي على فاقد الأهلية كالمجنون والمعتهو والصغير غير المميز وناقصي الأهلية كالسفيه وذا الغفلة و الصبي المميز، وفيها يكون للولي حق الاستبداد بإنشاء العقد وتزويج من كانت تحت ولايته، أما ولاية الاختيار فتثبت للولي على المرأة العاقلة البالغة وهو قول جمهور الفقهاء ، أي أنه لا يمكن لها أن تتفرد 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 بكرا أو ثيبا، وعقدها لزواجها بنفسها دون ولي يكون صحيحا.¹

كذلك بالنسبة لزواج اليتيمة القاصر فقد اختلف الفقهاء بشأن جواز تزويجها ، فقد أجاز جمهور الفقهاء نكاح اليتيمة وهي التي لم تبلغ سن البلوغ بكرا كانت أو ثيبا وقد أذن في تزويجها بشرط أن لا يبخر من صداقها² ، مستندين بقوله تعالى (*وان خفتن أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء*)³

وقوله تعالى (*قل الله يفنيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكهن*)⁴ ، فقد نزلت هذه الآية في اليتيمة تكون في حجر وليها ، فإن كان لها مال وجمال تزوجها ولم يقسط في صداقها ، فإن لم يكن لها مال لم يتزوجها ، فنهى أن يتزوجها حتى يقسط في صداقها ، من أجل رغبته عن نكاحها إذا لم يكن لها مال.⁵

وفي لفظ آخر إذا كانت ذات مال وجمال رغبوا في نكاحها في اكمال الصداق، وإذا كانت مرغوبا عنها في قلة المال والجمال رغبوا عنها وأخذوا غيرها من النساء ، قال فكما حتى يرغبوا عنها فليس لهم أن ينكحوها إذا رغبوا فيها إلا أن يقسطوا لها ويعطوها حقها من الصداق ، فهذا يبين أن الله اذن

1 المرجع نفسه، ص 254 - 255.

2 عبد الرحمان بن سعد الششري " : حكم تقنين منع تزويج الفتيات أقل من 18 سنة وتحديد من الزواج، "دار الفلاح

للبحث العلمي وتحقيق التراث ، الفيوم، طبعة 2 ،مصر، 2010 ، ص 29.

3 سورة النساء، الآية 3

4 سورة النساء، الآية 127.

5 ابن تيمية :احكام الزواج، دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان 1988 ، ص 122.

لهم أن يزوجوا اليتامي من النساء إذا فرضوا لهن صداق مثلهن ، ولم يأذن لهم في تزويجهن بدون صداق المثل ، لأنها ليست من أهل التبرع.¹

كما يرى الحنابلة أنه " لكل ولي تزويج يتيمة بلغت تسعا بإذنها لا من دونها بحال إلا وصى أبيها ، وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات ".²

لكن الظاهرية يخالفونهم الرأي، فيرون أن البنت الصغيرة التي لا أب لها ، ليس لأحد أن ينكحها ، لا من ضرورة ولا من غير ضرورة حتى تبلغ!³

ويرى مذهب الإمام أحمد، إذا كانت البنت يتيمة ليس لها أب فإذا بلغت تسع سنين صح تزويجها بإذنها، ولا خيار لها إذا بلغت ولا يصح تزويجها قبل ذلك.

أما أبي حنيفة فيقول بأنها تزوج بدون إذنها ولها الخيار إذا بلغت.⁴

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 تختاره⁵ "، 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 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.⁶

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

1 ابن تيمية : المرجع السابق ، ص 120.

2 مرعي بن يوسف الحنبلي : دليل الطالب على مذهب الامام المبجل احمد بن حنبل ، منشورات الكتب الاسلامية، الكويت ، طبعة 1929، 02 ، ص 224.

3 هناء فوزي محمد علي ربايعية : الاهلية للزواج بين الفقه و قانون الاحوال الشخصية ،دراسة مقارنة ،اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه و التشريع بكلية الدراسات العليا ،جامعة النجاح الوطنية نابلس ،فلسطين 2013 ، ص 71.

4 ابن تيمية : المرجع السابق ، ص 120.

5 الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

6 علي بودفع، المرجع السابق ، ص 257.

الراشدة حسب اختيارها ومصطلحتها"، وكذا نص م 25 م أم والتي جاء فيها ما يلي " للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها"¹، وهذا قد يكون ترجيحاً لرأي الحنفية الذين أعطوا الحق الكامل للمرأة البالغة الرشدة في إبرام عقد الزواج .

و هناك قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 23 جانفي 2001 رقم 253366، المجلة القضائية 2002، العدد 02 ص 440 جاء فيه: " أنه يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل اذا اختل ركن واحد طبقاً لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة و بما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى اثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فانهم خالفوا القانون" .

و زواج 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.²

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"³، من خلال نص هذه المادة نخلص إلى أن الولي، وهو الأب فأحد الأقارب الأولين، وهو من يتولى زواج القاصرة نيابة عنها بحكم القانون بشرط موافقتها و اصدار ترخيص بزواجها من القاضي ، ويبطل زواجها إذا لم ترض به، وعليه فسلطة تزويج القاصرة موزعة بين الولي و القاضي لأنه لا يمكن أن يباشر ذلك إلا إذا استصدر ترخيصاً بذلك بحكم نص م 07 ق أ ج، وبذلك فتزويج الولي للقاصرة يخضع لرقابة القاضي.⁴

وتنص م 13 ق أ ج على أنه " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".⁵

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

2 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 66.

3 الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

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

5 الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري يمنع الولي ولو كان أباً من إجبار القاصرة على الزواج و أئزمه 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 زوجاً.

و عليه فسلطة الولي في العقد مقيدة، ولا يمكن أن يمارسها إلا بترخيص من القاضي، وهو ما يضفي حماية أكبر لحق القاصرة في الزواج، و يمنع أي تعسف أو سوء استعمال لهذه السلطة من قبل الولي.¹

وبشأن تزويج المرأة نفسها إن كانت بكراً، فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة لاشتراط 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، و الناظر 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 ثيباً أو بكراً وسواء بلغت سن الزواج بحكم القانون أو بموجب إذن من القضاء.²

وعليه فالمشرع الجزائري قد أخذ بولاية الاختيار بشأن زواج القاصرة، وذلك من خلال نص م 13 ق.أ.ج المذكور أعلاه، وبالتبعية عدم إجبار المرأة الراشدة وهي تتمتع بكامل اهليتها، ومنه فلا يجوز للولي أن يجبر من في ولايته على الزواج بدون إذنها و رضاها سواء سبق لها الزواج أم لم يسبق لها ذلك، و اذا أجبر الولي المرأة وأبرم عقد زواجها في بلد أجنبي تقبل قوانينه إجبار البنت على الزواج، فان مثل هذا العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يحتج به، و ليس له أي قيمة لدى المصالح الوطنية و الادارية³، لأنه سيكون مخالفاً لنص م 01 / 97 ق ح م التي تنص على أنه " ان الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحاً اذا تم حسب الأوضاع المألوفة في

1 محمد بجاق، المرجع السابق، ص 167.

2 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 123.

3 علي بودفع، المرجع السابق، ص 257.

ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لامكان عقد الزواج ...¹.

لكن نجد أن نص المادة 13 ق أ ج قد أغفل مسألة مهمة، وهي حالة مخالفة أحكام النص القانوني الأمر، وذلك حين يجبر الولي ابنته 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.²

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؟

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؟³

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 فللقاضي 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".⁴

1 الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فيفري سنة 1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج. ر. ع. 21، الصادر في

1970/02/27، معدل و متمم .

2 الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 67.

3 نفس المرجع، ص 69 .

4 القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

غير أن هذا النص ألغي بمقتضى التعديل الجديد، مما يجعلنا نقول بوجود فراغ تشريعي في هذه المسألة، وبالتالي فالسؤال المطروح هل الإلغاء معناه العودة إلى أحكام المادة 222 ق أ ج التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية؟، بنصها على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"¹، 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 له²، أم يبقى رأي المشرع فيه المنع مطلقاً، وأنه أراد منح حرية أكثر للبنات 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 للمكروه³، واستدلوا في ذلك بقوله صلى الله عليه و سلم قال : " الثيب أحق بنفسها من وليها و البكر يستأذنها ابوها في نفسها و اذنها صماتها"⁴، بمعنى أنه يجوز اجبار البنت على النكاح و لكن بشرط أن يكون الزوج كفوًا لها و بمهر المثل ، و الاستئذان يكون من أجل تطيب خاطرها .
القول الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة الى القول أن الاكراه على النكاح يؤدي الى فساد العقد.⁵

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

1 الأمر رقم 02-05، المرجع السابق.

2 الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 69.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج4، ط2، دار الفكر، دمشق 1985، ص 78.

4 ابن الحسين مسلم ابن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 738.

5 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص 78.

مع العلم أنه هناك قرار للمحكمة العليا صدر بتاريخ 2016/12/07 في الملف رقم 1027105 يقضي أن اغراء المعاقاة ووطنها الثابت بالحكم القاضي بادانة المعني بجريمة الاغراء وفساد الاخلاق، يعد من قبيل الوطء بالاكراه وياخذ حكم وطء الشبهة يثبت به نسب البنت الناتجة عن هذا الوطء، على اساس ان الشبهة المثبتة للنسب عرفت بانها كل وطء حرام لاحد فيه اي لا يوصف بانه زنا ولايكيف بانه زواج صحيح او فاسد او باطل وفقا لاحكام قانون الاسرة، وان الراي الراجح في المذاهب انه لاحد على المكره على الزنا ولهذا انتهى اجتهاد المحكمة العليا الى ان الاكراه يعتبر شبهة مثبتة للنسب،

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 أيضا أن ولاية المرأة البالغة في الزواج الهدف منها الارشاد 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، وفي حالة ما اذا لم يكن للمرأة " البالغة او القاصرة " ولي يعين لها القاضي ولي بموجب امر ولائي بناء على مجرد طلب.¹

الفرع الثاني: جزاء مخالفة سن الزواج في القوانين المقارنة

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

اولا: مدونة الأسرة المغربية

لم يغفل المشرع المغربي عن إمكانية وجود تدليس أو تحايل على نص م 19 م أ 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

1 انظر الملحق رقم 03 و 04.

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 "أولا : يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام 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.

- 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 "².

وتنص م 11 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

1 ابتسام مليط، المرجع السابق، ص 155.

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

366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر. "يخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر".¹

من خلال هذه المادة نخلص إلى نقطتين أساسيتين هما:

الأولى: في حال التدليس تطبق على الفاعل و المشاركين 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 و انجاب الأولاد، إذ من شأن ترتيب الفسخ كجزاء، أن يطرح مشكل هدم أسرة بناء على 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.²

ومن أجل الحد من ظاهرة الزواج المبكر و قبل 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 منطلق احتساب السن القانوني للزوجين.

2- التثبت من سن الزوجين عند اعطاء الأوراق المتعلقة بالزواج من قبل المعنية و التأكد من هوية الراغبين فيها.

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

1 المرجع نفسه.

2 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، أكدال، الرباط، 2000، ص197.

3 عبد الحميد غميحة، المرجع السابق، ص197-198.

وعليه نجد أن المشرع المغربي على خلاف المشرع الجزائري قد اعطى لنص م19م.أ.م القيمة القانونية اللازمة، من خلال نصه صراحة على الجزاء المترتب على مخالفتها وذلك في نص م66م.أ.م كما سبق بيانه،

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية الأردني

نصت م 34 ق أ ح ش أ على أنه "يكون الزواج فاسداً في الحالات التالية :
إذا كان الطرفان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد...".¹
نلاحظ أن المشرع الأردني قد فرق بين الزواج الباطل و الزواج 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".²

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 و النفقة 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 بالحاكمة 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 ".³
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

1 قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 ،أنظر الموقع الإلكتروني :

2 قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 ، المرجع نفسه .
<http://www.moswarat.com/booksview577.html> ، بتاريخ 13 ماي 2022 ، على الساعة 17:00

3 قانون الاحوال الشخصية الاردني 1976،المرجع السابق،

الدعوى لفسخ عقد الزواج بين الزوجين، فلا ينظر فيها، ويكون عقد الزواج صحيحا، وذلك في حالتين هما:

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

الحالة الثانية: إذا كان الزوجان حين إقامة الدعوى بالغين عاقلين.¹

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 الأهلية²، كما حدد في مصر القانون رقم 56 لسنة 1923 سن الزواج بثمانية عشرة "18" سنة للفتى وستة عشر "16" عاما للفتاة، ومنع سماع الدعوى ، اذا لم تصل سن احد الزوجين الى القدر المحدد،

ثالثا: القانون المدني الفرنسي

سبق و أن 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 ابرام عقد الزواج قبل الوصول إلى سن البلوغ القانوني³، وذلك من خلال نصي م 185 ، م 186 ق.م.ف.⁴ 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 و مرت ستة أشهر على هذا البلوغ، فلا يكفي بلوغ القاصر 18 سنة، بل لابد أن تكون قد مرت مدة ستة أشهر من تاريخ بلوغه هذه السن، وهذا حتى نكون أمام تصحيح للزواج وعدم قبول للطعن فيه بالبطلان.

1 محمود علي السرطاوي ، قانون الأحوال الشخصية ، ط 3 ، دار الفكر، عمان ، الأردن، 2010 ، ص 91 .

2 ابتسام مليط ، المرجع السابق ، ص 158 .

3 عبد الفتاح كبارة، المرجع السابق، ص 148.

4 القانون المدني الفرنسي code civil version consolidée au 2 mars 2017، المرجع السابق.

الحالة الثانية: حمل الزوجة غير البالغة السن القانونية، ولا بد كذلك من بلوغ سن 18 سنة لكن دون اشتراط مرور 06 أشهر من بلوغها هذه السن القانونية.¹

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 ، و حتى و ان أقر بهذا الجزاء فإن سريان نص م 22 ق أ ج التي تقر بالزواج العرفي صراحة يجعله ذلك جزاء عديم الجدوى، لكن وعلى خلاف هذا الأمر نجد أن القوانين المقارنة التي تطرقنا إليها بشكل مختصر قد أقرت هذا الجزاء 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 نوعان أهلية وجوب و اهلية أداء، وهذه الأهلية تتدرج بحسب السن فتكون إما أهلية منعدمة أو ناقصة أو كاملة، وقد حدد المشرع الجزائري أهلية الزواج ب 19 سنة سواء للذكر أو الأنثى، مساويا بينها وبين سن الرشد المدني، أما التشريعات المقارنة فأغلبها قد سايرت الاتفاقيات الدولية في تحديدها لسن الزواج ب 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، خلافا للقوانين المقارنة التي كانت صريحة في هذه المسألة ، أما عن اثر اختلال العقل في الأهلية و أثره على عقد الزواج و سلطة القاضي في منح الترخيص بالزواج سنتطرق إليها في الفصل الثاني.

1 ابتسام مليط ،المرجع السابق ، ص 158 – 159 .

