جامعة 20 أوت 1955 سكيـــــكدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص : قانون الأسرة

زواج الصغيرات في التشريع الجزائري و القانون و الفقه الغربي

من تقديم الطالبة:

- سمر بونمورة

- لميس سدراتي

تحت إشراف:

أد/بودفع علي

لجنة المناقشة :

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
أ/ مسيخ محمد لمين	أستاذ مساعد	رئيسا
أد/بودفع علي	استاذ تعليم عالي	مشرفا و مقررا
أ / مناجلي أحمد لمين	أستاذ مساعد	مناقشا

2020/2019

شكر وتقدير

بداية وقبل كل شيء ، نشكر الله عز وجل الذي وفقنا على إنجاز هذه المذكرة

أما بعد نتقدم بشكرنا الجزيل إلى الأستاذ الكريم الدكتور **علي بودفع** على نصائحه وتوجيهاته القيمة ، و نسأل الله عز وجل أن يجزيه خير الجزاء.

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الكرام الذين سيتفضلون بمناقشة مذكرتنا

وإلى كل **طاقم أساتذة كلية الحقوق بجامعة 20 أوت 1955 سكيكدة** الذين ساهموا في تعليمنا مبادئ وأسس القانون ولم يبخلوا علينا بنصائحهم وإرشاداتهم.

كما نتقدم بجزيل الشكر والعرفان الى **الأستاذ لمين مسيخ** الذي لم يبخل علينا بدعمه والزميلة **معوش فتيحة** على دعمها بارك الله فيهما وسدد الله خطاهما .

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى:

من علمني العطاء بدون انتظار، إلى من أحمل اسمه بكل افتخار، إلى من كانت كلماته وستبقى نجوما أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد **أبي العزيز** أطال الله في عمره.

إلى جنتي في الأرض، وملاكي في الحياة من حملتني وهنا على وهن وسقتني من نبع حنانها وكان دعائها سر توفيقي ونجاحي **أمي الحبيبة** أطال الله في عمرها.

إلى توأم روحي **أختي** الغالية. إ لى سندي في الحياة **إخوتي**.

إلى **زوجة أخي**.

إلى برعم العائلة ابن أخي حفظه الله **محمد شامين**.

إلى جدي وجدتي أطال الله في عمرها.

إلى صديقتي و رفيقة دربي سمر.

إلى كل من آنسني في دراستي الأهل والأصدقاء والزملاء.

الباحثة : لميس سدراتي .

إهداء

الحمد لله الذي أكرمني بهذا الانجاز والذي أهديه إلى التي ربتني وضحت من أجلي دون كلل أو ملل إلى التي لن أوفيها حقها مهما قلت ومهما فعلت إلى الغالية **خالتي فتيحة الحبيبة**.

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها إلى **والدتي العزيزة**

إلى من سعى وشقى لأنعم بالراحة والهناء الذي لم يبخل بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح الذي علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة وصبر إلى **والدي العزيز**

إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي إلى أختي وإخواني وإلى روح جدي تغمده الله برحمته الواسعة وجدتي أطال الله في عمرها وكل من خالي رابح و خالي سمير وزوجته و خالتي حياة وزوجها وعمي جمال أطال الله في عمره ومده بالصحة والعافية وإلى جميع أفراد عائلتي الحبيبة.

الى من سرنا سويا ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح و الابداع الى من تكاتفنا يدا بيد إلى صديقاتي وزميلاتي : **لميس** ، **فتيحة** ، **فيروز** ، **ميساء** ، **مروة** ، **ريمة** و **مريم**.

الباحثة: سمر بونمورة

إهداء

الحمد لله الذي أكرمني بهذا الانجاز والذي أهديه إلى التي ربتني وضحت من أجلي دون كلل أو ملل إلى التي لن أوفيها حقها مهما قلت ومهما فعلت إلى الغالية **خالتي فتيحة الحبيبة**.

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها إلى **والدتي العزيزة**

إلى من سعى وشقى لأنعم بالراحة والهناء الذي لم يبخل بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح الذي علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة وصبر إلى **والدي العزيز**

إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي إلى أختي وإخواني وإلى روح جدي تغمده الله برحمته الواسعة وجدتي أطال الله في عمرها وكل من خالي رابح و خالي سمير وزوجته و خالتي حياة وزوجها وعمي جمال أطال الله في عمره ومده بالصحة والعافية وإلى جميع أفراد عائلتي الحبيبة.

الى من سرنا سويا ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح و الابداع الى من تكاثفنا يدا بيد إلى صديقاتي وزميلاتي : **لميس ، فتيحة ، فيروز ، ميساء ، مروة ، ريمة و مريم**.

الباحثة: سمر بونمورة

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

ج: الجزء.

ط: الطبعة.

ص: الصفحة.

ق.أ: قانون الأسرة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.م: القانون المدني.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق. ع. ف: قانون العقوبات الفرنسي.

م.أ.ش. ت : مجلة الاحوال الشخصية التونسي.

م.ج : المجلة الجزائية.

م.أ.م : مجلة الاحوال الشخصية المغربية

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

باللغة الفرنسية:

P : Page.

Art : Article.

الحمد الله الذي تفرد بالوحدانية وجعل لخلقه الحياة ولاستمراره جعل له صفة الزوجية فقال تعالى: **{ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون}** [سورة الذريات الآية 04].

فقد خلق الله تعالى آدم عليه السلام ثم خلق له حواء ليسكن إليها، وجعل بينهما مودة ورحمة، وكذلك في ذريتهم خلق الذكر والأنثى لتستمر الحياة، فالزواج سنة الأنبياء والمرسلين، قال تعالى:**{ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون}** [سورة الروم الآية21].

فالزواج أمر بيولوجي فطري فطر الله تعالى الإنسان عليه ولم يقيده الله سبحانه وتعالى في كل الأديان بسن معينة لمعرفته جل جلاله بالحاجة الملحة له لإشباع الفطرة السليمة و تجنب الانحراف، وزواج الفتاة الصغيرة كان معروفا منذ القدم وفي كل المجتمعات وزواج النبي صلى الله عليه وسلم خير دليل على ذلك، وهو موضوع ذو أبعاد إجتماعية تمس بكيان الأسرة والمجتمع، وحتى في العصر الحديث لم يكن هناك مشكلة في زواج الصغيرات فأغلب جداتنا تزوجن في أعمار صغيرة غير أن التغيرات الحاصلة اليوم في مختلف دول العالم بفعل الإنفتاح و العولمة، دفعت إلى تسجيل تأخر رهيب في سن الزواج، إلى درجة أن أصبح الكلام عن ضرورة التبكير بالزواج لا يقبله المنطق عند أغلبية الناس، وما نشهده من حملات إعلامية في العالم العربي والغربي معلنة الحرب على تزويج الصغيرات، والدعوة للتشديد في رفع سن الزواج، وتسليط عقوبات على المخالفين خير دليل على ذلك.