**الفصل الثاني: أثر اختلال
العقل في الأهلية و سلطة
القاضي في الترخيص بالزواج**

هناك عوارض تآثر في الأهلية ، فتجعلها إما معدومة أو ناقصة، أو تكون هناك موانع تحول دون إمكانية التمتع بها و مباشرة التصرفات القانونية بصورة طبيعية، وبالتالي قد يكون في ذلك أثر على الأهلية في ابرام التصرفات القانونية بصفة عامة، وفي الزواج بصفة خاصة، فنكون أمام زواج المجنون أو المعتوه أو السفیه أو ذي الغفلة ، غير أن المشرع قد منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال ، من خلال منحه الترخيص القضائي بزواج من لم يبلغوا السن القانونية أو من أعتري عقله عارض من عوارض الأهلية" الجنون و العته و السفه و الغفلة"، 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 في الفصل الاول من هذا البحث إلى تعريف الأهلية و أنواعها و تاثيرها بالسن ، مما يجعلها إما معدومة أو ناقصة أو كاملة، وبذلك يختلف حكم التصرفات القانونية، تبعاً لذلك، نجد ان هذه الاخيرة – الأهلية – قد تتأثر بعوامل قد تكون عوارض منقصة لها أو معدمة لها، وقد تكون موانع، ومهما يكن فإن هذه العوامل ستؤثر على ابرام التصرفات القانونية و منها عقد 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 تطراً عليه بعض العوارض تؤثر على أهليته، وعلى التصرفات التي تصدر عنه بسبب اختلال في قدراته العقلية مما يقتضي خضوعه لنظام الحجر القانوني حماية لمصالحه وضمانا الاستقرار المعاملات القانونية، وقد كان لهذه العوارض أثر على زواج الأفراد في المجتمع، و يعرف العقل لغة : بأنه الحجر و النهي ، وهو ضد الحمق، والجمع عقول، وعقل الشيء يعقله عقلاً اذا فهمه، و يقال للقوة المتهينة لقبول العلم¹،

1 الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن وزارة الاوقاف والشؤون الدينية الاسلامية ، الكويت 26 افريل 2022،

اما في الاصطلاح فقد نعت العقل بعدة تعاريف منها انه قوة في الطبيعة تنزل في القلب منزلة البصر في العين، ويعتبر آلة الفهم ، ويتفاوت بنقاوت الاشخاص قوة وضعفا، وهو في نظر الفقه الاسلامي مناط اهلية الاداء، لان صحة الاداء تتوقف على التمييز¹، و العقل شرط لصحة التكليف شرعا اذ انه يمنحه القدرة على فهم دليل التكليف و العمل بمقتضاه، حتى يستطيع فهم النصوص الشرعية من القرآن و السنة، ولهذا اشترط الشارع الحكيم العقل في المكلف لانه اداة الفهم و الادراك وعن طريقه يمثل المسلم لامر ربه، وعليه سنحاول التطرق من خلال هذا المطلب إلى صور عوارض الأهلية (فرع أول)، ثم اثر عوارض الاهلية على عقد الزواج (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، وطبقا للمادة 78 من ق،م،ج فانه: " كل شخص اهل للتعاقد مالم يطرأ على اهليته عارض يجعله ناقص الاهلية او فاقدتها بحكم القانون"، وقد ذهب فقهاء الشريعة والقانون إلى تقسيمها إلى عوارض معدمة للأهلية(أولا)، و عوارض منقصة للأهلية(ثانيا)

أولا: عوارض معدمة للأهلية

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

1. الجنون:

ونحاول تعريفه وبيان أنواعه كالاتي:

أ- تعريف الجنون : الجنون في اللغة مصدر جن الرجل بالبناء للمجهول ، فهو مجنون أي زال عقله أو فسد ، و جن الشيء عليه ، أي ستره ، و جنان الليل سواده و ستره الأشياء.²
أما اصطلاحا فيعرف بأنه : اختلال العقل ، بحيث يمنع جريان الأفعال و الأقوال على نهج العقل إلا نادرا.³

1 فاسي عبد الله ،المرجع السابق،ص 30

2 أبو الفضل جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب، د.ط ،دار صادر بيروت،لبنان،1968،ج13 ، ص 92 .

3 أحمد محمد علي داود ، الأحوال الشخصية ، ج3 ، ط1 ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، 2009 ، ص 188 .

و نجد بأن المشرع الجزائري لم يعرف الجنون ، و اعتبر الفقه هو المرجع لذلك ، و اكتفى فقط بتنظيم أحكامه في القانون المدني و قانون الأسرة .

ب- أنواع الجنون : و ينقسم الى جنون أصلي و جنون طارئ من جهة و جنون مطلق و جنون متقطع من جهة أخرى .

ب 1- الجنون الأصلي و الجنون الطارئ : الجنون الأصلي هو الجنون الذي يكون في الانسان منذ الصغر ، و يبلغ وهو مجنون ، و هو مزيل لأهلية الأداء بنوعيتها فلا يجب عليه شيء و لا يصح منه أي تصرف من التصرفات ، و لكنه لا ينافي أهلية الوجوب فيرث و يملك لبقاء ذمته ، أما الجنون الطارئ فيكون في حالة بلوغ الانسان سن الرشد عاقلا ، ثم يصاب بالجنون بعد ذلك ، و كلاهما يذهب العقل و التمييز ، و بالتالي تزول أهلية المصاب به ، و يصبح كالصغير غير المميز.¹

ب 2- الجنون المطلق و الجنون المتقطع : الجنون المطلق هو الجنون المستمر الذي لا يفيق المصاب به منه ، أي الذي لا تتخلله فترات تعقل أو افاقة ، أما الجنون المتقطع فهو ذلك الجنون الذي تتخلله فترات افاقة يعود فيها المجنون الى وعيه ، و قد ميز فقهاء الشريعة الاسلامية بين حكم تصرفات المجنون جنونا متقطعا فاذا صدرت في فترات افاقته كانت صحيحة و نافذة ، أما اذا صدرت في فترات جنونه فهي باطلة ، بينما تصرفات المجنون جنونا مطلقا فاعتبروها كتصرفات الصبي غير المميز باطلة بطلانا مطلقا.²

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يميز بين أنواع الجنون ، و اعتبر ان كل التصرفات الصادرة عن المجنون باطلة بعد تسجيل قرار الحجر عليه ، و هذا ما أشارت اليه م 107 ق أ ج " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة ..."³.

2. العته :

و نحاول التطرق الى تعريفه و بيان أنواعه كالآتي :

1 محمد سعيد جعفرور ، مدخل الى العلوم القانونية بدروس في نظرية الحق، ج2، د.ط. دار هومة، الجزائر، 2011، ص 528 .

2 المرجع نفسه ، ص 529 .

3 الأمر رقم 05 - 02 ، المرجع السابق .

أ - تعريف العته : العته في اللغة معناه التعتة : أي التجنن و الرعونة ، و قيل التعتة الدهشة، و قد عته الرجل عتها و عتها و عتاها ، و المعتوه : المدهوش من غير مس جنون ، و رجل معته اذا كان مجنونا مضطربا في عقله¹،

أما اصطلاحا فيعرف انه : اختلال العقل ، بحيث يختلط كلامه فيشبه مرة كلام المجانين ،ومرة كلام العقلاء²

اما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعرف العته ، و انما أشار اليه كعارض من عوارض الأهلية في القانون المدني و قانون الأسرة .

ب - أنواع العته : يرى بعض الفقهاء أن العته في الفقه الاسلامي نوعان ، عته يعدم الادراك و التمييز ، فيجعل صاحبه كالمجنون في جميع أحكامه ، و عته يكون معه ادراك و تمييز لكنه لا يصل الى درجة الادراك في الراشدين العاديين ، و يكون صاحبه كالصبي المميز في جميع أحكامه ، و عليه يكون المعتوه في نظرهم اما عديم التمييز أو مميزا ، و بذلك يكون حكم تصرفاته بحسب حالته العقلية ، فاذا كان صبيا مميزا أخذ حكمه ، و اذا كان صبيا غير مميز أخذ حكمه أيضا.³

اما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يميز بين نوعي العته فجعله درجة واحدة .

أما عن حكم تصرفات المجنون و المعتوه ، فانه و حسب نص م 01/42 ق م ج " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن ، أو عته أو جنون ..."⁴ ، و عليه فالمشرع قد ألحق المجنون و المعتوه بالصبي غير المميز و اعتبرهم جميعا من عديمي الأهلية ، و بالتالي فان كل تصرفاتهم القانونية باطلة بطلانا مطلقا.⁵ لكن بالرجوع الى نص م 85 ق أ ج و التي تنص على أنه " تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفیه غير نافذة اذا صدرت في حالة الجنون ،

1 أبو الفضل جمال الدين ابن المنظور، لسان العرب، ج 13 المرجع السابق، ص 512 - 513.

2 احمد محمد علي داود ، المرجع السابق، ص 194 .

3 محمد سعيد جعفر ، المرجع السابق ، ص 531،

4 الامر رقم 58-75 المرجع السابق

5 شوقي بناسي ، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري ، ط1، دار الخلدونية ، الجزائر، 2010، ص 350 .

و العته ، أو السفه "1. نجد انها تصرفات لا تربط تصرفات المجنون و المعتوه بالحجر عليهما و انما تعتبرها غير نافذة اذا صدرت في حالة الجنون أو العته.2

ثانيا : عوارض منقصة للأهلية

و هي تنقص الأهلية و لكن لا تعدمها ، و انما تصيبه في ملكاته النفسية و سلامة تدبيره ، و تتمثل في السفه و الغفلة :

1. السفه:

السفه في اللغة سفه، سفها من باب تعب، السفه نقص في العقل، و أصله الخفة، وسفه الحق جهله.3 أما اصطلاحا فالسفه هو تبذير المال و انفاقه على خلاف مقتضى العقل و الحكمة ، أو هو تلك الخفة التي تعتري الانسان فتحمله على العمل على خلاف العقل و الشرع 4، بينما لم يتطرق المشرع الجزائري الى تعريف السفه.

2. الغفلة:

الغفلة في اللغة هي غيبة الشيء عن بال الانسان و عدم تذكره له ، و قد استعمل فيمن تركه اهمالا و اعراضا.5

أما اصطلاحا فالغفلة هي عدم الاهتداء الى التصرفات الراجعة بسبب البساطة و سلامة القلب ، و ذي الغفلة هو من كان طيب القلب الى حد السذاجة ، بحيث تجره طبيبته و سلامة قلبه الى سهولة خدعه و غبنه في معاملاته مع غيره 6، و في نفس السياق دائما نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الغفلة . و بالنسبة لحكم تصرفات السفيه و ذي الغفلة فانه و حسب نص م 43 ق.م ج و التي تنص على أنه " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد ، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة ،

1 الأمر رقم 05-02 ، المرجع السابق .

2 شوقي بناسي المرجع السابق ، ص 352 .

3 أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير ، د.ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1987، ص 106 .

4 محمد سعيد جعفر ، المرجع السابق ، ص 560 .

5 أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المرجع السابق ، ص 171 .

6 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق ، ص 565 .

يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".¹ فان المشرع قد اعتبر كل من السفية و ذي الغفلة ناقصا الأهلية مثل الصبي المميز، و أعطى لحكم تصرفاتهما نفس حكم تصرفات الصبي المميز²، مع ملاحظة التعارض الموجود بين القانون المدني و قانون الأسرة فيما يخص التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ، حيث يأخذ في القانون المدني بنظرية القابلية للإبطال و في قانون الأسرة بنظرية التصرف الموقوف .

و حسب نص م 85 ق أ ج التي تنص على أنه " تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفية غير نافذة اذا صدرت في حالة الجنون ، أو العته ، أو السفه"³، فان المشرع الجزائري قد ألحق السفية بالمجنون و المعتوه ، و اعتبره عديم الأهلية مع أنه ناقص الأهلية طبقا لنص م 43 ق م ج ، كما سبق الإشارة اليه ، كما أنه أهمل الحديث عن ذي الغفلة ، و الذي في أغلب الأحيان يكون مقرونا بالسفيه ، و حكم على تصرفات السفية بعدم النفاذ.⁴

وبالرجوع إلى نص م 170 ق أ ج التي تنص على أنه " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، و قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة و فاشية وقت صدورها . " ⁵ نجد أن المشرع الجزائري قد ميز في حكم تصرفات السفية و ذي الغفلة - قياسا عليه - بين مرحلتين: **المرحلة 01** : قبل الحكم بالحجر، و تعتبر تصرفاتهما صحيحة، إلا إذا كانت حالة السفه و الغفلة ظاهرة.

المرحلة 02 : بعد الحكم بالحجر، و تكون فيها تصرفاتهما باطلة.⁶

ومن خلال ما سبق عرضه يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد وفق عندما جمع بين المجنون و المعتوه و وضعهما في مرتبة الصبي غير المميز و جعل تصرفاتهما غير نافذة، ولكن من جهة أخرى وفيما

1 الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق .

2 شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 358 .

3 الأمر رقم 05-02 ، المرجع السابق .

4 شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 360 .

5 الامر 05-02 ، المرجع السابق،

6 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 361.

يتعلق بالسفيه وذي الغفلة وحكم تصرفاتهما، فلم يكن موفقا في ذلك، إذ نجد أن هناك تعارض بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الأسرة و يتعين تداركه.

الفرع الثاني: أثر عوارض الأهلية على عقد 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 والسفيه وذي الغفلة في الفقه الاسلامي اولا ، و القوانين الوضعية – القانون الجزائري و القوانين المقارنة. ثانيا .

أولاً: حكم زواج المجنون و المعتوه والسفيه وذي الغفلة في الفقه الاسلامي

أ/ حكم زواج المجنون في الفقه الاسلامي

أ-1 المجنون: يجوز تزويج المجنون ، ذلك لدفع ضرر الشهوة عنه وصيانته عن الفجور ، وتحصيل الرعاية والخدمة وغير ذلك من الأعراض المباحة التي تستلزمها الضرورة و المصلحة بدرجة أولى.

لكن ليس له أن يعقد النكاح بنفسه بل يزوجه وليه ، مع وجوب علم الطرف الآخر بالإعاقه فهي عيب ولا يجوز كتمانها ، كذلك أن يكون المعاق مأمونا لا يعرف بالعدوانية و الإفساد لدفع الضرر عن الطرف الآخر.¹

اختلف الفقهاء في النكاح ، فذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى الجنون في كل من الزوجين يعتبر عيبا يفسخ به النكاح مطبقا كان أو متقطعا ، فإذا وجد أحد الزوجين بالآخر جنونا ، يثبت الخيار في فسخ النكاح لفوات المقصود من الزواج .

لكن اشترط المالكية لثبوت الخيار كون الجنون موجودا حين عقد النكاح ، فإن حدث بعده فلا خيار للزوج إن ابتليت به المرأة ، ولها الخيار إن ابتلي الزوج به لدفع الضرر الداخل على المرأة .² أما الشافعية والحنابلة فقد صرحوا باشتراط عدم العلم بالجنون حال العقد لثبوت الخيار ، أما العالم به فلا خيار له .

1 محمد صالح المنجد ، مرجع سابق،

2 الموسوعة الفقهية الكويتية : المرجع السابق ، ص 9544 .

وصرح الحنفية أنه لا خيار للزوج ، وكذلك للزوجة ، لكن منهم من يرى أن لها الخيار ، لأنه لا تنتظم بينهما المصالح ، فيثبت لها الخيار دفعا للضرر عنها بخلاف الزوج ، لأنه يقدر على دفعه بالطلاق.¹

المجنون هو الذي زال عقله بجنون مطبق إما أن يكون صغيرا أو كبيرا ، فإن كان صغيرا فإنه لا يزوج وذلك لأنه ليس محتاجا إلى الزواج في الحال .

أما إذا كان المجنون كبيرا فإنه لا يزوج كذلك إلا إذا ظهرت حاجته الحالية إلى الزواج كأن تظهر رغبته في النساء ، أو حاجته المالية بأن شهد طبيبان عدلان بتوقع شفائه من جنونه ، أو كان محتاجا إلى من يخدمه و يتعهده ولا يجد في محارمه من يؤدي هذا له.²

وفي حالة ما إذا كان جنونه منقطعا فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة فقد ذهب الشافعية والحنابلة ، أنه لا خيار للمجنون في حالة إفاقته سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده .

وذهب الحنفية إلى أنه لا خيار للمجنون في حالة إفاقته إذا كان المزوج له الأب أو الجد الابن ويكون الخيار له إذا كان المزوج له غير الأب أو الجد ، ويكون الزواج في حقه لازما نافذا .
وحجتهم في ذلك وفور شفقة الولي على المجنون ، فالولي غالبا ما يكون الأب أو الجد ويكون هدفهما من هذا التزويج تحقيق مصلحته .

وذهب المالكية إلى أن المجنون لا يملك الفسخ في حالة إفاقته بعد الدخول ، وله الخيار إذا لم يحصل دخول.³

وذلك إذا زوجه غير الأب أو الجد ، لقصور شفقة غيرهما ، وبذلك لا يتحقق المقصد من زواجه ولا يكون له مصلحة من هذا الزواج .

1 الموسوعة الفقهية الكويتية : المرجع نفسه ، ص 9545.

2 محمد رأفت عثمان ، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ب.س.ن ، ص 277 .

3 هناء فوزي محمد علي ربابعة : المرجع السابق ، ص 37

أ-2 المجنونة: اما عن المجنونة فقد تجبر في الزواج كونها ممن يصح لوليها أن يجبرها في الزواج كالابكر الصغيرة فيجوز للولي الذي يملك تزويجها لو كانت عاقلة أن يزوجهها فهو أولى لها في حالة فقدانها عقلا . وقد تكون المجنونة ممن لا تجبر في الزواج ، فقد يكون وليها الأب كالثيب البالغة ، فيقول الشافعي وأبي حنيفة والمالكية و بعض الحنابلة ، أنه يجوز لوليها أن يزوجه ، في حين يرى أنه لا يجوز لوليها أن يزوجه لأنه لا ولاية إجبار على الثيب¹

لكن الأمر يختلف هنا ، فالثيب التي لا تجبر تكون بالغة عاقلة حيث يعتبر رأيها في الزواج ويأخذ به في حين أن الثيب المجنونة ليس لها رأي فلا إدراك لها ، كذلك الأمر بالنسبة للثيب غير البالغة . ويقول بعض الفقهاء أنه إن كان وليها الحاكم ليس له أن يزوجه بالغة كانت أو صغيرة فالولاية هنا ولاية إجبار ولا تثبت إلا للأب ، لكن يرى البعض الآخر بجواز ذلك للحاكم إذا ظهر منها الميل للرجال والرغبة في الزواج ، وبزواجها تتحقق مصلحتها في تحصيل مهر ونفقة وعفاف ، كذلك إذا تبين من الأطباء أن جنونها سيزول بتزويجها وهو أعظم مصالحها ، وإذا كان وليها غير الأب أو الحاكم ، حيث يرى البعض أنه لا يجوز أن يزوجه غير الحاكم دون سائر أوليائها ، بينما يرى رأي آخر أن وليها له الحق في تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويجها ، فالولي مقدم الحاكم في التزويج كما لو كانت عاقلة.²

ب: حكم زواج المعتوه في الفقه الاسلامي

ب-1 المعتوه: اختلف الفقهاء في ثبوت ولاية تزويج المعتوه إلى عدة آراء:

فذهب الحنفية إلى أن ولاية تزويج المعتوه تكون للابن ثم للأب ثم للجد ، فإن زوج أحدهم المعتوه، فلا خيار له إذا أفاق.

أما المالكية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن ولاية تزويج المعتوه تكون للأب أو وصي الأب ثم للحاكم . بينما ذهب الشافعية إلى أن ولاية تزويج المعتوه تكون للأب وإلا للحاكم.³

1 محمد رأفت عثمان : المرجع السابق ، ص 275 .

2 محمد رأفت عثمان : المرجع السابق ، ص 277 .

3هناء فوزي محمد علي ربابية : المرجع السابق ، ص 46 .

ونجد الشبه بين الفقهاء ، في أن المالكية والحنابلة والشافعية يقدمان الأب في الولاية على المعتوه إلا أن المالكية والحنابلة لا يشترطان أن تكون الولاية للجد في حالة ، عدم الأب تكون لوصي الأب أيا كان سواء أكان الجد أو غيره ، إلا أن الشافعية يشترطون أن تكون للجد في حالة عدم الأب ، وإلا تنتقل للحاكم.

فيجري فقه مالك وأحمد أن تصرفات المعتوه تأخذ حكم تصرفات الصبي فإن كان المعتوه من نوع عديم الإدراك و التمييز فتكون تصرفاته باطلة ولا تلحقها إجازة الولي ، كالصبي غير المميز وإذا كان مميزا ومدركا لكن بنسبة ضعيفة ليس كالراشدين ، فتكون تصرفات نافذة بإجازة وليه وخاضعة لقاعدة النفع والضرر كالصبي المميز ،

أما فقه الإمام الشافعي فلم يعتد بتصرف الصبي سواء كان مميزاً أو غير مميز فلا تتعد منه عبارة ، ولا تصح له ولاية ، لأنه مسلوب العبارة والولاية لما كان ذلك وكان من شروط صحة عقد الزواج ولزومه ونفاذه بترتب آثاره عليه - أن يكون كل من العاقدين كامل الأهلية (بالغاً عاقلاً) - .

فإذا باشر المعتوه -رجلاً أو امرأة- عقد زواجه كان عقده موقوفاً على إجازة وليه إذا كان مميزاً أما إذا كان غير مميز وقع عقده باطلاً ولا تلحقه إجازة الولي - كالصبي تماماً.

ب-2 المعتوهة: و كذلك بالنسبة للمعتوهة، فإن الفقهاء الذين يشترطون الولي للمرأة الراشدة، فحضوره للمعتوهة يكون أكثر إلزاماً لقلّة التمييز أو انعدامه، كما أنهم يفرضون الولاية على الرجل المعتوه، فالمرأة أولى في ذلك أكثر حاجة له.

أما الفقهاء الذين يجيزون أن تزوج المرأة نفسها ، فالأمر يختلف حسب درجة العته والتمييز فإذا كانت المسؤول عنها قد بلغ العته بها درجة إسقاط التمييز ، لم يجز لها أن تباشر أي تصرف ومن ذلك عقد تزويج نفسها ، فإذا باشرته وهي غير مميزة وقع العقد باطلاً ويعود الأمر في هذا إلى القاضي صاحب الاختصاص ، لأنه لا ينبغي أن يثبت في أمر ضعيف العقل ومختله ، إلا بعد أن يمتحن ويتحرى حاله ، وصاحب الولاية في هذا هو القاضي ، وله أن يستعين بأهل الخبرة في تبيان وتحديد حالة المسؤول عنها العقلية ، فإذا ظهر أنها غير مميزة قطعاً ، كان عقد زواجها الذي باشرته باطلاً لا

يجوز معاشرتها كزوجة شرعاً ، ويعتبر من يعاشرها بمقتضى هذا العقد زانياً ، والقاعدة الموضوعية للقضاء في هذا أرجح الأقوال في فقه الإمام أبي حنيفة¹

ج/ حكم زواج السفية و ذو الغفلة في الفقه الاسلامي

ج-1 السفية: يعتبر السفه و الغفلة من العوارض المنقصة للأهلية ومع اقتران لفظهما ببعض دائماً إلا أنهما يختلفان عن بعضهما.

— اما عن السفية فقد اتفق الفقهاء على صحة نكاح السفية المحجور عليه ، لكنهم اختلفوا في اشتراط إذن الولي لصحته على عدة أقوال :

فيرى الحنفية لصحة نكاح السفية من غير إذن الولي لأنه ليس بعقد مالي ، والسفيه محجور عليه في تصرفاته المالية ، لكن من حق الولي أن يتدخل لمنع الزيادة في المهر عن مهر المثل². بينما يذهب المالكية أن صحة زواج السفية موقوفة على إجازة الولي ، فإن أجازته نفذ وإن رده بطل إن في الرد مصلحة³.

والشافعية ذهبوا بعدم صحته إلا بإذن الولي ، وقد جعلوا الخيار للولي إن شاء زوجه بنفسه وإن شاء أذن له ليعقد بنفسه ، فهو تصرف يجب به المال ولا يصح بغير إذن وليه . وفي هذا سئل ابن تيمية عن زواج رجل تحت حجر والده ، وقد تزوج بغير إذن والده ، فأجاب أنه " إن كان سفياً محجوراً عليه ، لا يصح نكاحه بدون إذن أبيه ويفرق بينهما ، وإذا فرق بينهما قبل الدخول فلا شيء عليه،

وإن كان رشيداً صح نكاحه، وإن لم يأذن له أبوه ، وإذا تنازع الزوجان : هل نكح وهو رشيد أو سفية ؟ فالقول قول مدعي صحة النكاح 4، فهو يوجب الولي ولا صحة للنكاح بدونه .

1 فضيلة الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق على جاد الحق : " زواج المعتوهة " دار الإفتاء المصرية 21/04/2022

<https://ar.islamway.net> . 14:30

2 عمر سليمان الأشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 1997، ص 128

3 عوض بن رجاء العوفي : " الولاية في النكاح " الجزء الأول ، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر ، المدينة المنورة ، 2002 ، ص 463،

4 ابن تيمية ، احكام الزواج ، المرجع السابق، ص 107.

أما الحنابلة فيقولون بصحة نكاحه إذا تزوج بغير إذن وليه إذا كان محتاجا إلى النكاح ، فإن عدت الحاجة لم يجز ، كما يجوز للولي أن يأذن له بالزواج في حال حاجته للزواج ، وصححو تزويجه بإذنه وغير إذنه.¹

فالسفيه إذا تزوج فإن زواجه ينعقد ، ثم إذا سمي مهرا كثيرا فإنه لا يلزم إلا بمهر المثل ويبطل ما زاد عليه إن طلقها قبل الدخول وجب نصف المهر المسمى ، كحال البالغ العاقل .

ج-2 السفية: اما عن تزويج المرأة السفية نفسها فانه من لم يجيز من الفقهاء للمرأة الرشيدة تزويج نفسها ، لم يجوزه للسفيهة من باب أولى .

وأما من جوز إنكاح السفية نفسها كأبي حنيفة ، فقد اختلفوا في إنكاح السفية نفسها ، فهم لا يرون الحجر عليها ، لأن أبا حنيفة لا يقول به .

فالسفيهة عندهم أن تزوج نفسها، وأما غير الحنفية ممن لا يشترطون الولي ، فينعقد موقوفا ولا ينفذ إلا بإجازة الولي.²

ج-3 ذو الغفلة: وبالنسبة لذو الغفلة فهو قريب من السفيه لأنه يغبن في المعاملات بسبب سهولة خداع الآخرين له فهو يشبه السفيه في الأحكام ويعبر عنه - أحيانا - بالضعيف أي ضعيف الرأي في التعامل مع الناس وقد قال الله تعالى : « فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل ».³

فالسفيه ضعيف الإرادة فهو يبذر في ماله وذو الغفلة ضعيف الإدراك في المعاملات والنتيجة واحدة وهي الخسارة في المال ولذا فإن حكم ذي الغفلة هو حكم السفيه والخلاف الفقهي فيهما واحد.⁴

1 عمر سليمان الأشقر : المرجع السابق ، ص 128.

2 الموسوعة الفقهية الكويتية : المرجع السابق ، ص 15232

3 سورة البقرة ، الآية 282 .

4 عباس حسين محمد : " العقد في الفقه الإسلامي " شبكة الألوكة 22/03/2022

[23:34http://www.alukah.net/sharia](http://www.alukah.net/sharia)

ثانيا : حكم زواج المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة في القانون الوضعي

أ/ في القانون الجزائري :

لم يتناول المشرع الجزائري مسألة زواج المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة صراحة، والاكث من ذلك فان ذي الغفلة بالرغم من انه نص عليه القانون المدني واعتبره ناقص الاهلية، الا انه لم يرد النص عليه في قانون الاسرة ضمن المحجور عليهم، ولم يفهم مقصد المشرع من ذلك، لكنه ياخذ حكم السفيه، مما يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية طبقا لنص المادة 222 ق أ ج والتي تنص على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية".¹

حيث اتفق الفقهاء على جواز تزويج المجنون و المعتوه و السفيه ولكن بشروط، فهو يعتبر مصاب

بخلل عقلي، عديم التمييز

ولذلك فإن كل تصرف قانوني يجريه المجنون أو المعتوه أو السفيه يقع منه باطلا بطلانا مطلقا

ولو تعلق الأمر بعقد الزواج.²

وهذا ما أشارت إليه المادة 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 " ، 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 "³، ونص المادة 42 ق م ج بنصها على أنه " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون ، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ."⁴

ولأن الضرورات تقدرها ، فإنه يجوز استثناءا تزويج كل من المجنون و المعتوه و السفيه وذو الغفلة إذا كان ذلك مفيدا في علاجه ، ذلك أن الزواج قد يفيد في علاج الكثير من الأمراض العقلية و النفسية و العصبية ، إذا وجدت المصلحة التي تقتضي هذا الزواج ، كذلك لم يتعرض قانون الأسرة

1 الأمر رقم 02-05، المرجع السابق

2 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 166.

3 الأمر رقم 02-05، المرجع السابق.

4 الأمر رقم 58-75، المرجع السابق.

الجزائري لمسألة زواج المصاب بإعاقة ذهنية ، وهنا أيضا يستوجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا 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 السفية او ذي الغفلة يساعد في شفائه عقليا ونفسيا .

2- قبول الطرف الآخر بعد العلم بالإعاقة الذهنية ، وقبوله هنا لا بد أن يكون صريحا وواضحا لا يشوبه غموض ، وأن يكون صادرا من شخص راشد بالغ من العمر 19 سنة كاملة .

3- أن يتم الزواج بإذن من القاضي بناء على طلب الولي¹، وذلك طبقا 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 جزئيا أو كليا في أمواله ، بناء على طلب من له مصلحة ، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يببر ذلك " ، والمادة 87 ق أ ج التي تنص على أنه " يكون الأب وليا على أولاده القصر ، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا ، 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 وذي الغفلة متى توافرت الشروط المقررة في احكام الشريعة الاسلامية .

ب/ في القوانين المقارنة

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

ب- 1مدونة الأسرة المغربية

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 166.

2 الأمر رقم 05-02 ، المرجع السابق ،

اعتبر المشرع المغربي المصاب بإعاقة ذهنية فاقدا للإرادة والتي تعتبر من الشروط الأساسية في العقود من أجل إبرامها ، وكذا انعدام الاختيار الحر لديه ، والذي هو أساس عقد الزواج¹.
حيث تنص المادة 216 م أ م على أن " المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته " ، وتنص المادة 217/02 م أ م على أنه " يعتبر عديم الأهلية : ... المجنون وفاقد العقل.²

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"³.