الإشكالية:

إستنادا إلى هذه العناصر لزم طرح الإشكالية الموالية: إذا كان زواج الصغار يحقق غايات إجتماعية ودينية وأخلاقية وسمحت به الشريعة الإسلامية فماهو سبب تقنين سن معينة للزواج؟ وهل سارت القوانين الغربية على نفس المنهج أم أنها خالفته؟

ينبثق عن هذه الإشكالية المركبة عدة تساؤلات فرعية أهمها:

– ما هو مفهوم زواج الصغيرات والأسباب المؤدية إليه وماهي الآثار المنجرة عنه؟

– ما هو دور الولي في زواج الصغيرات، وهل يعتد برضا الصغيرة في الزواج؟

– ما مدى مطابقة أحكام التشريعات الوضعية بالفقه الإسلامي والفقه الغربي فيما يتعلق بأهلية الزواج؟

– ما هي الآليات التي اعتمدتها التشريعات الوضعية في السماح للصغيرة بالزواج، وماهي الإجراءات المقررة لذلك؟

– وماهو الدور الذي يلعبه القاضي في منح الإذن بالزواج؟

أسباب إختيار الموضوع

الأسباب التي دفعتنا لإختيار هذا الموضوع راجع في بداية الأمر إلى كونه موضوعا جديدا لم يتم البحث فيه من قبل، حيث أحسسنا أنه بإمكاننا إضافة فائدة علمية بخصوص هذا الموضوع، وراجع أيضا إلى الميول الشخصي الشديد للبحث عن ظاهرة زواج الصغيرات في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وكذا التشريعات المقارنة، والاطلاع عن نظرة فقهاء الغرب والقوانين الغربية حول هذه الظاهرة التي نجد فيها أكبر نسبة لزواج الصغيرات في الولايات المتحدة الامريكية فبحسب دراسات وتقارير فإن ولاية " ماساشوستس" الأمريكية تسمح بزواج الفتاة القاصرة التي تبلغ من العمر 12 عام، فيما يحدد القانون في ولاية " نيوهامشر" سن الزواج للفتيات بـ 13 عاما وللذكور بـ 14 عاما، في حين نجد أن أغلب هيئات ومنظمات حقوق الإنسان تسعى لجعل قوانين الدول الإسلامية تفرض سن الزواج بثمانية عشرة سنة، غير أننا

نجد في الولايات المتحدة الأمريكية نفسها قوانين تحدد سن الزواج حسب الولاية، وهناك 6 ولايات على الأقل تسمح بزواج الفتاة تحت 16 عاما فبحسب الإحصائيات يقدر عدد الفتيات القاصرات اللواتي تزوجن في ولاية فرجينيا بين عامي 2004 و2013 بحوالي 4500 فتاة قاصرة تقل أعمارهن عن 18 سنة، من بينهن 200 فتاة على الأقل دون سن 15 عاما، إضافة إلى ولايات ميرلاندا، تكساس، نيويورك، ونيوجرسي و ليست أمريكا وحسب من تعرف هذه الظاهرة، بل جل الدول الغربية وهذا ما أثار فضولنا واستغرابنا على التنديد من طرف الغرب على زواج الصغيرات واستجابة أغلب القوانين العربية لهذه الاخيرة، وتعديل قوانينها الداخلية الخاصة بالزواج.

أهداف البحث

نهدف من خلال هذا البحث في المساهمة في إثراء الساحة القانونية وكذا الساحة الاجتماعية بهذا الموضوع الذي لم يستفد بقدر كاف من البحوث ولم يحظى بالاهتمام اللازم من طرف الباحثين باعتبار أن جل مواضيع الأحوال الشخصية استفادت بالقدر الكافي من البحوث، على خلاف موضوع زواج الصغيرات على حد علمنا لم ينل حصته من البحث العلمي خاصة من ناحية الفقه الغربي والقوانين الغربية، كما أن هدفنا من البحث التأكيد على موقف الشريعة الإسلامية الصالحة لكل مكان وزمان الداعم لزواج الصغيرات وما نتج عن عدم الأخذ به من مشاكل اجتماعية وخاصة أن المجتمعات الإسلامية تعج بالمآسي في محيط الأسرة أو الشارع، والتي تشهد زيادة في حالات الطلاق و ارتكاب الحرام والمعاصي، وارتكاب ما يغضب الله، لذلك سنتحدث عن أهم حل لمشكلاتنا الاجتماعية، وهو تبكير الزواج، والزواج بصورة صحيحة، وكيف أن أعداء الأمة ركزوا على نشر مفهوم التأخير بالزواج للقضاء على أخلاقيات المسلمين.

أهمية الموضوع

تكمن اهمية موضوع زواج الصغيرات كونه يعتبر من المسائل التي تتميز بالخصوصية لارتباطه بمسائل الأحوال الشخصية عامة، وبالصغيرات خاصة، كما لا يخلو هذا الموضوع من أهمية نظرية وأخرى عملية، تكمن الأهمية النظرية في الأصل أنه موضوع ذو أبعاد اجتماعية تمس بكيان الأسرة والمجتمع، مما يدفع للبحث في الأصول التي يستندعليها الإسلام في الحث على التبكير في الزواج، وكذا ما عهد عليه أسلافنا، ثم ما سجلته لنا صفحات التاريخ من زواج الصغيرات و ما تناولته مختلف التشريعات حول هذا الزواج، أما الأهمية التطبيقية العملية لهذا الموضوع تتضح في سلطة القاضي ودوره في منح الترخيص بالزواج، وتوضيح إجراءات الحصول على الإذن القضائي بالزواج.

الدراسات السابقة

الدراسات التي تناولت زواج الصغيرات قليلة جدا، وعلى حد علمنا لا وجود لمذكرة تخرج بهذا العنوان وكل ما وجدنا من مذكرات سابقة كانت عبارة عن مقالات اجتماعية وكذا إحصائيات عن هذه الظاهرة على مستوى البلدان العربية وكذا الغربية باعتبارها ظاهرة أثارت جدلا واسعا على مستوى العالم، ومن أهم ما كتب في هذا الموضوع:

- المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق للطالب "فاسي عبد الله"، (رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، سنة 2014-2015).

- الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للطالبة "إبتسام مليط"، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، سنة 2011-2012).

- زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج، سهى ياسين عطا القيسي، (مذكرة ماجيستير، تخصص شريعة وقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة 2010).

صعوبات البحث

الصعوبات التي واجهتنا في المقام الأول هو الحالة الاستثنائية التي عاشتها البلاد وكل دول العالم جراء جائحة كورونا والتي أثرت علينا من خلال عدم قدرتنا على جمع المادة العلمية، حيث كان الحصول على القليل منها يتم بشق الأنفس، زيادة على ذلك ندرة وقلة المراجع المتخصصة في زواج الصغيرات خاصة من ناحية الفقه الغربي والقوانين الغربية، وكذا صعوبة إجراء مقابلات مع القضاة للإحاطة بأهم الجوانب العملية والتطبيقية الخاصة بمنح الإذن للقصر بالزواج.

المنهج المتبع:

للإجابة على هذه الإشكالية المركبة والإشكاليات الفرعية ولمحاولتنا الإحاطة بهذا الموضوع اعتمدنا على كل من المنهج التحليلي في عرض الأدلة الشرعية والآراء الفقهية والنصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع،والمنهج المقارن لإقامة المقارنة بين التشريع الجزائري والقوانين المقارنة من جهة،وما مدى مطابقتها مع الفقه الإسلامي والغربي من جهة أخرى متخذين القانون الفرنسي كنموذج.

كما اعتمدنا على المنهج الوصفي لبيان مجموعة من المفاهيم المتعلقة بالموضوع.