من خلال هذا النص و الذي 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 ، و لكن يتوافر الشروط التالية :

أ. يجب أن يتم تقديم طلب الإذن بالزواج إلى قاضي الأسرة لأنه وحده المختص بمنح الإذن.

1 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 ، ص 56.

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

3 المرجع نفسه.

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.

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 " السفية 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 السفية 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.

فالمشرع المغربي اتخذ كل أسباب الحيطة وأكد على وجوب التعبير عن الرضا بزواج المعاق ذهنياً عن طريق تعهد رسمي فهذا يعني أنه يحتمل وقوع هذا الطرف في مخاطر من المجنون ولا يؤمن جانبه وعليه مقابل هذا أن يتحمل تبعات ما أقدم عليه ، كونه رضي بذلك دون إكراه لأن معاشرة المعاق ذهنياً تقتضي تضحية تكاد تكون في صورة التزام من طرف واحد، إذن فالمشرع المغربي قد نص صراحة على الإعاقة الذهنية ومدى تأثيرها على الزواج.

1 أحمد شامي ، المرجع السابق ، ص 57.

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

3 المرجع نفسه.

في حين أضاف المشرع الليبي للأحوال الشخصية شرطين على ذلك ، بعدم انتقال المرض إلى النسل أي أن لا يكون وراثيا ، كما أن يكون في هذا الزواج مصلحة للمجنون¹ لكن على الرغم من ذلك فاننتقال المرض للأبناء أمر غير أكيد ، إلا إذا كان مرض الجنون مشاعا في العائلة ،

ب-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.²

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 و الجنون المتقطع ، حيث جاء حكم المجنون عام بشرط موافقة القاضي ، كذلك لم يفرق القانون بين الذكر والأنثى في الجنون وإنما جاء نصه عاما.³

حيث جاء في الفصل الأول في زواج المجنون والمعتوه ما نصت عليه المادة 08 ق أح ش أ ما يلي " للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له ".⁴ 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.⁵

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

1 فاسي عبد الله ، المرجع السابق ، ص 27 .

2 هناء فوزي محمد علي ربابعة ، المرجع السابق ، ص 35-36 .

3 محمد سمارة ، المرجع السابق ، ص 113 .

4 قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 ، المرجع السابق .

5 هناء فوزي محمد علي ربابعة ، المرجع السابق ، ص 36 .

ب-3 قانون الأحوال الشخصية الكويتي

بالرجوع إلى نص م 24 نجدها تنص على أنه " ب- وللقاضي أن يأذن بزواج المجنون أو المعتوه، ذكرا كان أو أنثى إذا ثبت بتقرير طبي أن زواجه يفيد في شفائه ، ورضى الطرف الآخر بحالته.¹ إذن نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الكويتي هو الآخر أجاز زواج المجنون والمعتوه سواء كان ذكرا 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 شفائه.
 - 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 بعارض الجنون والعتة كعوارض معدمة لها، ويأخذ عندها المجنون و المعتوه حكم الصبي غير المميز من حيث التصرفات التي يبرمها، كما تتأثر بعارض السفه و الغفلة كعوارض منقصة لها ، ويأخذ عندها السفيه 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 ، خلافا للمشرع المغربي و الأردني و الكويتي الذين نصوا على ذلك صراحة في نصوص قوانينهم ، وبالتالي ينبغي على المشرع تدارك الأمر والنص عليه حتى نتجنب بعض المشاكل التي تتجر عن زواج المختل عقليا .

المطلب الثاني: موانع الأهلية

يكون الشخص الراشد أهلا 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 يكون مانع مادي (فرع أول) ، أو مانع قانوني (فرع ثاني) ، أو مانع طبيعى (فرع ثالث).

1 قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007

وقانون إجراءات دعاوي النسب وتصحيح الأسماء ، المرجع السابق ،

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 و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود "². فإنه لا اعتبار الشخص غائبا يشترط فيه ثلاثة شروط :

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

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

- 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 و يعين 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 او تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون".⁵

1 محمد الصغير بعلي ، المدخل للعلوم القانونية ،نظرية القانون، نظرية الحق،د.ط،دار العلوم،الجزائر،2006، ص 156.

2 الأمر رقم 05-02 ، المرجع السابق.

3 شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 367.

4 الأمر رقم 05-02 ، المرجع السابق.

5 امر 05-02 المرجع السابق.

وكان الأجدد 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

ويخضع مفقودي بعض الاحداث العارضة الى احكام خاصة و يتعلق الامر بمفقودي زلزال 21 مايو 2003 الذين يخضعون الى احكام القانون رقم 03-06 الصادر بتاريخ 14 يونيو 2003، المتضمن الاحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003، وكذا مفقودي الماساة الوطنية الذين يخضعون الى الامر رقم 06-01 المؤرخ في 27 فبراير 2006 ، المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية و المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28 فبراير 2006، المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية.²

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.³ وحسب نص م 09 مكرر ق ع 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.⁴ 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

1 شوقي بناسي ، ، المرجع السابق ، ص 367-368.

2 بن عبيدة عبد الحفيظ ، الحالة المدنية واجراءاتها في التشريع الجزائري ، الطبعة الثالثة، 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 25، 22.

3 محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص 157.

4 الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 ، المتضمن قانون العقوبات ، ج . ر . ع 49 ، الصادر في

1966/06/11 ، معدل ومنتعم ،

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.¹

وتنص م 09 ق ع ج على انه " العقوبات التكميلية هي 1 - الحجر القانوني ... ".²
وحسب نص هذه المادة فالحجر القانوني باعتباره عقوبة تكميلية فهو لا يتعلق إلا بعقوبة الجناية ، بمعنى أن المحكوم عليه بعقوبة الجنحة أو المخالفة لا يمنع قانونا من مباشرة حقوقه المالية.³
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 وكيلًا ينوب عنه في مباشرة تلك الحقوق.⁴

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 و الوقف ، وتعين المحكمة بناء على طلبه أو طلب النيابة العامة أو كل ذي مصلحة قيما لإدارة أمواله طيلة فترة العقوبة.⁵

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 تعبيراً صحيحاً ، أو الإحاطة بظروف التعامل ، فهذا

1 محمد سعيد جعفرور ، مدخل الى العلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص 594-595.

2 الأمر رقم 66-156 ، المرجع السابق.

3 محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص 595.

4 المحكمة العليا ، غ م ، 29/06/1986 ، ملف رقم 43476 ، م ق ، 1993 ، ع 01 ، ص 14.

5 العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري : المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة) ، ج 1

، د . ط، دار هومة ، الجزائر ، 2014 ، ص 378-379 .

الشخص يكون في وضعية يصعب عليه فيها مباشرة أهليته الكاملة بصورة منفردة في إبرام ما يلزمه من تصرفات قانونية ، لذلك تدخل القانون لحماية مصالحه و أجاز للمحكمة 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 بسببهما³ 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 .

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 أمواله ، أو خضوعه لنظام الحجر القانوني ، أو تعيين مساعد قضائي له ، وهذا يكون في التصرفات القانونية أما الزواج فلا يتأثر

1 شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 369-370.

2 الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق.

3 شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 371.

بهذه الموانع ، وزواج الغائب و المفقود و المحكوم عليه بعقوبة يكون صحيحا وكذلك من لم يستطع التعبير عن إرادته ، إلا أنه يمكن فسخه و إنهاؤه بالتطليق بعد وقوعه إذا ثبت الضرر بموجب م 53 من ق أ ج في فقراتها 4 -5 والتي جاء في نصها ما يلي " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1) الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ،

2) الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة " ¹

وفيما يلي بيان سلطة القاضي في منح الترخيص بالزواج.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في الترخيص بالزواج

لاحظنا من خلال المبحث الأول أن الأهلية قد تتأثر بعوامل و بالتالي تخلق حالة زواج المجنون والمعتوه و السفیه ، 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 منح الترخيص بالزواج واساليب مخالفته (مطلب ثاني) .

المطلب الأول : مفهوم السلطة التقديرية للقاضي

قبل أن نتطرق إلى كيفية منح القاضي للترخيص القضائي بزواج ناقصي و عديمي الأهلية ، ارتأينا أن نرجع أولا إلى المقصود بالسلطة التقديرية بصفة عامة حتى تتضح لنا الصورة أكثر نظرا لاتساع هذا المصطلح وشموليته ، وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى تعريف السلطة التقديرية للقاضي (فرع أول) ، ثم شروط منح السلطة التقديرية للقاضي ومظاهرها (فرع ثاني).

الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية للقاضي

إذا كان العدل اساس الملك ،فان استقلال القضاء هو اساس العدل،والعدل لا يتحقق الا بتمتع القضاة بالاستقلال الذي يكونون فيه احرارا في البحث عن الحقيقة ،غير مكبلين بقيود تحول دون استظهارها وفق سلطتهم التقديرية بعيدا عن كل انواع الضغط والتهديد والاكراه والاغراء، و يعد مبدأ استقلالية

1 الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

السلطة القضائية من اهم ضمانات الامن القضائي والمحاكمات العادلة،ومن ثم فان السلطة التقديرية للقاضي تعد المرأة التي تعكس استقلال السلطة القضائية، والسلطة التقديرية تكليف ومسؤولية يلتزم من خلالها القاضي باحترام ارادة المشرع من جهة والحفاظ على الحقوق والمراكز القانونية للأفراد من جهة اخرى،وان منح السلطة التقديرية للقاضي لا يعني منحه حرية مطلقة لاتخاذ القرار حسب اهوائه،لكن عمله يتمثل في عمل علمي مقنن تحكمه قواعد علمية محددة سلفا في نصوص قانونية مكتوبة،¹ ومن المستقر عليه ان السلطة التقديرية ماهي الا ذلك النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي،ومنبعه عدة نشاطات ذهنية اخرى تتمثل في تقدير الوقائع لاستخلاص الحكم العادل في النزاع المطروح امامه بشرط ان يتقيد القاضي بما طرح عليه من الخصوم،ويكون هذا التقدير بناءا على وقائع طرحت عليه والبحث عن النص القانوني والواجب التطبيق عليها،وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 26 من ق ا م ا ج " لايجوز للقاضي ان يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات،ويجوز للقاضي ان ياخذ بعين الاعتبار،من بين عناصر المناقشات والمرافعات،الوقائع التي اثرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها ادعاءاتهم،وكذا المادة 29 من نفس القانون بنصها " كيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح،دون التقيد بتكييف الخصوم، ويفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه"

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

أولاً: تعريف السلطة التقديرية

نتطرق فيه إلى التعريف القانوني و التعريف 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 الجزائري تعريف محدد للسلطة التقديرية ، وهذا منهج التشريعات بشكل عام ، حيث تترك ذلك للفقهاء.²

1 مصطفى السعداوي، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي بين القيود والحدود،دراسة مقارنة،ط1،دار الكتاب

الحديث،القااهرة،2018،ص275.

2 نجاة قروز ، المرجع السابق ، ص 52.

فذهب جانب من فقهاء القانون إلى تعريف السلطة التقديرية بأنها : النشاط الذهني و العقلي 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 وقناعته 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.¹

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 والصلاحية التي تمنح لمعين للقيام بتقدير أمر ما ، والتفكير فيه وتهيئته والتدبر فيه بحسب نظر العقل ومقاييسه على أمور أخرى.² 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 بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقاييس لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ، ابتداء من قبول سماعها إلى تهيئتها للإثبات صحتها أو كذبها إلى الحكم عليها ، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي³، وهو ما يسمى باجتهد القاضي .

1 المرجع نفسه ، ص 53.

2 محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي ، ط 1 ، دار النفائس ، عمان ، الأردن ، 2007 ، ص 80.

3 المرجع نفسه ، ص 81.

ثانيا : خصائص السلطة التقديرية

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 دورا إيجابيا 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 مثلا عدم وجود النص أو غموضه.¹

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 بتطبيقه على الواقع المعروض أمامه ، وهي أيضا سلطة استثنائية ، إذ أنها تنعدم في الأحوال التي يكون فيها نشاط القاضي منظما من قبل القانون في جميع عناصره.²

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 .

1 نجاة قروز ، المرجع السابق ، ص 53.

2 نجاة قروز ، المرجع السابق ، ص 53-54.

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 القضاة أن يقوموا بتحقيق نوع من الملائمة بين مختلف القيم السائدة في المجتمع ، مما يحقق الخير العام للجماعة.¹

ثالثا : أساس السلطة التقديرية

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.²

كما تعتبر مشكلة النقص في التشريع أساس آخر لهذه السلطة التقديرية ، فلا يمكن لأي تشريع أن يكون كاملا ، ولا بد لكل فكرة أن يشوبها نقص حتما كنتيجة منطقية للنقص الكامن في طبيعة الإنسان ، فكل عمل إنساني مشوب بالقصور حتما ، وما التشريع إلا عمل من أعمال الإنسان ، وما يعتبر نقصا في التشريع هو في حقيقة الأمر اعتراف بوجود سلطة تقديرية للجهة التي تقوم بتطبيق التشريع ، في أن تخلق قاعدة قانونية.³ 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 ".⁴

فالمشرع 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 رجع إلى العرف ، وإن لم يجد رجع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، والمقصود بذلك أن القاضي يجتهد برأيه ، ويبحث عن الحل العادل للنزاع .

1 المرجع نفسه ، ص 54-55.

2 خير الدين كاظم الأمين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مقال منشور بمجلة جامعة بابل، كلية القانون، مجلة رقم 5 ، ع 2 ، 2008 ، ص 832.

3 خير الدين كاظم ، المرجع السابق ، ص من 832-833.

4 الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق .

الفرع الثاني : شروط منح السلطة التقديرية للقاضي ومظاهرها

إن منح السلطة التقديرية للقاضي يكون بناء على شروط، حددها فقهاء الشريعة الإسلامية، ونذكر منها ما يلي:

أولاً : شروط منح السلطة التقديرية للقاضي

1- البلوغ والعقل

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.¹

2- 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- العلم بالأحكام الشرعية

علم القاضي بالأحكام الشرعية المتعلقة بما ينظر فيه أمر ضروري لبيان ما يحل و ما يحرم من الأنكحة ، وانتهائها والعدة وغير ذلك ، وعليه أيضاً معرفة حياة الناس ومعاشهم لتقدير النفقات وغير ذلك ، وما يستخدمونه في لغتهم من كنايات ومعاريف ليحكم بما يترتب على ذلك من طلاق وغيره ،

1 محمود محمد ناصر بركات ، المرجع السابق ، ص144- 155.

فعلم القاضي بهذه الأحكام الشرعية مصدر مهم للنشاط التقديري ، بل هو أهم شرط ، وتقصير القاضي في تعلمه ينعكس على السلطة التقديرية تقصيرا وبعدا عن الصواب.¹

ثانيا: مظاهر السلطة التقديرية للقاضي

إن أي قاضي يمارس مهامه في إطار السلطة التقديرية الممنوحة له قانونا ، يكون له الحق في مباشرة عمل قضائي أو عمل ولائي ،ويؤدي القضاء وظيفته في حماية النظام القانوني وحماية الحقوق والمراكز القانونية – بناءا على طلب ذوي الشأن – عن طريق اصدار قرارات قضائية تزيل التجهيل القانوني الذي يلبس الحقوق والمراكز القانونية بتأكيد قضائي يتناول هذه الحقوق والمراكز في وجودها أو مداها" القضاء الموضوعي" ، او تمنح الحماية المستعجلة للحقوق والمراكز الظاهرة او ما يترجح لدى القضاء من حقوق ومراكز عن طريق تدابير وقتية وتنفيذية لاتمس اصل الحق او تؤثر فيه والتي ينتهي مفعولها بزوال الخطر الذي يهدد هذه الحقوق والمراكز تلقائيا او بممارسة الحماية القضائية الموضوعية لدورها" القضاء المستعجل" ، او تكمل الارادات الفردية العاجزة عن رعاية وتحقيق مصالحها الخاصة وتزودها بالقوة اللازمة لاحداث اثارها القانونية،فتعينها على ممارسة حقوقها ومراكزها القانونية " القضاء الولائي" ، او تعيد هذه القرارات القضائية التوافق بين الواقع والقانون عن طريق نشاط مادي يقوم به القضاء وفقا لاجراءات ينظمها قانون الاجراءات المدنية والادارية متى توافرت مقدمات معينة،وذلك لتنفيذ الجزاء القانوني لمصلحة طالب الحق في التنفيذ في مواجهة الملتزم به او على مال من امواله" التنفيذ القضائي"،والقرارات القضائية التي تصدر من القضاء لحماية القانون وحماية الحقوق والمراكز القانونية للافراد تنقسم من ناحية الشكل الذي تصدر فيه الى نوعين رئيسيين، هما الاحكام والوامر على العرائض²، وهو ما سنحاول التطرق له فيما يلي:

1- أعمال قضائية

إن العمل الأبرز للقاضي هو العمل القضائي البحث ، المتمثل في الفصل في الخصومات و حسم النزاعات ، من خلال تطبيق النصوص الفقهية أو القانونية ذات العلاقة في النزاع المعروف عليه ، ويكون القاضي ملزم بتطبيق القانون الوضعي المعمول به في الجهات القضائية بمختلف درجاتها ، كأن يكون هو قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

1 المرجع نفسه ، ص 146.

2محمد سعيد عبد الرحمن،الحكم القضائي،اركانه،قواعده،اصداره،دراسة تاصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة ،ط1،منشورات

الحلبي الحقوقية ،بيروت،لبنان،سنة2011، ص 13

ويعتبر قانون الأسرة مستمدا 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 في التطبيق والتفسير هو محور سلطة القاضي في الحد من النزاعات الأسرية في إطار مباشرة عمله القضائي.¹

2- 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 نظرا لتعدد وتنوعها إلا أن أغلب الفقه يتفق على تقسيم الأعمال الولائية إلى ثلاثة أصول هي كالاتي:

- أعمال التصديق والتوثيق؛
- الإذن والإجازة؛
- أعمال الرقابة والضبط .

1 سلطة القاضي في الحد من المنازعات الأسرية ، أنظر الموقع الإلكتروني <http://www.startimes.com> ، بتاريخ 22 أبريل 2022 ، على الساعة 18:33.

2 المرجع نفسه.

3 ابتسام مليط ، المرجع السابق، ص63.

وما يهمننا بالدراسة هو النوع الثاني من الأعمال الولائية ، حيث يشمل الإذن والإجازة.¹ وطبقا للمادة 310 من ق ا م ا فان الامر على عريضة امر مؤقت يصدر دون حضور الخصم،مالم ينص القانون على خلاف ذلك،وتقدم الطلبات الرامية الى اثبات حالة او توجيه انذار او اجراء استجواب في موضوع لا يمس بحقوق الاطراف، الى رئيس الجهة القضائية المختصة ليفصل فيها خلال اجل اقصاه ثلاثة ايام من تاريخ ايداع الطلب"

حيث تنص م 07/01 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.² 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.

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 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، فأن عمل القاضي هنا قضائي صرف.³

1 عمر زودة، الاجراءات المدنية على ضوء اراء الفقهاء واحكام القضاء،انسكلوبيديا،بين عكنون الجزائر، ط ، د س ن،ص 191-192 .

2 الأمر رقم 05-02 ، المرجع السابق .

3 عبد الله فاسي ، المرجع السابق ، ص 91.

المطلب الثاني : منح الترخيص بالزواج واساليب مخالفته

نظرا للسلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها 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 منح الترخيص بالزواج (فرع أول)، ثم اساليب مخالفة الترخيص بالزواج (فرع ثاني).

الفرع الأول : منح الترخيص بالزواج

وضع المشرع الجزائري جملة من الضوابط و المعايير يقتضي مراعاتها من طرف القاضي عند منحه الترخيص القضائي بالزواج، حماية لمصلحة القاصر في عقد الزواج سواء كان ذكرا أم أنثى وتتمثل هذه المعايير في المصلحة والضرورة و القدرة على الزواج.

أولا : معايير منح الترخيص بالزواج

1- المصلحة

المصلحة لغة ، من صلح الشيء صلوحا وصلاحا ، و صلح هو خلاف فسد ، فهو صالح وأصلحته فصلح ، وأصلح أتى بالخير والصواب وفي الأمر مصلحة أي خير¹، 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 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 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

1 أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المرجع السابق، ص 132.

2 محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، د . ط، مؤسسة الرسالة ، دمشق ، سوريا

، 1973 ، ص 23.

لضرر الكبت أو الانزلاق إلى الفساد ، وما يجره من الأمراض و العقد النفسية فيما لم يتزوج قبل بلوغه سن 19 سنة كاملة ، أو كان مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً.¹

وعليه يتعين على القاضي أن يكون حذراً 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 و مصالح 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

وانه من صور المصلحة المبتغاة من وراء تزويج القاصر عدم تقويت فرصة الزوج الكفاء ، فقد يرغب رجل كفاء في الزواج بقاصرة ، فيمتنع الولي من تزويجه إياها ، ونظراً لتحقيق المصلحة مع الأزواج الأكفاء ، فإن هذا المنع يعتبر تقويتاً لفرصة موالية للقاصرة ، رغم أن السنة تؤكد على عدم تقويت هذه الفرصة إلا إذا لم يكن الزوج كفاً للزوجة ، وعليه فإن تقويت هذه الفرصة يعد تقصيراً من الولي ويمكن الادعاء ضده أمام القضاء .

وإذا تبين أن الولي و القاصر 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 معنياً بهذا الزواج وطرفاً حيادياً لا يرتجى مصلحة شخصية .

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 " .³

وعليه فمنح القاضي للترخيص القضائي بالزواج يكون بناء على وجود مصلحة من هذا الزواج.

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 120.

2 جيلالي تشوار ، المرجع السابق ، ص 79،

3 الأمر رقم 05-02 ، المرجع السابق.

2- : الضرورة

الضرورة لغة من ضر يضره أضر به، أي فعل به مكروها ، ورجل ضرير ، به ضرر ، والضرورة اسم من الاضطرار ، والضراء نقيض السراء.¹ 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 مخرجا لها من ضرر يلحق بها عاجلا أم آجلا ، 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 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.²

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 ".³

1 أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المرجع السابق ، ص 137.

2 عبد الله فاسي ، المرجع السابق ، ص 100-101.

3 الأمر رقم 66-156، المرجع السابق.

وعليه فإن خطف القاصر في نظر المشرع يفضي غالبا إلى هتك العرض ، الأمر الذي يستوجب متابعة الخاطف جزائيا ، غير أن المشرع نفي عنه العقوبة متى تزوج بمخطوفته ، استجابة لضرورة التي تدعو القاصرة إلى الزواج قبل السن القانونية ، وتتجلى الضرورة هنا في طمس العار اللاحق بالقاصرة وأسرته¹.

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.

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.²

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 ليمكنها 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 متحابية وإقامة حياة زوجية حقيقية بقدر ما يكون زواجا صوريا وشكليا فيه نوع من الإكراه و ينقصه 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.³

1 عبد الله فاسي ، المرجع السابق ص 102.

2 سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 100.

3 المرجع نفسه ، ص 101

ولابد من التنويه عن الخطأ الشائع في الميدان القضائي بين القضاة - حكم و نيابة - في 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 و العقاب ، 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 و الاغتصاب ، وتطبق عليهما بذلك أحكام م 33 ق ع ج المتعلقة بتعدد الجرائم المرتكبة معا في وقت واحد أو في أوقات متتالية.¹

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 الدين يكونون ضحايا اعتداء جنسي عقب عملية التعزير أو الاختطاف الذين يتعرضون له ، وجاءت هذه الاستجابة من وزارة العدل بعد النقشات الحادة التي عرفتها الساحة الوطنية وخاصة بعد انتحار الفتاة القاصر أمينة الفيلاي التي تم تزويجها قسرا من مغتصبها.²

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 لتحديد ترك في ذلك للقاضي وفقا لسلطته التقديرية ، وهذا الموقف صائب إلى حد بعيد نظرا لأن المصلحة تختلف 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 و المصلحة كمعيارين لمنح الإذن بالزواج غير مجديتين ما لم يكن طالب هذا الإذن قادر على مواجهة الحياة الزوجية قدرة جسدية و نفسية ، 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 بالزواج³ ، وهو ما سنتناوله في العنصر الآتي بيانه .

1 سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 101.

2 نجاة قروز ، المرجع السابق، ص 64.

3 عبد الله فاسي، المرجع السابق ، ص 102.

3- 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 و النواحي ، 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.¹ ولا شك أن اهتمام المشرع بعنصر القدرة يعود إلى الآثار المترتبة عن توافرها أو تخلفها، إذ غالبا ما تنفك الرابطة الزوجية بتخلفها.

ومن بين الوثائق المشكلة لملف طلب الترخيص بالزواج ، الشهادة الطبية التي يحررها طبيب عام يثبت فيها القدرة الجسدية للقاصرة على مباشرة أعمال البيت وخدمة الزوج ، أما إذا كانت القاصرة ذات بنية جسدية لا تؤهلها لأشغال البيت وخدمة الزوج ، فإن الطبيب لا يمكن له الإشهاد على الكفاءة الجسدية لها.²

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 ".³

1 ابتسام مليط، المرجع السابق، ص78،

2 عبد الله فاسي ، المرجع السابق ، ص 103 ،

3 الأمر رقم 05-02 ، المرجع السابق ،

من خلال نص هذه المادة فالمشرع اشترط شهادة طبية¹، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلو طالبى الزواج من أى مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج ، وسواء كان طالبى الزواج قد بلغوا السن القانونى للزواج أم لم يبلغوها ، فهذه الشهادة قد أضافت بمجبتها حلقة كانت مفقودة فى ظل قانون رقم 84-11 ، والتي تتمثل فى قدرة الطرفين على الزواج . وفى إطار هذا تم إصدار المرسوم التنفيذى رقم 06-154 المؤرخ فى 11 ماي سنة 2006 ، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة .

فالمشرع قد اشترط هذه الشهادة حتى يعلم الطرف الآخر فى عقد الزواج بما قد يكون بالمقبل على الارتباط به من أمراض أو عوامل أخرى قد تؤثر على حياتهما بعد الزواج ، والقاضى هو من يقرر قدرة طالبى 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 يعنى أن القاضى المختص الذى 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.²

ثانيا : إجراءات منح الترخيص بالزواج

سننترق 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 العملى فى المجال القضائى لانعدام نص صريح بذلك .

1-القاضى المختص بمنح الترخيص بالزواج

إن الإعتراف للقاضى بمنحه الإذن بالزواج للقاصر لا يثير أى إشكال فى حد ذاته ، مادام أن القانون نص على ذلك صراحة ، لكن الإشكال يثور فى عدم تحديد القاضى المختص بمنح هذا الترخيص ، هل يرجع الأمر إلى قاضى شؤون الأسرة أم إلى رئيس المحكمة ؟

وفى هذا الصدد ظهر اتجاهين ، فيذهب بعضهم ومنهم الدكتور جيلالى تشوار للقول بأن الواقع العملى يوكل هذا الاختصاص لرئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالسلطة أو الأوامر الرئاسية ، لكن المنطق يقضى بأن يوكل الأمر لقاضى الأحوال الشخصية لدرايته وخبرته فى هذا المجال ، مستعينا

1 أنظر الملحق رقم (05)

2 سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائرى فى ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص 26-27 .

في ذلك بآراء المختصين من الأطباء المؤكدة على قدرة المأذون له على 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 423/01 ق إ ج م إ بنصها على أنه " ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوي الآتية :

1 - الدعاوي المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع إلى بيت الزوجية و انحلال الرابطة الزوجية و تواجها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة ... " ، وكذا نص م 424 ق إ ج م ا بنصها على أنه " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهرة على حماية مصالح القصر " ، وكذا نص م 480 ق إ ج م ! بنصها على أنه " يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا ".³

إذن تبدو أهمية هذا الاختصاص واضحة هنا إذ أن المسألة ليست فقط كما يعتقد 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 و عارفا بكل المعطيات المتصلة بها مستعملا في ذلك خبرته الميدانية ، أي أن يكون ملم بكل المعايير المحددة لمصلحة الشخص القاصر المقبل على

1 جيلالي تشوار ، المرجع السابق ، ص 77.

2 نجاهة فروز ، 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 23/04/2008.

الزواج ، والذي يكون بحاجة ماسة لذلك الإذن¹، وعليه يجب أن يكون قاضي شؤون الأسرة هو المختص بمنح الترخيص بالزواج قبل بلوغ السن القانونية .

أما عن الاختصاص الإقليمي فقد حددته م 426/07 ق إ ج م إ بنصها على أنه " تكون المحكمة المختصة إقليميا : ... 7 في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص ... " .²

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 بعقود 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 منحت لرئيس المحكمة الابتدائية متى رأى أن هناك أسباب خطيرة.³

لكن بالرجوع إلى نص م 01/02 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 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

1 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.

2 القانون رقم 08-09 ، المرجع السابق.

3 سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 102.

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 طرفاً أصلياً في جميع قضايا الأسرة ، بنصه على أنه " تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".²، فانه من الناحية العملية يحال اليه الطلب لتقديم التماساته في موضوع الترخيص والذي عادة ما يلتزم التاكيد من قدرة القاصر على الزواج،

2- اشكليات منح الترخيص بالزواج

تنص المادة 311 من ق ا م ا انه: " تقدم العريضة على نسختين ويجب ان تكون معللة ،وتتضمن الاشارة الى الوثائق المحتج بها،واذا كانت العريضة مقدمة بشأن خصومة قائمة ،فيجب ذكر المحكمة المعروضة امامها الخصومة،ويجب ان يكون الامر على عريضة مسببا،ويكون قابلا للتنفيذ بناء على النسخة الاصلية"،وعليه فان صدور أمر بالترخيص بزواج القاصر أو أمر برفضه يكون وفقاً لشروط وشكليات لا بد من اتباعها ، فتبدأ بتقديم طلب لرئيس قسم شؤون الأسرة ، إما من طرف المحامي باعتباره وكيلاً عن القاصر في شكل عريضة موقعة ومؤرخة ومستوفية لكامل الشروط القانونية ، أو من طرف ولي القاصر المراد تزويجه .³

يقدم طلب الإعفاء من شرط السن القانوني للزواج مصحوباً بوثائق⁴ .