خطة البحث:

وفي هذا الشأن إرتأينا أن ندخل مباشرة في صلب الموضوع متبعين في ذلك، التقسيم الثنائي وذلك وفق تسلسل منهجي وتناسق بين الفصول فخصصنا الفصل الأول زواج الصغيرات في الفقه والقانون، تناولنا في المبحث الأول ماهية زواج الصغيرات وأسبابه والآثار المترتبة عنه، أما المبحث الثاني فخصصناه لشروط انعقاد زواج الصغيرات، ثم عرجنا في الفصل الثاني إلى الشروط الإجرائية لزواج الصغيرات ودور القاضي فيها، فتطرقنا في المبحث الأول ماهية الإذن القضائي، ثم في المبحث الثاني تعرضنا إلى دور القاضي في منح الإذن بزواج الصغيرات.

وقد ختمنا دراستنا بخاتمة كانت بمثابة حوصلة لأهم الإستنتاجات والتوصيات المتوصل إليها على طول مسار البحث، إلى جانب جملة من الاقتراحات والتوصيات

بالإضافة إلى ملخص تضمن أهم المحطات التي توقفنا بها خلال رحلتنا مع هذه الدراسة.

لقد أثار موضوع زواج الصغيرات العديد من النقاشات سواء على مستوى العالم الاسلامي أو العالم الغربي المسيحي وقد اثبتت العديد من الإحصائيات إرتفاع نسبة زواج الصغيرات حول العالم، فهي ليست وليدة ظروف آنية بل هي ظاهرة اجتماعية تاريخية تطرقت إليها أغلب الأديان وفي أزمنة مختلفة منها الشريعة الاسلامية والشرائع السماوية الأخرى لأنها سباقة الى تنظيم هذه الحالات باعتبارها من الموروث الثقافي والإجتماعي، و لفهم هذه الظاهرة العالمية لابد لنا من التعريف بزواج الصغيرات في كل من القانون و الفقه وتحديد موقف الفقه الإسلامي والغربي منه وذكر الأسباب التي ساهمت في انتشار هذه الظاهرة عالميا وحصر آثارها الايجابية والسلبية في المبحث الأول تحت عنوان ماهية زواج الصغيرات واسبابه والاثار المترتبة عليه و كيفية تنظيم القوانين الوضعية، لزواج الصغيرات من حيث توفر الرضا و الأهلية والدور الفعال الذي يلعبه الولي في تزويج الصغيرة وموقف القانون المقارن منه والتطرق إلى موقف الشريعة الإسلامية والشرائع الأخرى وهذا في المبحث الثاني تحت عنوان شروط انعقاد زواج الصغيرات .

المبحث الأول: ماهية زواج الصغيرات و أسبابه والآثار المترتبة عنه

إنّ زواج الصغيرات ليس بالظاهرة الجديدة على المجتمعات فقد كانت معروفة منذ القدم و لطالما حافظ الأفراد عليها بإعتبارها موروث ثقافي و إجتماعي يلبي حاجة الإنسان في تحقيق الإستقرار المعنوي عن طريق الزواج ورغم تعدد الأسباب والدوافع من مجتمع إلى آخر و الآثار الناجمة على زواج الصغيرا ت، ومع التطور الإجتماعي و الاقتصادي لم تقل هذه الظاهرة بل زادت رغم آراء الفقهاء بين مؤيد ومعارض لهذا الزواج هذا ما جعلنا نثير العديد من التساؤلات حول ماهية زواج الصغيرات والتكيفات الفقهية والقانونية له والأسباب المؤدية إليه والآثار المترتبة عنه وسنجيب عن هذه التساؤلات من خلال مبحثنا هذا سنتناول في المطلب الأول ماهية زواج الصغيرات وفي المطلب الثاني أسباب زواج الصغيرات و آثاره.

المطلب الأول: ماهية زواج الصغيرات

يعد زواج الصغيرات من المواضيع التي أثارت الكثير من الجدل سواءا على المستوى المحلي أو العالمي وتعددت آراء الفقهاء بين مؤيد ومعارض و لفهم سبب هدا الجدل المثار حول هذا الموضوع لابد من تعريف زواج الصغيرات من الناحية اللغوية والإصطلاحية و القانونية في (الفرع الاول) وتبيان موقف الفقهاء منه في(الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم زواج الصغيرا ت

الزواج هو اللبنة الأولى والرابطة التي تجمع بين الزوجين لتكوين أسرة في إطار شرعي وقانوني يضمن إستمرارها في المجتمع إن زواج الصغيرات لا يختلف عن باقي الزيجات إلا في خصوصية مفرد الصغيرات وسنتناول من خلال هذا الفرع أولا تعريف الزواج و ثانيا تعريف الصغيرة .

أولا: تعريف الزواج

1-الزواج لغة

مصدر: زوج: الزوج خلاف الفرد يقال: زوج أو فرد.[1]

وقال تعالى: { **و أنبتت من كل زوج بهيج**} [سورة الحج الآية 05]، وكل واحد منهما أيضا يسمى زوجا، ويقال: هما زوجين للاثنين زوج، كما يقال: هما زوج هما سيان وهما سواء.

الزوج الفرد الذي له قرين، و الزوج : الإثنان، و الأصل في الزوج الصنف و النوع من كل شيء، وكل شيئين مقترنين، شكلين كانا أو نقيضين، فهما زوجان، وكل واحد منهما زوج.

قال تعالى: { **و زوجناهم بحور عين** } [سورة الدخان الآية 54]، أي قرناهم، وقال الزجاج في قوله تعالى: {**احشروا الذين ظلموا و أزواجهم**} [سورة الصافات الآية 22]، معناه: ونظراءهم وضرباءهم.

2-الزواج اصطلاحا

عرف الفقهاء القدامى و المحدثون الزواج بتعريفات كثيرة وقد اختلفت هذه الاخيرة تبعا لإختلاف مذاهبهم.

أ) تعريف الفقهاء القدامى

[1]- للإمام العلامة أبى الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثاني، دار صادر، بيروت، ص 292،293.

عرف الحنفية الزواج بأكثر من تعريف ومن أشهر هذه التعاريف ما ذكره الكمال بن الهمام حيث قال: عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا.

أمّا فقهاء المالكية فقد عرفوا النكاح بأكثر من تعريف ومن هذه التعاريف ما ذكره الإمام أحمد الدردير حيث قال: عقد تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة.[1]

وعرّفه بعض الشافعية بقولهم الزواج :هو عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ما اشتق منهما.

وعرف الحنابلة الزواج بأنه: "عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج في الجملة و المعقود عليه منفعة الإستمتاع".[2]

ب) تعريف الفقهاء المحدثين

عرفه الدكتور وهبة الزحيلي عقد يتضمن إباحة الإستمتاع بالمرأة بالوطء والمباشرة والتقبيل والضم وغير ذلك إذا كانت المرأة غير محرم بنسب أو رضاع أو صهر،[3] وعرفه الإمام محمد أبو زهرة فقال عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من الحقوق وما عليه من الواجبات.[4]

وفي الشرع هو عقد يفيد حل إستمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع و يجعل لكل منهما حقوقا قبل صاحبه وواجبات عليه، فهو من عقود

[1]– ناصر أحمد إبراهيم، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2005، ص29.

[2]– ناصر أحمد إبراهيم، مرجع نفسه، ص35.

[3]– وهبة الزحيلي، فقه الاسلامي وأدلته، الجزءالسابع، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، دمشق، سنة1980، ص29.

[4]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ص 18.

التمليك والملك فيه وارد قصدا على متعة كل واحد من الزوجين بالآخر ولدا عرفه بعض الفقهاء بقوله: هو عقد يرد على ملك المتعة قصدا.[1]

إن الزواج في الدين المسيحي يعد رباطا أبديا تنشأه الإرادة الإلهية و لا يمكن فصله إلّا بالموت أي وفاة أحد الزوجين، طبقا للمبدأ السائد عند المسيحيين ما جمعه الله لا يفرقه البشر.[2]

كما عرفه فريق من فقهاء المسيحية بأنه: "عقد يتفق فيه الرجل و المرأة على الارتباط ليعيشا معا حياة مشتركة"، و يتبادلان التعاون و الرعاية فيما يحقق الخير المشترك لهما، في حدود ما يقضي به القانون.[3]

وفريق آخر عرّفه بأنّه إرتباط رجل بإمراة من أجل تكوين أسرة و هذا الإرتباط يقره القانون و يرتب عليه الآثار القانونية، لأنّه يحمل الطابع الأخلاقي وله أهمية إجتماعية خاصة.[4]

وجاء في المادة 16 من مجموعة إبن شمعون: أن الزواج فرض على كل إسرائيلي و قد جاءت الدعوة إلى الزواج المبكر محرضة الأب على تزويج أولاده وهم صغار السن، فقد ورد في المشنا زوج أولادك ولو كانت يديك لا تزال على رقبتهم.[5]

3- قانونا

[1]- عبدالوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (على وفق أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم)، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر و التوزيع، الكويت، سنة 1990، ص15.

[2]- محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و المواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2015 – 2016، ص90.

[3]- قدار مرزوقي، إتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، سنة 2012 2013، ص45.

[4]- قدار مرزوقي، مرجع نفسه، ص46.

[5]- قدار مرزوقي، مرجع نفسه، ص36.

عرّفه المشرع الجزائري في المادة 04 من قانون الأسرة المعدل والمتمم "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و إمراة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب".[1]

وعرّفه القانون السوري بأنّه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة و النسل".[2]

المشرع الفرنسي ابتداء من سنة 1999 يعترف بثلاثة أشكال من الزواج أولا الزواج ثانيا العقد المدني للتضامن و أخيرا المخادنة، الزواج عقد رسمي يبرم أمام ضابط الحالة المدنية بين شخصين مختلفي الجنس وفقا لشروط موضوعية وشكلية محددة في القانون المدني وهو الأساس التي تبنى عليه الأسرة الشرعية.[3]

عرّف القانون الفرنسي الزواج بأنّه: "إرتباط الرجل و المرأة بقصد إنشاء أسرة إرتباطا يقرها القانون ويرتب عليه آثارا قانونية لإتفاقه مع مبادئ الأخلاق، ولما له من أهمية إجتماعية بإعتباره صلة المرأة بالرجل المرتبطين بالزواج.[4]

وعرّفه المشرع الفرنسي من خلال المادة 143 يتم الزواج من قبل شخصين من الجنس الآخر أو من نفس الجنس.[5]

---

[1]– الأمر رقم 05/ 02 المؤرخ في 2005/02/27، ا لمعدل والمتمم بالقانون 84_11 والمتضمن قانون الاسرة الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد15 ،الصادر بتاريخ 2005/02/27 .

[2]– قانون الاحوال الشخصية السوري،الصادر بالمرسوم التشريعي، رقم 59 لسنة 1953 المنشور بتاريخ 17 /1953/09.

[3]– محمود لنكار، الحماية الجنائية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم فرع القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2010، ص12.

[4]– صالح خالد صالح الشقيرات، زواج القاصرات بين الشريعة والقانون مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية، العدد 2، مينيسوتا–الولايات المتحدة الأمريكية، سنة 2019، ص 129.

[5]– **Article 143** Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe .

أما عقد التضامن فهو طبقا للمادة 515-1 ق م4 عقد مبرم بين شخصين طبيعيين راشدين، متحدي أو مختلفي الجنس، لتنظيم حياتهم الخاصة أنّه: "عقد مثل الزواج، إلّا أنّه يمكن أن يبرم بين شخصين متحدي أو مختلفي الجنس، ويتم بين يدي كاتب ضبط المحكمة وليس أمام ضابط الحالة المدنية، ويختلف في بعض شروطه و آثاره عن الزواج".[1]

بينما المخادنة تعني طبقا م 515_8 ق م إتحاد فعلي في حياة مشتركة، تتميز بالثبات و الإستمرار، بين شخصين متحدي أو مختلفي الجنس، يعيشان من من خلاله كزوج وهي ما يعرف بالإتحاد الحر.[2]

ثانيا: تعريف الصغيرة

إن زواج الصغيرات زواج كغيره من الزيجات لا يختلف عنهم الا في خصوصية مفرد الصغيرات وسنتناول من خلال هذا الفرع أولا تعريف الصغير لغة وثانيا إصطلاحا كما سنتطرق ثالثا إلى تمييزه عن المصطلحات المشابهة له.

1- الصغيرة لغة

جاء في لسان العرب : "الصغر : ضد الكبر. قال ابن سيده : الصغر الصغارة

خلاف العظم، صغر صغاره وصغرا وصغر يصغر صغرا، بفتح الصاد والغين، وصغرانا

كلاهما عن ابن الأعرابي : فهو صغير وصغار بالضم والجمع صغار.[1]

---

[1] -ART515-1CC CONTRAT CONCLU PAR DEUX PERSONNES MAJEURES DE SEXE DIFFERENTS ON DE MEME SEXE POUR ORGANISER LEUR VEI COMMUNE"

[2] -ART 515-8CC "UNION DE FAIT CARACTERISE PAR UNE VIE COMMUNE PRESENTANT UN CARACTERE DE STABILITE ET DE CONTINUITE ENTRE DEUX PERSONNES DE SEXE DIFFERENT OU DE MEME SEXE QUI VIVENT EN COUPLE"

2_ الصغيرة اصطلاحا

جاءت تعريفات الفقهاء للصغيرة في الإصطلاح الشرعي متفقة على النحو التالي:

عند الحنفية : هو الولد حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم.

وعندالمالكية : من لم يبلغ الحلم ذكرا كان أم أنثى.

وعند الشافعية : من لم يبلغ حدا يشتهي مثله.

وعند الحنابلة : من لم يبلغ من ذكر أو أنثى.[2]

3_ تمييز مصطلح الصغيرة عن بعض المصطلحات المشابهة له

1- **تمييز الصغيرة عن الصبية:** الصبية مؤنث الصبي وتطلق في اللغة العربية على الفتاة الشابة وجمعها صبايا

واصطلاحا يطلق لفظ الصبي والصبية على من لم يبلغ بعد وفي التشريعات المقارنة استخدمه المشرع المصري كلفظ للدلالة على كل من لم يبلغ سن ثمانية عشرة سنة كاملة.[3]

2- **تمييز الصغيرة عن الطفلة:** الطفل كلمة تطلق على الذكر والأنثى استخدمها المشرع الجزائري في بعض القوانين إستعمالا سطحيا وعرضيا كقانون الإجراءات الجزائية.

3- **تمييز الصغيرة عن الحدث:** ويطلق على صغير السن الذي لم يستكمل الأمر بعد، منذ ولادته إلى بلوغه سن الرشد الجزائي.[1]

3_ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص458 .

2- طلال فخري عبد المنعم أبوزينة، أحكام الصغير في مسائل الأحوال الشخصية، رسالة ماجيستير في برنامج القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، سنة 2017، ص 3، 4.

3- سهى ياسين عطا القيسي، زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج، مدكرة ماجيستير، تخصص شريعة وقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة 2010، ص 9.