بعد المصادقة على الطلب وايداعه مع الملف لدى أمانة ضبط المحكمة يقوم رئيس قسم شؤون الأسرة بدراسة الملف مبدئياً ، ويحدد تاريخ للجلسة و يبلغ 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 تحقيقاً بسماع الأطراف أي القاصرة ووليها ومن يريد الزواج بها ، وولي الزوج في حالة كونه هو الآخر قاصراً ، فيطرح أسئلة على القاصرة مثلاً ، هل بالفعل تريد الزواج بهذا الشخص ؟ ، كما يوجه أسئلة لوليها ،

1 سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 102.

2 الأمر رقم 05-02 ، المرجع السابق.

3 أنظر الملحق رقم (06)

4 انظر الملحق رقم 07.

هل فعلا موافق على زواج ابنته؟، ونفس الشيء بالنسبة للطرف الآخر ، وللقاضي 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 .

مع العلم 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 ولانيا بالتريخيص للقاصر بالزواج ، وإذا ثبت له خلاف ذلك يصدر أمره برفض التريخيص بالزواج.¹

بعد إصدار أمر بالتريخيص 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

و لم يتعرض المشرع الجزائري لامكانية الطعن في التريخيص من عدمه ، كما لم يحدد اجراءات الطعن وشروطه وينبغي على المشرع تدارك هذا الاغفال ، ولا نعلم فيما اذا قصد المشرع بذلك اخضاع هذا الامر الى القاعدة العامة في الاوامر على عرائض الواردة بالمادة 312 من ق ا م ا التي تنص على انه " في حالة الاستجابة الى الطلب يمكن الرجوع الى القاضي الذي اصدر الامر ،للتراجع عنه او تعديله، وفي حالة عدم الاستجابة الى الطلب يكون الامر بالرفض قابلا للاستئناف امام رئيس المجلس القضائي،ويرفع الاستئناف خلال 15 يوما من تاريخ امر الرفض..."،وطبقا للمادة 311 من نفس القانون فان كل امر على عريضة لم ينفذ خلال اجل ثلاثة 03 اشهر من تاريخ صدوره،يسقط ولا يرتب أي اثر،

أما بالنسبة للمشرع المغربي فنجد أنه تناول مسألة الإذن بالزواج في نص م 20 م أ م على أنه القاضي الأسرة المكلف بالزواج ، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه ، بمقرر معلل يبين المصلحة و الأسباب المبررة لذلك ، بعد الاستماع لأبوي القاصر

1 أنظر الملحق رقم "08" والملحق رقم "09"

2 سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص 27.

أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو اجراء 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 ابرام 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 مبينا فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد سماع أبوي القاصر ونائبه الشرعي ، مع الاستعانة بخبرة طبية أو اجراء 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 ابرام العقد أمام العدلين ، أو الإدلاء بوثيقة مكتوبة تعبر عن موافقته على الزواج ، لكن إذا امتنع النائب الشرعي عن تقديم طلب الترخيص بالزواج إما تعنتا منه أو لسبب معقول ، فيتم تقديمه عندها من القاصر نفسه ، ويبقى الفصل لقاضي الأسرة المكلف بالزواج ، مع تعليله الموقف الذي يتخذه في هذا الشأن.²

3- 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 من حكمه المطلق هذا عاملا مساعدا 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.³ لكن كان من الأحسن على المشرع الجزائري أن يسلك الطريق نفسه الذي سلكته بعض التشريعات العربية في هذه المسألة ، ومنها المشرع الأردني الذي جعل للقاضي من باب السلطة التقديرية أن يمنح

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

2 أحمد شامي، المرجع السابق، ص 52 .

3 جيلالي تشوار ، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج ، المرجع السابق ، ص 23.

الإذن بالزواج لمن لم يكمل 18 سنة ، شريطة أن يكمل 15 سنة من العمر ، وكان له مصلحة في هذا الزواج.¹

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 .²

إذن تبقى مسألة تحديد الحد الأدنى لمنح الترخيص بالنسبة للمشرع الجزائري تشكل فراغا تشريعيا 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 القانوني للزواج³، ومنهم من يربط هذا الحد بسن التمييز في القانون الجزائري ، وهو 13 سنة طبقا لنص المادة 42 ق م ج كما سبق بيانه ، حيث أنه لا يجوز للقاضي النزول عنه عند منحه الإذن بزواج القاصر.⁴

الفرع الثاني: أساليب مخالفة الترخيص بالزواج

نظرا للثغرات التي يحتويها قانون الأسرة الجزائري، فإن مسألة مخالفة الترخيص القضائي بالزواج ليست بالأمر الصعب لمن يريد ذلك ، وهذا لوجود أساليب لهذه المخالفة ، تتمثل أساسا في الزواج غير المسجل وإخفاء الأهلية .

أولا: الزواج غير المسجل

لقد نص المشرع الجزائري على الزواج غير المسجل أو ما يعرف بالزواج العرفي عند المصريين في قانون الأسرة و للتعرف عليه أكثر سنحاول التطرق إلى تعريفه ودواعي اللجوء إليه وطبيعته القانونية.

1 أحمد شامي، المرجع السابق ، ص 55.

2 قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 ، المرجع السابق

3 أحمد شامي، المرجع السابق، ص 54.

4 ابتسام مليط، المرجع السابق، ص 79.

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.¹ والزواج غير المسجل نوعان ، نوع يكون مستوفي للأركان والشروط ، ويكون عقد صحيح يحل به التمتع وتنقرر 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.²

أما في قانون الأسرة الجزائري ، فقد نص المشرع على الزواج غير المسجل ضمناً 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 تثبت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ".³

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 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 الإرياف .

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 التزويج من اجنبي دون رخصة ، تزويج القصر ، فقد يرغب القاصر أو القاصرة في الزواج إما لتحقيق رغبة أو ضرورة كستر عار ، فيضطر الأولياء إلى مثل هذا الزواج استجابة

1 عمر سليمان الأشقر ، المرجع السابق ، ص 175.

2 عبد رب النبي علي الجارحي ، الزواج العرفي : المشكلة و الحل ، د ، ط ، دار الروضة ، القاهرة ، د . م . ن ، ص 38.

3 الأمر رقم 05-02 ، المرجع السابق.

لهذه الضرورة ، وأحيانا يقدم الأولياء أنفسهم على تزويج أبنائهم القصر لأغراض شخصية فيتم إبرام العقد متبوع بدخول مباشرة أو مؤجل.¹

3_ الطبيعة القانونية للزواج غير المسجل:

لقد اعتبره القانون زواجا صحيحا متى استوفى ركن الرضا وبقية الشروط ، بدليل أنه أجاز تسجيله بحكم قضائي لأنه عقد غير رسمي²، وقد نصت المادة 18 ق أ ج على أنه " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون"³، وقد وقع المشرع في تناقض ، بحيث أن المادة 18 ق أ ج السالفة الذكر جعلت إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية أمرا قانونيا لتتمام 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"⁴، 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.⁵

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

1 عبد الله فاسي ، المرجع السابق ، ص 112.

2 العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 281.

3 الأمر رقم 05-02 ، المرجع السابق .

4 المرجع نفسه.

5 عبد الله فاسي ، المرجع السابق ، ص 112-113.

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 لتحرير عقد الزواج ، الأمر الذي اعتبره المشرع مخالفة.¹

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 ".² وتنص المادة 441/01 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 يفيد 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 ... ".³

إذن نلاحظ أن مخالفة الترخيص بالزواج تكون إما بالزواج غير المسجل أو بإخفاء الأهلية.

1 عبد الله الفاسي المرجع السابق ، ص 114.

2 الأمر رقم 70-20 ، المرجع السابق.

3 الأمر رقم 66-156 ، المرجع السابق ،

خلاصة الفصل

إن من خلال هذا الفصل خلصنا إلى أن الأهلية تتأثر بعدة عوارض تصيب العقل وتحدث اختلال في القدرات الذهنية للشخص، منها المعدمة للأهلية كالجنون والعتة ، ومنها المنقصة للأهلية كالسفه والغفلة ، وقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية زواج المصاب بإعاقة ذهنية سواء كان المجنون أو المعتوه أو السفیه او ذي الغفلة 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 بالنسبة لناقصي وعديمي الأهلية ، وذلك بالنظر إلى مدى توافر المصلحة و الضرورة ومدى قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج ومسئوليته ، ولكن تبقى بعض الإجراءات كما هو الحال بالنسبة الحد الأدنى لمنح الاذن وكذا الجزاء المترتب على مخالفته تشكل فراغ قانوني لعدم وجود نص قانوني صريح يعالج مثل هذه المسائل ، الأمر الذي فتح الباب أمام الأولياء والقصر انفسهم في بعض الحالات للجوء إلى أساليب لمخالفة هذا الترخيص عن طريق ما يعرف بالزواج العرفي و كذا إخفاء الأهلية.

الختامة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع لاحظنا بان احكام الاهلية بصفة عامة جاءت متفرقة بين القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري، مما ادى الى خلق نوع من التعارض او ما يعرف بالفراغ التشريعي بينهما، فمثلا نجد المشرع عند تنظيمه لموضوع تصرفات الصبي المميز، قد اخذ بنظرية العقد القابل للابطال في القانون المدني ، بينما اخذ بنظرية العقد الموقوف في قانون الأسرة، كما نجد ايضا ان القانون المدني اعتبر السفه ناقص الاهلية والحقه بالصبي المميز من حيث تصرفاته، بينما قانون الأسرة اعتبره عديم الاهلية و الحقه بالصبي غير المميز واعتبر تصرفاته غير نافذة، ونجد ان قانون الأسرة لم يعتبر ذي الغفلة لا عديم ولا ناقص الاهلية.

وتعتبر الاهلية في عقد الزواج شرطا من شروط انعقاده طبقا لنص م 09 مكرر من ق.أ.ج ، والمشرع لم يحدد الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج مما ادى الى ظهور خلاف فقهي حول مدى سريان نصوص القانون رقم 63-234 من عدم سريانها، خلافا للقوانين المقارنة التي كان رأيها صريح في هذه المسألة، خاصة امام اقرار المشرع الجزائري في قانون الأسرة لامكانية تسجيل الزواج العرفي طبقا للمادة 22 منه، لكن نستنتج بالرجوع الى م 04، 07، 09، 33 من ق.أ.ج ان الزواج لا يتم الا برضا الزوجين ،وان هذا الاخير لا يكون صحيحا الا اذا كان صاحبه مكتمل الاهلية، اي له 19 سنة كاملة ،والا اعتبر العقد غير صحيح، وبما ان عقد الزواج من العقود الدائرة بين النفع والضرر فنطبق عليه ما جاء في م 83 من ق أ ج، ومن ثم اذا كان الشخص بالغا 13 سنة من عمره ولم يبلغ سن الرشد فزواجه يعتبر متوقفا على ارادة الولي ، اما اذا تزوج دون ان يكمل 13 سنة من عمره فزواجه باطل بطلانا مطلقا.

واهم ما يميز هذا العقد هو ان المشرع نص صراحة على ان العقد لا يعد صحيحا اذا كان المعني لا يتوفر على سن الزواج المقررة في م 07 من ق.أ.ج ، الا بعد الحصول على اذن قضائي ومن ثم فان موافقة الولي غير كافية في مثل هذا العقد بل يجب اذن القاضي و الا كان العقد فاسدا ،وبشرط ان يكون هذا الاذن سابقا للعقد ، و بما ان سن الزواج من النظام العام يتعين على المشرع الجزائري ان ياتي بنصوص صريحة تبين الحكم الواجب تطبيقه في حالة انتفاء السن المقررة في م 07 من ق.أ.ج ،ومن خلال دراستنا لاحكام الاهلية في القانون الجزائري مع اجراء مقارنة مع بعض القوانين الوضعية توصلنا الى النتائج التالية :

1. ان المشرع الجزائري قد حدد سن اهلية الزواج وجعلها موحدة بين الجنسين وهي 19 سنة كاملة، وذلك من خلال نص م 07 من ق.أ.ج، وبذلك يكون قد وحد سن الرشد المدني وسن الزواج، في حين ان اغلب القوانين المقارنة حددتها ب18 سنة تماشيا مع ماجاء في الاتفاقيات الدولية ،
2. ان الفقه الاسلامي لم يحدد سن معينة للزواج وانما ربطها بالبلوغ الجنسي والذي يكون بامارات طبيعية، قد تكون مشتركة بين الذكر والانثى كالاختلام والانبات، وقد تكون خاصة بالانثى فقط كالحيض والحمل، خلافا للشرائع المسيحية واليهودية التي حددت اهلية الزواج بسن معينة لكل من الذكر والانثى، باعتبار ان الزواج يعتبر من المقدسات عندهم،
3. لم يجز المشرع الجزائري زواج الصغار الا استثناءا وبناءا على ترخيص من القاضي لمصلحة او ضرورة بناءا على طلب الولي او القاصر نفسه ، بينما اختلفت الاراء الفقهية في ذلك بين مجيز وغير مجيز، وتفريق بين زواج الصغير والصغيرة، وربما ذلك راجع للاثار الصحية والنفسية التي تعود على الام القاصرة و جنينها،
4. لم يتعرض المشرع الجزائري الى حكم زواج المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة، وقد نص في قانون الأسرة ان تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، وبالتالي يرجع في ذلك الى احكام الشريعة الاسلامية بحكم نص م 222 من ق.أ.ج، خلافا للمشرع المغربي والاردني و الكويتي الذين نصوا على ذلك صراحة، وذلك باجازة هذا الزواج اذا كان فيه شفاء لهم، لكن نجده قد تعرض في قانون الاجراءات المدنية والادارية الى طلاق المصاب باختلال عقلي في المادة 432 منه، بالنص على انه لايجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، اذا كان احد الزوجين تحت وضع التقديم او اذا ظهر عليه اختلال في قدراته العقلية تمنعه من التعبير عن ارادته، ويجب اثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص، وكذا في المادة 437 منه اين نص على انه عندما يكون الزوج ناقص الاهلية، يقدم طلب الطلاق باسمه، من قبل وليه او مقدمه، حسب الحالة، غير انه قد استقر القضاء في مصر على ان الولاية على اموال المحجور عليه لا تمتد الى التصرف في احواله الشخصية من زواج وطلاق، وان نيابة القيم عن المحجور عليه هي نيابة قانونية قاصرة على ادارة امواله واستثمارها في الوجوه التي تعود عليه بالحفظ والمنفعة، كما ان انعقاد الولاية للقيم على نفس المحجور عليه لا تكون الا باذن القاضي، ونفس النهج سار عليه القضاء الجزائري في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 2017/04/05 في الملف رقم 1195456 والذي يقضي انه يصبح الزوج المحكوم عليه بالحجر، غير اهل لايقاع الطلاق، ولا يمكن للمقدم القيام بذلك نيابة عنه، لانه حق شخصي، اما اذا رأى المقدم

ان المصلحة والضرورة تقتضيان انهاء الرابطة الزوجية ، فيجوز له رفع دعوى امام قاضي شؤون الأسرة، وللمحكمة السلطة التقديرية في ايقاع الطلاق بعد الاثبات بناء على المصلحة والضرورة وليس ارادة المحجور عليه.