4- **تمييز الصغيرة عن القاصرة:** القاصرة هي التي لم تبلغ سن الرشد ولا تزال تحت السلطة الوالدية أوالوصاية ، والقاصرة المأذون لها هي التي تتزوج أو يسمح لها بعمل من قبل والديها أو وصيها فتكتسب أهلية القيام بهذا العمل.[2]

بعد تعريف كل من مصطلحي الزواج والصغيرة يمكننا أن نبين التعريف الجامع لزواج الصغيرات والذي يقصد به زواج من لم تظهر عليها علامات البلوغ الطبيعي لذلك قد تكون الصغيرة من ناحية الشرع بالغة لظهور علامات البلوغ عليها إلا أنه تبقى من الناحية القانونية غير راشدة لإبرام عقد الزواج ويتطلب زواجها الحصول على رخصة من القاضي.[3]

الفرع الثاني: موقف الفقه من زواج الصغيرات

لقد أثار موضوع زواج الصغيرات العديد من النقاشات وهذا منذ القدم حيث اختلف موقف الفقهاء القدامى والمحدثين منه سواء في العالم الاسلامي أو الغربي وسنتطرق من خلال هذا الفرع أولا موقف الفقه الإسلامي ثانيا موقف الفقه الغربي

أولا: موقف الفقه الإسلامي

تباينت الآراء في الفقه الإسلامي حول مسألة تزويج الصغيرات بسبب تغير الزمان والأعراف والعادات، فمنهم من يرى بجواز تزويجهن، ومنهم من يذهب إلى عدم جوازه.

1- أدلة جمهور الفقهاء

أ- ذهب كل من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز زواج الصغيرة أي العقد عليها، ويقصد بالصغيرة الفتاة التي لم تبلغ، ولا يتم الدخول بها حتى

---

[1]- آمنة هبيرات، توثيق عقد الزواج وأثره على أحكام الأسرة، مذكرة ماجيستير، تخصص قانون أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2015، ص 48.

[2]- عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسي، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2015، ص 17.

[3]- عبد الله فاسي، مرجع نفسه، ص17.

تبلغ، وقد استدلوا على ذلك قوله تعالى:{**واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن...**} [سورة الطلاق الآية04] ففي الآية الكريمة قد حدد الله تعالى عدد الأصناف الثلاثة من النساء وهن المتبقيات، المرأة الكبيرة التي يئست من المحيض.[1]

والمرأة الصغيرة التي لم تحض بعد "**اللائي لم يحضن**" والمرأة الحامل. فالتي لم يسبق لها الحيض هي من كانت دون البلوغ أصالة، حدد الله تعالى عدتها بعد الطلاق من زوجها بثلاثة أشهر، فإذا كانت العدة كما معروف عند الجاهل والعالم لا تكون إلا بعد[2] طلاق أو فراق، وكلاهما لا يكون إلا بعد زواج، فمعنى هذا أن الصغيرة قد أثبت الله تعالى لها زواجا، وطلاقا، وعدة.[3]

وقد ورد في سبب نزول هذه الآية ما ذكره أغلب المفسرين، كما أخرجه إسحاق راهوية، وابن جرير، وابن المنذر، وابن أبي حاتم، والحاكم

وصححه، وابن مردوية، و البيهقي في سننه، عن أبي بن كعب رضي الله عنه أن أناسا من أهل المدينة لما نزلت هذه الآية في سورة البقرة[4] في عدة النساء، قالو لقد بقي من عدة النساء عدد لم يذكر في القرآن : الصغار، والكبار اللاتي قد انقطع حيضهن، وذوات الحمل، فأنزل الله تعالى: "واللائي يئسن من المحيض".

فدل قوله: "الصغار". على أن هذا كان متعارف عليه، وأنه واقع ومنتشر، وإلا لما سألواعنه راغبين في معرفة الحكم.[5]

---

[1]– صالح خالد صالح الشقيرات، مرجع سابق، ص 134.

[2]– صالح خالد صالح الشقيرات، مرجع نفسه، ص134.

[3]– صالح خالد صالح الشقيرات، مرجع نفسه، ص134.

[4]– خليل إبراهيم ملا خاطر، زواج السيدة عائشة ومشروعية الزواج المبكر والرد على منكري ذلك، الطبعة الأولى، دار القبلة للثقافة الإسلامية، المدينة المنورة، سنة 1405هـ، ص 12.

[5]– خليل إبراهيم ملا خاطر، مرجع نفسه، ص134.

ب_ زواج الرسول (صلى الله عليه وسلم) من السيدة عائشة رضي الله عنها، قالت: تزوجني رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وأنا ابنة ست وبنى بي وأنا ابنة تسع، وفي رواية أخرى قالت:أن النبي (صلى الله عليه وسلم) تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع.[1]

دلالة النص جواز تزويج الصغيرة وقد دل النص على أن الدخول لا يكون إلا بعد البلوغ الشرعي، وهذا قد اشترطه الفقهاء لجواز زواج الصغيرة، كما اشترط بعض الفقهاء لتسليم الزوجة الصغيرة لزوجها أن تطيق الوطء، ولا عبرة بالسن.

ت_ كما استدل الصحابة رضي الله عنهم : فقد زوج علي (رضي الله عنه) ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب (رضي الله عنه)، وزوج عبد الله بن عمر (رضي الله عنه) ابنته وهي صغيرة من عروة بن الزبير (رضي الله عنه)، وزوج عروة بن الزبير بنت أخيه وهي صغيرة.[2]

ذهب ابن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي وعدد من العلماء المعاصرين إلى عدم جواز تزويج الصغيرة مطلقا واستدلوا ب:

أ- قوله تعالى: **{وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح}**، [سورة النساء الآية 06] فأشارت الآية الكريمة إلى أن بلوغ سن النكاح هو علامة لإنتهاء الصغر، فلو كان الزواج يصح في سن الصغر، لما كان لهذه الآية معنى، ولأنه لا فائدة للصغير والصغيرة من هذا العقد، فالزواج للمعاشرة وسكن النفس والتناسل، ولا تتحقق واحدة من هذه في زواج الصغار.[3]

ب_ ما رواه أبو هريرة (رضي الله عنه)، عن النبي (صلى الله عليه وسلم)، قال:(لا تنكح البكر حتى تستأذن ولا الثيب حتى تستأمر فقيل يا رسول الله كيف

---

[1]- مصطفى القضاة، (التبكير في الزواج والآثار المترتبة عليه)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، العدد1، اليرموك، سنة 2010، ص 447.

[2]- مصطفى القضاة، مرجع نفسه، ص 447.

[3]- صالح خالد صالح الشيقيرات، مرجع سابق، ص136.

إذنها؟ قال:(إذا سكتت) ووجه الدلالة من الحديث قالوا: لا يجوز تزويج الفتاة القاصر التي لم تبلغ 15 سنة، فلا بد ان تكون بالغة راشدة حتى يتسنى اخذ اذنها ومشورتها، وذلك لا ينطبق على من لم تبلغ خمس عشرة سنة.[1]

ج _ كما أشاروا إلى أن هذا الزواج قد يكون فيه ضرر بالغ بالصغار، إذ هو إجبار لهم على حياة مشتركة مؤبدة دون التأكد من الإنسجام بينهما، وقد شرعت الولاية على الصغار لرعاية مصالحهم ودفع الأذى عنهم لا الإضرار بهم.[2]

2_ مناقشة أدلة القول الأول

ناقش أصحاب مذهب منع زواج القاصرات أدلة أصحاب قول الجواز كما يلي:

أ- أن الإستدلال على جواز زواج الصغيرات بقوله تعالى في عدة المطلقة: **{واللائي يئسن من المحيض...}** غير صحيح، وتفسيرها بالصغيرات اللاتي لم يبلغن سن الحيض لا دليل عليه، وقولهم: أن هذا دليل من القرآن على أنّ الصغيرة تزوج وتطلق وتلزمها العدة، يتعارض مع الحديث الذي يؤكد رضاها، كما أنّه لا يجوز لمن تصدر للإفتاء أن يجهل اللغة العربية،[3] التي عدها العلماء شرطا من شروط الاجتهاد، والفتوى، ولذلك لا أدري كيف خفي عليهم ان تفسير" واللائي لم يحضن " بالمرأة الضهياء وليست القاصر التي ستبلغ.[4]

ب- زواج الرسول (صلى الله عليه وسلم) من عائشة (رضي الله عنها) وهي صغيرة من خصوصياته (صلى الله عليه وسلم)، وليس سنة عملية ينبغي الاقتداء والاهتداء بها، ولا يدل جواز تزويج غير البالغة.[5]

---

[1]- صالح خالد صالح الشيقيرات، مرجع سابق، ص 136.

[2]- مصطفى القضاة، مرجع سابق، ص 448.

[3]- مصطفى القضاة، مرجع نفسه، ص 448.

[4]- صالح خالد صالح الشقيرات، مرجع سابق، ص 139.

[5]- صالح خالد صالح شقيرات، مرجع نفسه، ص140.

ت- لا يجوز أن يزوج الصغيرة التي لم تبلغ أبدا، لأننا ان قلنا بشرط الرضا فرضاها غير معتبر، ولا نقول بالإجبار في البالغة فهذه من باب أولى، وهذا القول هو الصواب، أن الأب لايزوج بنته حتى تبلغ، وإذا بلغت فلا يزوجها حتى ترضى، ولكن أن رأى المصلحة في أن يزوجها من كفء فلا بأس في ذلك.[1]

3_ مناقشة أدلة القول الثاني

أ- أن قوله تعالى: **{حتى إذا بلغوا النكاح}**، ورد في معرض الحديث عن الولاية على مال الصغير، ومعنى الآية أن الصغار الذين يبلغون سن الاحتلام، فادفعوا إليهم أموالهم، وهذا أليس فيه وجوب لتحديد سن الزواج، وعدم جواز زواج من لم يبلغ، لكن المتوقع ممن لم يبلغ سن النكاح أن يكون راشدا في المحافظة على ماله.[2]

ب _ أما بشأن ما قيل أنه عقد للعمر فلا يملك أحد الزامها بشيء بعد البلوغ، فيجاب على ذلك، مادام أنه عقد للعمر إذا ينبغي أن تراعى فيه الكفاءة ومصلحة الصغيرة ، وهذا مااشترطه كثير ممن قال بذلك، إضافة الى ان كثيرا ممن قال بذلك أعطى الصغيرة حق فسخ العقد بعد البلوغ.[3]

ت _ من ادعى أن زواج النبي (صلى الله عليه وسلم) من عائشة رضي الله عنها من خصوصيته، فكلما فعله فلنا أن نتأسى به، إلى أن يأتي نص بأنه له خصوص وإنما جاءت الشريعة بتزويج الفتاة من غير تحديدا لسن معين، بشرط الولي الذي ترك له النظر في المصلحة، ونعم المصلحة أن يكون الزوج هو

---

[1]- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتنع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، الرياض، سنة 1427 هـ، ص 58.

[2]- محمد بن صالح العثيمين، مرجع نفسه، ص 58.

[3]- محمود بن عمر وبن أحمد الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، الجزء 1، الطبعة 3، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة 1407هـ، ص 473.

رسول الله[1] إنمالم يلتفت لقوله عز وجل: **{لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر}**

ث_ ولم يحسم الجدل القائم حول زواج الصغيرات فلازالت العديد من الانتقادات تطاله من الباحثين المحدثين بين مؤيد ومعارض لهذا الزواج وكثيرا ما يستند دارسوا هذه المسألة إلى الخبر التاريخي الثابث في زواج الرسول صلى الله عليه وسلم بعائشة إذ عقد عليها عليه السلام وهي في سن السادسة وبنى بها وقد بلغت التاسعة، وقد شاع هذا الخبر وكان مدار خلاف بين من اعتبر هذا الزواج غريبا لا يليق بنبي وبين من اعتبره أمرا عاديا في فترات تاريخية معينة و مجتمعات مخصوصة.[2]

إن العرب جميعهم يفعلون ذلك وفعل النبي جاء ليجاري واقع اجتماعي[3] إننا لا نريد أن نقف موقفا دفاعيا من رسول لا يحتاج إلى ذلك و لا نريد من جهة أخرى أن نبتذل زواج الرسول من عائشة فنعده مسالة عادية بسيطة قبلها كل الناس زمن الرسول[4] لم تشتكي الزوجة وهي أم المؤمنين عائشة ولم يحصل أن روى عنها بهذا الخصوص[5]هذا قد ينتج عن هذا الزواج من نتائج وخيمة على المستوى البدني والنفسي وليس احتجاج البعض لأن الفتيات ينضجن بسرعة بذي ذلك أن الطب يثبت أن علاقة الإيلاج إن تمت بين ذكر بالغ وفتاة غير بالغة من شأنها أن تحدث آلام جسدية للفتاة الصغيرة فضلا عن التشوهات النفسية.[6]

---

[1]– صالح خالد صالح الشقيرات، مرجع سابق، ص 141.

[2]– ألفة يوسف، حيرة مسلمة في الميراث والزواج والمثلية الجنسية، الطبعة الثالثة، دار سحر للنشر، سنة 2008، ص113.

[3]–علي بودفع، يقين مسلم في الميراث والزواج والمثلية الجنسية وقضايا المرأة، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، سنة 2020، ص81.

[4]– أ لفة يوسف، مرجع سابق، ص 114.

[5]– علي بودفع، مرجع سابق، ص 81.

[6]– ألفة يوسف، مرجع سابق، ص 119.

بخصوص النتائج الوخيمة بالعكس فإن الجانب الإيجابي في زواج الصغيرات تجنب خطر العنوسة و الإنحراف أما بخصوص الوجع ليلة الدخلة فقط لكل النساء لصغيرات والكبيرات على حد السواء.[1]

وعلينا أن نعيد النظر في إعتبار القران بين البلوغ والرشد مسالة التكليف فكرية صرفا لأن أمر كل إنسان متروك إلى الله عز وجل، فان المسألة الثانية قانونية إجتماعية تهم توازن المجتمع بأسره وتدعونا إلى تقنين السن الدنيا للزواج بما يتلائم مع طبيعة المجتمعات.[2]

بعض المجتمعات تلائم طبيعتها مع تزويج البنا ت الصغيرات وهم راضون فرحون ومع ذلك يجب على القانون حماية وضمان القصر من الزنا و الفاحشة والضياع بإسم التحرر.[3]

ثانيا: موقف الفقه الغربي

أما عن الزواج نفسه، فإن الشريعة اليهودية ترى فيه واجبا دينيا. بل هو أول المطالب التي وجهها الله للإنسان، فقد جاء في التلمود:" أن الذي لا يتزوج إنما يعيش بلا بهجة، بلا بركة بلامال" وأن العازب ليس رجلا بمعنى الكلمة، كذلك جاء في المادة 16 من مجموعة بن شمعون أن:"الزواج فرض على كل إسرائيلي"، ويعتقد اليهود أن الزواج يتقرر في السماء[4] قبل ميلاد الشخص، إذ توصي الشريعة اليهودية اليهودية بالزواج في سن مبكر كما تنظر إليه نظرة مثالية، وقد تركت هذه النظرة للزواج صدى في الفقه الإسرائيلي الحديث، لذلك فطبقا للتلمود: "تستطيع السلطات

[1]– علي بودفع، مرجع سابق، ص 82.