5. ان الولاية على المرأة البالغة او القاصرة هي ولاية اختيار، فبالنسبة للبالغة ليس الهدف منها قهرها والتحكم فيها، بل هو توسيع لدائرة الشورى للوصول الى الاختيار الاحسن واطمئنان الاولياء على مصير بناتهم، كما ان الولي لا يمكنه اجبار من في ولايته على الزواج بمن لا تريد، لكن نجد ان المشرع الجزائري لم يتعرض لحالة منع الولي لمن في ولايته من الزواج اذا رغبت فيه وكان اصلح لها، الحالة التي كانت تعالجها م 12 من ق.أ.ج التي تم الغاءها بموجب الامر 05-02.

6. اقر المشرع الجزائري استثناء على اهلية الزواج يتمثل في امكانية منح ترخيص قضائي بالزواج قبل بلوغ السن القانونية، و للقاضي سلطة تقديرية واسعة في منح الاذن مع مراعاة عنصري المصلحة والضرورة وذلك بالنظر للظروف المحيطة والاعراف السائدة في المنطقة وكذلك التاكيد من قدرة الطرفين على الزواج بالاعتماد على الخبرة الطبية اساسا، خلافا للمشرع المغربي والذي يعتمد على البحث الاجتماعي في ذلك.

7. لم ينص المشرع الجزائري صراحة على الحد الادنى لمنح الترخيص وعلى الجزاء المترتب على مخالفة هذا الترخيص خاصة باقراره واعترافه بالزواج العرفي صراحة في م 22 من ق.أ.ج.

8. لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة الى امكانية الطعن في الاذن بالزواج من عدمه خلافا لمدونة الأسرة المغربية التي نصت على ذلك صراحة، وبالتالي فلا يكون هناك توحيد في العمل القضائي من الناحية الواقعية، وفي رايانا وفي ظل هذا الفراغ القانوني يمكن الطعن في هذا الاذن اعمالا للقاعدة العامة الواردة م 312 من ق.أ.ج.م.ا والمتعلقة بالوامر على عرائض.

9. نجد ان المشرع الجزائري في مجال الاهلية في عقد الزواج قد ترك المجال واسعا لتطبيق احكام الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها، وبالتالي ترك الخيار للقاضي في اتباع اي مذهب يختار، وهذا بالرغم من انه من خلال قانون الأسرة و المستمد من احكام الشريعة الاسلامية نجده قد خالفها في بعض الامور ولم يتخذ بشأنها موقفا ثابتا فبقي يتارجح بين التناقض والغموض، وعليه اعادة النظر في بعض موادها وخاصة ماتعلق منها باهلية عقد الزواج لما لها من اهمية وتأثير على الأسرة والمجتمع على حد سواء وذلك بنصوص صريحة ومن بين هذه التناقضات:

1. ان المشرع الجزائري قد نص في الفقرة الثانية من م 07 من ق.أ.ج انه يكتسب الزوج القاصر اهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، في حين نجده نص في قانون الاجراءات المدنية والادارية في المادة 437 منه انه في طلب الطلاق من احد الزوجين،عندما يكون الزوج ناقص الاهلية ،يقدم الطلب باسمه من قبل وليه او مقدمه ،بحسب الحالة، اليس هناك تناقض وقع فيه المشرع الجزائري ؟، فكيف يمكن اعتبار القاصر بعد الاذن له بالزواج راشدا فيما يتعلق باثار عقد الزواج من حقوق والتزامات وقاصرا في تسجيل دعوى الطلاق بنفسه؟.

2. يمكن للقاصر بعد بلوغه سن الرشد او بواسطة وليه قبل ذلك تثبيت زواجه العرفي الذي ابرمه دون استصدار اذن بالترخيص بالزواج او بالرغم من رفض منح الاذن له من طرف القاضي،وذلك بعد الدخول وميلاد ابناء ،فهل يمكن القياس على ذلك في حالة زواج مجنون زواجا عرفيا دون مراعاة شرط الاذن،وتم الدخول ونتج عنه ميلاد ابناء،و هناك قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2012/01/12 ملف رقم 729759، فهرس رقم 12/00161،يقضي ان المقدم ينوب المحجور عليه في جميع شؤونه ومنها تمثيله في الدعاوى التي ترفع منه او ضده، الزوجة من حقها اقامة دعوى تثبيت الزواج ضد المحجور عليه ممثلا بالمقدم ،وعليه في ظل غياب نص صريح في القانون يجد القاضي نفسه بين تثبيت هذا الزواج العرفي لحماية لحقوق الابناء "النسب"، وبين اعمال سلطته التقديرية في تثبيت هذا الزواج العرفي لحماية للاسرة والمجتمع خاصة في ظل انتشار ظاهرة القتل بين الازواج التي نخرت جسم المجتمع الحالي والتي عادة مايكون الزوج القاتل فيها مجنونا ويعفى من العقاب طبقا للمادة 47 من قانون العقوبات، خاصة ان هذا الزواج من الناحية القانونية باطل بطلانا مطلقا طبقا للمادة 33 من قانون الأسرة لاختلال ركن الرضا الذي يعد الركن الوحيد في عقد الزواج طبقا م 09 من ق.أ.ج، لان ركن الرضا طبقا للقواعد العامة يجب ان يصدر من ذي اهلية.

وتبعا لهذه النتائج نعرض الاقتراحات والتوصيات التالية :

1. اعادة صياغة نصوص قانون الأسرة وخاصة م 81 و85 منه لازالة التعارض بينه وبين القانون المدني ،فيما يتعلق بالسفيه وذي الغفلة.

2. اعادة النظر في نص م 07 من ق.أ.ج وتعديلها من خلال اضافة النقاط التالية :

- اشتراط البلوغ والنضج الجسدي والعقلي لاهلية الزواج، وليس بمجرد تحديد سن بصورة عشوائية، لاسيما وان مستوى نضج الفتى و الفتاة يختلف من بيئة لآخرى.
 - النص على الجزاء المترتب على مخالفة السن القانونية للزواج.
 - النص صراحة على زواج الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة .
 - تحديد الحد الأدنى لمنح الترخيص القضائي ب16 سنة على الأقل.
 - تحديد القاضي المختص بمنح الترخيص القضائي بالزواج ،وما مدى امكانية الطعن في هذا الترخيص من عدمه.
 - النص على الجزاء المترتب على مخالفة الترخيص القضائي بالزواج.
- 3.** وضع قواعد قانونية صارمة تقع حاجزا امام ظاهرة الزواج العرفي والتي اصبحت تنهش الاسر وتهدد كيانها، وذلك بانتشار ما يعرف بزواج القصر والقاصرات وما يترتب عنه من مشاكل مجسدة في ملفات مكدسة برفوف المحاكم من دعاوى لاثبات الزوجية ودعاوى الزنا ودعاوى انكار النسب ودعاوى الميراث بعد وفاة احد الزوجين قبل تسجيل عقد زواجهما الى غير ذلك من المشاكل التي يصعب حصرها وذلك ب:
- فرض تسجيل عقود زواج القصر و القاصرات فور انعقادها لدى جهة رسمية وشرعية ويحظر كل زواج يقع خلاف ذلك و يتعرض مخالفوه لعقوبات مالية وجزائية.
 - اخضاع الاعراس وحفلات الزفاف الى رخصة من البلدية التي تقام بها مرفوقة بنسخ من عقد زواج مسجل او بدفتر عائلي الى جانب النص على عقوبة صارمة لمن يخالف ذلك.
 - كما لانسى دور النيابة العامة عند تعاملها مع قضايا اثبات الزواج العرفي فيجب الا يقتصر فقط على طلب تطبيق القانون ، خاصة ان قضايا الاحوال الشخصية من النظام العام.
- 4.** ضرورة استعانة القاضي بالخبرة الطبية والبحث الاجتماعي، كما فعل المشرع المغربي من خلال عرض القاصر او القاصرة قبل الزواج على مساعدة اجتماعية لتوعيتها قبل الاقدام على هذا الزواج ،وينبغي ايضا الجمع بين الزوجين القاصرين قبل الزواج في عدة جلسات لبيان اوجه 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 الاسباب التي تساهم في نجاح هذا الزواج، وفشله و هذا حفاظا على تماسك الأسرة.
6. محاولة التعرف على الظروف المحيطة بنشأة القصر وعائلاتهم التي ادت الى تزايد ظاهرة زواج القصر، كحرمانهم من التعليم مما اثر سلبا على حياتهم الاجتماعية والاقتصادية، وبالتالي استحالة بناء اسرة متكاملة وتربية اجيال تطور من المجتمع لقلة الوعي الفكري لدى الزوجين القاصرين او لاحدهما، فينجم عن ذلك تفكك اسري بعد الزواج.
7. على المشرع الجزائري ان يزيل الغموض الوارد في نص م 10 فقرة 01 من ق.أ.ج فيما يتعلق بولاية المرأة الراشدة في الزواج، ويسلك ماذهب اليه المشرع المغربي في اعتبار الولاية حق للمرأة الراشدة تمارسها حسب اختيارها ومصحتها، ولها في ذلك ان تعقد زواجها بنفسها او تفوض ذلك لابيها، او لاحد اقاربها.
8. على المشرع اضافة نقطة في نص م 73 من ق.ح.م والمتعلقة ببيانات عقد الزواج وتتمثل في ضرورة اثبات موافقة الاولياء بالنسبة للقاصر والمحجور عليه، بالرغم من ان هذا البيان منصوص عليه صراحة في المادة الثانية "02" من القانون 59-274 وم 04 من المرسوم رقم 59-1082 وذلك على الرغم من الاشارة الى تنظيم اجراءات هذا البيان في صلب م 76 من ق.ح.م نفسه.
9. ان الشهادة الطبية المشترطة على الزوجين تقديمها بموجب م 07 مكرر من ق.أ.ج، تثبت خلو الزوجين من اي مرض او اي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، وهذا يحقق مصلحة خاصة تتمثل في ثبوت الخيار للزوجين بعد علمهما بذلك المرض، تجنبا للغرر، ومصحة عامة تتمثل في حماية صحة الزوجين والاطفال معا، لكن تبين من خلال الواقع العملي ان هذه الشهادة الطبية المشترطة عادة ما تمنح على سبيل المجاملة و لا تعكس الحقيقة، كما انها لا تتعلق بالفحص العقلي والنفسي للزوج مما يحول دون امكانية تعرف الزوج على معاناة الزوج الاخر من مرض عقلي او نفسي قبل الارتباط به، وكان من الاجدر على المشرع ان يشترط على الزوجين الفحص الاجباري المسبق جسديا وعقليا، لتفادي عدد معتبر من النزاعات المطروحة امام المحاكم و التي تثور بسبب ذلك.

الملاحق

الملحق رقم 1

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

رخصة بالتصرف في أموال قاصر

المادة 88 من قانون الأسرة

مجلس قضاء: عين الدفلى

محكمة: ~~الصلالة~~

مكتب الرئيس

رقم الترتيب 22/00229

نحن ~~هو محمد بن~~ رئيس محكمة ~~الصلالة~~
 بعد الاطلاع على طلب السيدة) : ~~بنقلمسي زوي~~
 باعتباره(ها) : الام الساكن(ة) ب: الزرارة بلدية العطف
 المتضمن الترخيص له(ها) ب:
 تصرف في مناب القصر

و طبقاً لأحكام المادتين 88 و 89 من قانون الأسرة.

وبعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية بتاريخ: 2022/04/26 الذي أبدى رأياً
 ب تطبيق القانون

نرخصللسيدة(ة): ~~بنقلمسي زوي~~

المولودة(ة) في: 2019/10/07 ب: عين الدفلى

ابن(ة): نصر الدين و: ~~بنقلمسي زوي~~
 بأن يتصرف ب:

سيارة صاف بيجو تحمل الرقم التسلسلي في الطراز E1023489 والرقم التسلسلي: 44-383-07644.

سيارة من صنف رونو تحمل الرقم التسلسلي في الطراز 26543246 تحت رقم التسجيل: 44-102-06335.

سيارة من صنف رونو تحمل الرقم التسلسلي في الطراز 08705250 الرقم التسجيل: 44-393-02059.

ملك ل:

القاصرة(ة): ~~بنقلمسي زوي~~

المولودة(ة) في: 2019/10/07 ب: عين الدفلى

ابن(ة): نصر الدين و: ~~بنقلمسي زوي~~

و ذلك بسبب

حفاظاً على مصالح القصر

مع القول بالرجوع إلينا في حالة الإشكال.

حرر بمكتبنا في: 2022/04/27

رئيس المحكمة

الملحق رقم 2

عقد ترشيح د

- الطلب يكون باسم والد المعني
- شهادة ميلاد المعني أصلية
- شهادة ميلاد والده أصلية.
- شهادة الجنسية الجزائرية .
- شهادة السوابق العدلية.
- بطاقة الحالة العائلية للوالدين .
- نسخة من عقد زواج الوالدين .
- عقد الملكية للعقار أو سند الإيجار
- صورة لبطاقة التعريف الوطنية للأب والمعني إن وجدت .
- حضور المعني ووالده يوم الاستقبال (الثلاثاء) .

الملحق رقم 3

الوثائق المطلوبة من أجل تعيين ولي شرعي:

- طلب إلى السيد قاضي شؤون الأسرة
- شهادة ميلاد المعنية من السجل الأصلي
- شهادة ميلاد المراد تعيينه كولي شرعي (الأخ.العم....)
- شهادة وفاة الأب
- شهادة ميلاد الأم
- صورة لبطاقة التعريف الوطنية للمعنية و الشخص المراد تعيينه كولي شرعي
- طابع ضريبي بقيمة 30 د ج
- المصاريف القضائية : 500 د ج تدفع أمام الصندوق بالمحكمة
- حضور المعنية و و ليها و الزوج أمام القاضي المختص

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

رخصة بتعيين ولي لإبرام عقد زواج المادة 11 من قانون الأسرة

مجلس قضاء: عين الدفلى
محكمة: ~~القطاية~~
مكتب الرئيس
رقم الترتيب 22/00176

نحن ~~رئيس محكمة القطاية~~ رئيس محكمة القطاية

بعد الاطلاع على طلب السيدة (ة): ~~عصمتي بوضحة~~
الساكنة (ة) ب: دوار اولاد علي بلدية تاشة زواقعة
المتضمن تعيين ولي لها لإبرام عقد زواجها،

بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة،

بعد الاطلاع على المواد 3، 7 و 9 مكرر و 11 من قانون الأسرة
بعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية بتاريخ: 2022/04/04 الذي أبدى رأيا بـ

تطبيق القانون

ونظرا لان المعنية ليس لها ولي من أقاربها يتولى إبرام عقد زواجها،

نعين السيد: ~~عصمتي بوضحة~~

المولود في: 1979/03/21 ب: العبادية

بصفته وليا لإبرام عقد زواج: ~~عصمتي بوضحة~~

المولودة في: 2003/11/04 ب: العباية

بنت: احمد

و: ~~عصمتي بوضحة~~

مع المسمى: ~~عصمتي بوضحة~~

المولود في: 1995/03/11 ب: ماريوة

ابن: محمد

و: ~~عصمتي بوضحة~~

أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، مع القول بالرجوع إلينا في حالة الإشكال.