[2]– ألفة يوسف، مرجع سابق، ص 122.

[3]– علي بودفع، مرجع سابق، ص 82.

[4]– محمد شكري سرور، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، دار الفكر العربي، سنة 1978– 1979 ص 62.

إكراه الشخص على الزواج ، لأن الذي يعيش دون زواج حتى سن العشرين يكون ملعونا من الرب".[1]

غير أن الزواج في الديانة المسيحية ليس واجبا دينيا كما هو الحال في الديانة اليهودية، وإنما يندب إلى عقده إن كان ذلك وسيلة لتجنب الخطيئة بإرتكاب الزنى، أما من يستطيع أن يكبح جماح شهوته فأفضل له وأطهر ألا يتزوج، إذ البتولية[2] أفضل عند الله من الزواج صحيح أن الكنيسة تعتبر الزواج من الأسرار المقدسة، بل أنه يرقى إلى مرتبة السر الإلهي، ولكن كل ذلك لا يعني أنه يستوي مع العزوبية[3] عنده ليس غاية في ذاتها وإنما مجرد وسيلة لدرء المعصية، ويستند الفكر المسيحي في تفضيل هذه البتولية على أساس أن المتزوج والمتزوجة إذا تزوجا سينصرف إهتمام الزوج لإرضاء زوجته وكذا الزوجة ولا يكون إهتمامهما لإرضاء الرب على خلاف الغير المتزوج فيركز إهتمامه لإرضاء الرب وحده،[4] ويبدو أن تعاليم بولس كان له أثر في نفوس رجال الدين إذ وصلت إلى حد التطرف حيث انتهى الأمر باعتبار الزواج نجاسة غير أن هذه النظرة لم يمكن أن تستمر فالمسيح نفسه لم يحرم الزواج، حتى انتهى الأمر إلى تصحيح هذا الاتجاه ولقى مذهب لوتر إستجابة سريعة والعودة بالنظر للزواج مثلما[5] كان يراه المسيح عليه السلام مندوبا، بل أن بعض الشراح المسيحيين المعاصرين يرون في الإضراب عن الزواج عصيان لما وضعه الله، وفيه خروج عن شريعة الله.[6]

المطلب الثاني: أسباب زواج الصغيرات والآثار المترتبة عليها

[1]– محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 63.

[2]– محمد شكري سرور، مرجع نفسه، ص 68.

[3]– محمد شكري سرور، مرجع نفسه، ص 68.

[4]– الفريد دبات، الوجيز في أحكام الأسرة للطوائف المسيحية في المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2004، ص 29.

[5]– محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 69 .

[6]– محمد شكري سرور، مرجع نفسه، ص 70.

أكدت العديد من الإحصائيات أن زواج الصغيرات ظاهرة عالمية منتشرة في مختلف دول العالم وهذا راجع إلى عدة أسباب سنتطرق إليها من خلال الفرع الأول وأن زواج الصغيرات كغيره من الظواهر الإجتماعية له العديد من الآثار منها الإيجابية ومنها السلبية وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أسباب زواج الصغيرات

زواج الصغيرات ظاهرة إجتماعية واسعة الإنتشار ولمعالجتها و فهمها لابد من البحث عن الأسباب المؤدية لها و هذا ما سنتناوله من خلال هذا الفرع أولا الأسباب الإجتماعية و الدينية ثانيا الأسباب الإقتصادية و السياسية

أولا: أسباب إجتماعية ودينية

1_ أسباب اجتماعية

أ- العادات والتقاليد

تلعب العادات والتقاليد الموروثة، دورا أساسيا في زواج الصغيرات، وينظر لهذا الزواج على اعتباره وسيلة لإنجاب عدد أكبر من الأبناء، وزيادة النسل للعمل ومساعدة الآباء، فإذا كبروا كانوا قوة لهم وعونا على أعدائهم وخصومهم وقرة عين لهم.[1]

كما يلعب التمييز بين الذكور و الاناث في المعاملة والتقدير دورا سلبيا لدى الفتاة يشكل لديها عبئا من النواحي المادية و الإجتماعية وأنه متى بلغت سن العاشرة أصبحت بالغة وتبدا القيود بإحاطتها من كل الجهات و يصبح هم الأسرة الوحيد تزويجها لأول طالب.[2]

---

[1]- ماجد شاكر، (زواج الصغيرات ظاهرة تدهور في العراق)، مقال منشور في جريدة بغداد، العدد 2082، العراق، سنة 2010، ص 399.

[2]- ماجد شاكر، مرجع نفسه، ص 399.

الزواج بحجة سترها وتنظر بعض الأسر من منطلق الخوف على الصغيرة إلى أن الزواج المبكر للفتاة ضمان وصيانة لشرف العائلة ومثال على ذلك ما يحدث بالمغرب بسمى زواج الفاتحة في عدد من القرى المغربية والتي يتم من خلاله تزويج العديد من الفتيات الصغار رغم رفض المحكمة عقد مثل هذا الزواج.[1]

إن "حالات زواج القاصرات في الجزائر تشهد خلال السنوات الأخيرة ارتفاعًا محسوسًا، قدرها بأكثر من 600 حالة سنويًا، الأسباب متعددة للجوء الأسرة لتزويج البنت القاصر، وخاصة في المناطق الداخلية في الأرياف وفي الجنوب الجزائري أيضًا". و أن من الأسباب التي ترسخت في عقول بعض الآباء، "الخوف من شبح العنوسة لبناتهن.[2] حيث ذكرت حالات لفتيات تزوجن في سنة الـ 15 سنة لأنهن لديهن أخوات فاتهن قطار الزواج وهن في سن الأربعين.

"في الكثير من الحالات يعتبر الخوف من الاغتصاب وخاصة في المدن الداخلية من الأسباب التي تدفع بالوالدين إلى قبول تزويج بناتهن، خصوصًا إن لم يفلحن في الدراسة".[3]

يعتبر زواج الصغيرات في اليمن وفي بعض الدول العربية والإسلامية هو جزء من موروث وعادات يحافظ عليها المجتمع، فالتبكير بالزواج للجنسين وخاصة الفتيات عُرف متوارث عبر الأجيال كونه له أصل شرعي في الدين، فتزويج القاصرات في المجتمع اليمني يندرج في الدرجة الأولى في خانة العادات والتقاليد، وينتشر في خاصة الأرياف والقرى حيث تقل نسبة التعليم[4] حسبنا معدل زواج

---

[1]– ماجد شاكر، مرجع سابق، ص 399.

[2]– فتيحة زماموش، زواج القاصرات في الجزائر تزايد مقلق، تاريخ الدخول 2020/05/29، 17:30. https://www.ultrasawt.com.

[3] – فتيحة زماموش، زواج القاصرات في الجزائر تزايد مقلق، تاريخ الدخول 2020/05/29، 17:30 https://www.ultrasawt.com.

[4]– انيس جمعان، ظاهرة زواج القاصرات اغتصاب شرعي يحميه القانون باسم الاعراف الاجتماعية، تاريخ الدخول 12/06/2020 12:03 https://adenkbr.News .