حرر بمكتبنا في: 2022/04/04

رئيس المحكمة

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:

الإسم واللقب:

دكتور في الطب:

الممارس في:

العنوان:

أشهد أنني فحصت لغرض الزواج:

المولود(ة) في:

الساكن(ة) ب:

بطاقة التعريف الوطنية رقم: الصادرة في ب

أعددت 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 6

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 بطلي 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 7

س ١ الوثائق المطلوبة في الإذن للإعفاء من شرط سن الزواج :

- طلب باسم أب الزوجة إلى قاضي شؤون الأسرة.
- شهادة ميلاد المعنية من السجل الأصلي
- شهادة ميلاد والدها من السجل الأصلي
- شهادة ميلاد الزوج من السجل الأصلي
- شهادة ميلاد والده من السجل الأصلي
- شهادة طبية عليها صورة شمسية للبنات تثبت أنها قادرة على الزواج
- صورة لبطاقة التعريف الوطنية للزوجين و أب الزوج و أب الزوجة
- بطاقة إقامة للزوجة
- تصريح شرفي من طرف الزوج بأنه لم يسبق له الزواج مصادق عليه من طرف البلدية
- المصاريف القضائية 1500 د ج
- طابع ضريبي بقيمة 30 د ج
- حضور الأطراف أمام القاضي المختص

ملاحظة : يودع الملف كاملا و يتم الاستقبال يوم الأربعاء

الملحق رقم 8

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

رخصة لإبرام عقد زواج قاصر
المادة 7 من قانون الأسرة

مجلس قضاء: عين الدفلى

محكمة: ~~الطاف~~

مكتب الرئيس

رقم الترتيب 22/00227

نحن ~~مجلس قضاء عين الدفلى~~ رئيس محكمة ~~الطاف~~بعد الاطلاع على طلب السيد : ~~قويدر~~

الساكن(ة) ب: حي علي بن هانية بلدية العطاف

المتضمن الترخيص له بعقد زواج : بني نورية

بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة،

بعد الاطلاع على المواد 3، 7 و 9 مكرر من قانون الأسرة،

بعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية بتاريخ: 2022/04/27 الذي أبدى رأيا به

التأكد من قدرة القاصرة على الزواج

بعد التحقق من هوية المعنية، وإبداء موافقتها على الزواج،

ونظرا لأن الزواج يهدف إلى تكوين أسرة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب،

نرخص للآتسة : ~~قويدر~~

المولودة في : 2004/03/18 ب: العطاف

بنت : قويدر و : ~~الطاف~~إبرام عقد الزواج مع المسمى : ~~قويدر~~

المولود في : 1993/05/17 ب: عين الدفلى

ابن : ديلمى و : ~~الطاف~~

أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، مع القول بالرجوع إلينا في حالة الإشكال.

حرر بمكتبنا في: 2022/04/27

رئيس المحكمة

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

أمر بالرفض ترخيص الزواج لقاصر

مجلس قضاء جرجل
مكتبه جرجل
من قسم شؤون الأسرة
بالتاريخ 17/

محضر عدل من السيد رئيس قسم شؤون الأسرة بالمحكمة بجرجل

بعد الاطلاع على طلب السيدة :

السودج تاريخ: 2017/02/09

المتضمن : أمر بالرفض ترخيص الزواج للقاصر

بعد الاطلاع على طلب السيدة :

- الساكنة : حي الريبية بجرجل

- المتضمنة الترخيص لها ب عقد زواج ابنها

- بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة

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

- بعد سماع والدة القاصدة المدعوة : حيث انها الزوجة الشرعية لتست القاصر تكون والدتها

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

باستطاعتها الزواج و ان مخاطب ابنتها المسمى هو من اجرها تحت التهديد على تقديم هذا

الطلب و انها ترفض تزوج ابنتها القاصر لانه لا يعمل و ليس له أي مؤهل للزواج .

- بعد سماع المدعو و الذي ابدى رغبة في الزواج من القاصر و صرح انه يعمل

كمدون

- بعد الاطلاع على المواد 7 و 9 من قانون الأسرة

- و أنه للقاضي ان يرفض بالزواج لسبب أو متردد، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج

و نظرا لأن المحكمة ترى بأن السن القانونية للإضافة لصغر سنها فانها حرة أيضا صغيرة القاء

و لا يمكنها تحمل أعباء الزواج و شعاعه بالإضافة لذلك رفض وليتها الشرعية الترخيص لها بالزواج و انها ترخصه

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

- من المحكمة و للأسباب المذكورة أعلاه يرفض منح رخصة الزواج للقاصر .

حرر بمكتبها في 12/02/2017

الرئيس

المراجع

قائمة المصادر و المراجع

1. القرآن الكريم.

من السنة

2. ابن الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ،"صحيح مسلم"، دار المغني للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية، 1998.

3. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، ط 1 ، دار ابن كثير ، دمشق ، سوريا ، 2002 .

النصوص القانونية

1. أولاً : القوانين الوطنية

4. الأمر رقم 02-05 ، 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 2005/02/27.

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

6. الأمر رقم 70-20 ، المؤرخ في 19 فيفري سنة 1970 ، يتعلق بالحالة المدنية ، ج . ر . ع 21، الصادر في 27/02/1970 ، معدل ومتمم.

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

8. القانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج . ر . ع 21 ، الصادر في 23/04/2008 .

9. قانون رقم 30-323 ، بتاريخ 02 ماي 1930 ، يتعلق بالتصريح بالخطوبة و سن زواج القبائل.

10. 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. 1959/11/02 .

11. قانون رقم 63-224، بتاريخ 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج، ج.ر. 2.

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

13. قرار المحكمة العليا ، غ م ، 29/06/1986 ، ملف رقم 43476 ، م ق ، 1993 ، ع 01.

14. قرار المحكمة العليا، غ. أ. ش: 2002/07/03 ، ملف رقم 261925 ، م. ق، 2003 ، ع 2.

15. قرار المحكمة العليا، غ. أ. ش: 2001/02/21 ، ملف رقم 255711 ، م. ق، 2002 ، ع 2.

2. ثانيا : القوانين المقارنة

16. أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 ، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، منشور بالرائد الرسمي التونسي ، ع 66 ، الصادر في 17 أوت 1956 .

17. قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976.

18. القانون المدني المصري ، الصادر في 16 جويلية 1948 .

19. القانون المصري رقم 1 لسنة 2000 م بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .

20. قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 و قانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، مجموعة التشريعات الكويتية، ج 8، ط 1، إصدار وزارة العدل، 2011.

3. ثالثا: الاتفاقيات الدولية و التوصيات

21. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) لسنة 1979 .

22. اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 .

23. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948

24. التوصية العامة رقم 21 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشر (1994) ، المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية .

الكتب

—أ—

25. ابراهيم عبد الرحمان ابراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية : الزواج ، الفرقة

- وحقوق الأقارب ، ط 1 ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، 1999 .
26. ابن المنظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ، الجزء الثاني ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، 1988.
27. أبو الزهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار المحامي للطباعة، الطبعة الثالثة، القاهرة، د.س.ن.
28. أبو الفضل جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، د.ط، دار صادر، بيروت، لبنان.
29. ابو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، د.ط، دار الصادر، بيروت، لبنان
30. أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير ، د.ط، مكتبة لبنان، بيروت ، لبنان ، 1987 .
31. أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات : دراسة فقهية ونقدية مقارنة ، د . ط ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2010 .
32. أحمد محمد علي داود ، الأحوال الشخصية ، ط 1 ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، 2009 .
33. أحمد محمد كنعان ، الموسوعة الطبية الفقهية ، ط 1 ، دار النفائس ، بيروت ، لبنان، 2000
34. الألباني محمد ناصر الدين ، صحيح الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير) ، الجزء الثاني ، رقم (5868) ، المكتب الاسلامي ، ط3.
35. بدران أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، ط 1 ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، مصر ، 1998 .

-ب-

36. بن عبيدة عبد الحفيظ ، الحالة المدنية واجراءاتها في التشريع الجزائري ، الطبعة الثالثة، 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

-ت-

37. تقيّة عبد الفتاح: نطاق عوارض الأهلية في فقه أصول الشريعة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، العدد الأول ، سنة 2009.

-ج-

38. الجندي أحمد نصر، الأحوال الشخصية في قانون الامارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2007

39. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2008.

40. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

-ح-

41. حسين أحمد فراج، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، د.س.ن.

-د-

42. الدردير أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الامام مالك، مكتبة أيوب كانو، نيجيريا، 2000.

43. دمشقي عبد القادر بن بدران : المدخل الى مذهب الامام أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1981.

-ر-

44. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر،
45. رمضان علي الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.

46. زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، ط2، دار هومة، الجزائر، 2004.

-ز-

47. الزمخشري الخوارزمي أبي القاسم جار الله محمود بن عمر، الكشاف في حقائق التنزيل و عيون الأقاويل في وجوه التأويل، ج1، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، ط1، سنة 1977.

-س-

48. ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، د.ط، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011.

49. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، الجزائر، 1989 .

50. سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد : شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، ط 4 ، دار هومة، الجزائر، 2010 .

51. السعدي عبد الرحمان بن ناصر ، ارشاد أولي البصائر و الألباب لنيل الفقه بأقرب الطرق و أيسر الأسباب ، مكتبة أضواء السلف، ط1، الرياض، السعودية ، 2000.

52. شوقي بناسي ، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري ، ط 1 ، دار الخلدونية، الجزائر، 2010..2008.

-ع-

53. عبد الرحمان بن سعد الششري " : حكم تقنين منع تزويج الفتيات أقل من 18 سنة وتحديد من الزواج، "دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث ، الفيوم، ط2، مصر، 2010.

54. عبد الفتاح كباره، الزواج المدني، دراسة مقارنة، ط 1 ، دار الندوة الجديدة، بيروت ، لبنان ، 1994.

55. عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي: المشكلة والحل، د. ط ، دار الروضة، القاهرة، د.س.ن.

56. العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط، دار الثقافة، الجزائر.

57. العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري : أحكام الزواج ، ط 6 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012 .

58. العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري : المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة) ، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2014.

59. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ، كشف الاسرار عن أصول فخر الاسلام ، البزدوي، د.ط، دار الكتاب العربي، لبنان، 1974.

60. علم الدين محي الدين اسماعيل ، نظرية العقد (مقارن بين القوانين العربية و الشريعة الاسلامية) ، دار الكتاب الحديث، مصر ، ب.س.

61. علي فيلالي، نظرية الحق ، د.ط، موفم للنشر، الجزائر، 2007..2011..2012.
62. عمر زودة، الاجراءات المدنية على ضوء اراء الفقهاء واحكام القضاء، انسيكلوبيديا، بن عكنون الجزائر، د ط ، د س ن.
63. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، ط 1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1997 .
64. عوض بن رجاء العوفي : " الولاية في النكاح " الجزء الأول ، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، المدينة المنورة 2002.
65. عيسى حداد، عقد الزواج: دراسة مقارنة، د.ط، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.

-غ-

66. الغوثي بن ملحمة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

-ف-

67. الفتوحى تقي الدين أبو البقاء : شرح الكوكب المنير ، مطبعة السنة المحمدية ، د.س.ن
68. فوزي خميس وأرليت تابت ، الحملة الوطنية لحماية القاصرات من الزواج المبكر ، د.ط، معهد الدراسات النسائية في العالم العربي ، بيروت، لبنان، 2014.

-ق-

69. القشني أحمد بن الحجازي ، مواهب الصمد في حل أفاظ الزبد، مطابع بن علي، الدوحة، قطر د.س.ن.

-م-

70. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، نظرية الحق، د. ط، دار العلوم، الجزائر، 2006.
71. محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ب.س.ن.
72. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، د. ط، دار هومة،

- الجزائر 2011 .
73. محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، د.ط، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، 1973.
74. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، أركانه، قواعده، إصداره، دراسة تاصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، سنة 2011.
75. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط 1 ، دار الثقافة، عمان، الأردن 2008.
76. محمد شكري سرور ، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، د.ط، دار الفكر العربي، مصر، 1979.
77. محمد عميم الاحسان المجددي البركني، التعريفات الفقهية ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 2003.
78. محمد فخر شفقة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود : دراسة قانونية فقهية مقارنة ، د.ط، د.د.ن، دمشق ، سوريا، 1972.
79. محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د.ط، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية ، مصر.
80. محمود علي السرطاوي ، قانون الأحوال الشخصية ، ط 3 ، دار الفكر ، عمان ، الأردن.
81. محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2007 .
82. مرعي بن يوسف الحنبلي : دليل الطالب على مذهب الامام المبجل احمد بن حنبل ، منشورات الكتب الاسلامية، الكويت ، ط2، 1929
83. مصطفى السعداوي، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي بين القيود والحدود، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة.
84. مومن محمد، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، مجلة الحقوق ، ع3 ، السنة الثامنة و العشرون، سبتمبر 2004.

85. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ج2 ، ط 2 ، دار الفكر، دمشق ، 1985.

-ي-

86. يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة : الزواج والطلاق ، ط 2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 .

الرسائل والمذكرات الجامعية

1. أولاً: الرسائل الجامعية

87. 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.

88. قرني علي عادل يحي، النظرية العامة للأهلية الجنائية (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه في القانون ، جامعة القاهرة د.س.ن.

89. حسن فرج عبد الرزاق ، نظرية العقد الموقوفة في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، ب.س.

90. 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.

91. 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.

92. محمد صالح بن عומר ، 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.

2. ثانياً : المذكرات الجامعية

93. ابتسام مليط ، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ،

- مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص قانون شؤون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة 20 أوت 1955 ، سكيكدة ، 2011.
94. 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.
95. 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 . . 2012.
96. 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.
97. عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.
98. 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.
99. هناء فوزي محمد علي ربابعة ، 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

100. جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون، ع 01.
101. جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري ، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، ع4 ، 1999.

102. 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.
103. محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، مقال منشور بمجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، ع 01 ، 2015.
104. 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.
105. خير الدين كاظم الأمين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مقال منشور بمجلة جامعة بابل، كلية القانون، مجلة رقم5، ع 2 ، 2008.

المجلات القضائية

106. المجلة القضائية الجزائرية لسنة 1993 و 2002 و 2003 ، صادرة عن المحكمة العليا الجزائرية.
107. المجلة القضائية العدد الأول 1989، رقم 35511، قرار بتاريخ 10/10/1984.
108. المجلة القضائية، العدد الثالث، 1991، ملف رقم 40944، قرار بتاريخ 06/05/1987.

المواقع الإلكترونية

1. <http://hrlibrary-ummedu/arab/cedawga>
2. <http://www.alukah.net/sharia>
3. <http://www.e-justice.tn/>
4. <http://www.iraqialamal.or>
5. <http://www.legifrance.gouv.fr/>
6. <http://www.moswarat.com/booksview577.html>
7. <http://www.startimes.com>
8. [http://www.un.org/women watch/daw/cedaw](http://www.un.org/women%20watch/daw/cedaw)
9. <https://www.bibalex.org>
10. <https://www.unicef.org>
11. <https://www.unicef.org/arabic/crc>
12. marqoom.org
13. www.islamQA

14. www.justuz.bayem.de
15. www.univ-skikda.dz
16. <https://ar.islamway.net>
17. <https://old.qadaya.net/nod/77>

المراجع باللغة الاجنبية

18. Code civil Version consolidée au 2 mars 2017.
19. Bayerisches staatsmimi sterium der just tiz (arabisch) .