الاطفال في الولايات المتحدة لعام 2010 تشير الأرقام إلى أن الزيجات التي تشمل القاصرين حدثت في معظم الأحيان في الولايات مثل ايداهو و كنتاكي ووست فرجينيا، التي تضم أعدادا كبيرة من سكان الريف.[1]

زواج الأطفال مرتبط بإنخفاض المستوى التعليمي ويرتبط أيضا باللون الأسود و الهنود الأمركيين وأعراق آلاسكا الأصلية الذي يشير إلى البعد الثقافي وهو الأكثر انتشارا في الأجزاء الجنوبية من الولايات المتحدة والتي تعكس تفويض التشريع المحلي الزيجات في وقت مبكر مثل 14 سنة في تكساس و15 عاما في مسيسيبي وجورجيا.[2]

كذلك نجد أن المستوى التعليمي لأسرة الفتاة القاصرة يلعب دورا هاما في هذه الظاهرة، فالأسرة المتعلمة لا تزوج أبناءها الا بعد اكمال مراحل الدراسة، لأنها تعي تماما مدى أهمية التعليم لهم في جوانب الحياة،أما الأسر ذات المستوى التعليمي المنخفض، خاصة في المناطق الريفية فانهم يرون أن تعليم الفتاة،[3] يقلل من فرص الزواج عندها، كما أن القاء مسؤوليات كبيرة على الفتاة الصغيرة، والعنف الأسري، الذي يمارسه عليها الأب أو الأم، يدفعها بالقبول بالزواج، وذلك هروبا من المشاكل الأسرية ومن سوء المعاملة.[4]

ب_ التسرب من المدرسة

[1] – Child Marriage in the United States and Its Association With Mental Health in Women Yann Le Strat, Caroline Dubertret and Bernard Le Foll *Pediatrics* 2011, p 524.

[2]– Child Marriage in the United States and Its Association With Mental Health in Women , ibid, p525.

[3]– سندس علي عباس ونوزاد صديق سليمان، "حكم زواج القاصرات في الفقه الإسلامي والقانون"، القانون والسياسة وقائع المؤتمر الدولي الثالث للقضايا القانونية، كلية القانون، جامعة ايشك–أربيل، جامعة صلاح الدين، سنة 2018، ص 976.

[4]– سندس علي عباس ونوزاد صديق سليمان، مرجع نفسه، ص976.

قامت وزارة التربية و التعليم السوري بأكثر من دراسة عن التسرب المدرسي وعلاقته بالزواج المبكر تبين منها أن ذلك يحدث في الغالب بعد الإنتهاء من المرحلة الأساسية أسباب تسرب الإناث من التعليم الى الزواج المبكر في هذه المرحلة أن بعض القرى لا توجد فيها مدارس ثانوية مما يضطر الفتيات للإنتقال إلى قرى مجاورة أو إلى المدينة للحصول على التعليم الثانوي.[1]

كما أثبتت الدراسة التي تناولت زواج القاصرات في المجتمع العراقي خاصة بعد تزايد حالات الزواج في محكمة الأحوال الشخصية في حي الشعب وعلى مستوى العراق ككل وخلصت الدراسة إلى جملة من النتائج أبرزها أنّه كلما قل المستوى التعليمي زادت حالات الزواج المبكر اغلب الفتيات لم يكملن الدراسة المتوسطة وهذا ما اثر في تزوجيهن.[2]

تشير دراسة غير منشورة قامت بها اليونسيف عام 1999 في بيت لحم إلى أن التسرب من المدرسة أدى إلى إنخفاض المعدل الدراسي للفتيات إلى عوامل إجتماعية متعلقة بالتوقعات من الدور التي تؤديه المرأة.[3]

2_ أسباب دينية

تعد الدوافع الدينية من أقوى أسباب زواج الصغيرات، والمبادرة إليه لأن الزواج أمان للشخص من الإنحراف والوقوع في المعصية، ولهذا جاءت نصوص الشريعة من القرآن الكريم والسنة النبوية تدعو إلى النكاح وتحث عليه وتدعو إلى المبادرة عند الإستطاعة وعدم التأخر[4]، يقول الرسول(صلى الله عليه وسلم):" يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فانه أغض للبصر وحصن للفرج، ومن لم يستطع

[1]– عبير سرور، (زواج القاصرات في الاسرة الريفية المهجرة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد32، العدد 2، 2016، ص44.

[2]– عبير سرور، مرجع نفسه، ص 39.

[3]– عبير سرور، مرجع نفسه، ص 45.

[4]– مصطفى القضاة، مرجع سابق، ص455.

فعليه بالصوم، فإنه له وجاء". فالرسول (عليه الصلاة والسلام) يحث الشباب على الزواج وهو يذكر لهم فوائده النفسية والجسدية، كإشباع الغريزة بحلال المتعة، للتفرغ بعدئذ للعبادة والعمل المثمر الجاد[1] دون التطلع الى الحرام، في حين نجد في بعض المجتمعات الإسلامية انتشار زواج الصغار نتيجة انتشار مفاهيم المجتمع القبلي الخاطئة حول هذا الزواج، والاعتقاد بتنفيذ التعاليم الدينية فيما يتعلق بالإسراع في الزواج والحث عليه.[2]

ثانيا :أسباب إقتصادية وسياسية

1اسباب اقتصادية

يعد الفقر أحد أهم العوامل التي تقف خلف زواج الصغيرات حيث تميل بعض الأسر ذات المستوى الإقتصادي المتدني إلى تزويج الفتاة، للحصول على مال قد يكون نقدا أو ماشية أو أرضا، فالفقر والجشع يدفعان بالأهل لتزويج بناتهن، بهدف الإستفادة من مهورهن أو التخلص من مسؤوليتهن.[3]

2اسباب سياسية

1النزاعات المسلحة و الحروب الأهلية

أما من الناحية السياسية فالنزاعات المسلحة والحروب الأهلية وما يرافقها من نزوح أو تشرد أو تهجير يؤدي إلى تزويج الصغيرات خوفا عليهن من الوقوع في الأسر، أو قد يأتي هنا التزويج بالإكراه عبر إجبار العصبات المسلحة المختطفات الصغار على الزواج من المقاتلين.[4]

---

[1]– مصطفى القضاة، مرجع سابق، ص 455.

[2]– مصطفى القضاة، مرجع نفسه، ص 455.

[3]– مصطفى القضاة، مرجع نفسه، ص 456.

[4]– عبير سرور، مرجع سابق، ص 65.

الحروب وما تخلفه من نتائج كارثية على المجتمع، وتدفع أولياء الأمور إلى تزويج بناتهم القاصرات، رغبة منهم للتخلص من أعبائهن ومثال ذلك مايجري الآن من تزويج للفتيات السوريات القاصرات النازحات في الدول العربية الأخرى على عجائز من دول الخليج مقابل مبالغ مالية كبيرة تم رصدها وتوثيقها من قبل عدد من المنظمات المحلية والدولية.[1]

فقد كانت الأزمة السورية عاملا مؤثرا في تزويج الفتيات القاصرات فبسبب الأزمة تدنى المستوى الإقتصادي للأسر الريفية المهاجرة، مما أدى إلى إتخاد قرار بتزويج الفتيات الموجودات ضمن الأسر.[2]

كشف القاضي الشرعي الأول بدمشق محمود معراوي لصحيفة الوطن المحلية أن عدد معاملات زواج القاصرات في دمشق بلغ نحو 5 معاملات يوميا أي بنسبة 10 من معاملات الزواج التي وصل عددها ال50 معاملة و أكد أن إرتفاع حالات زواج القاصرات جاء نتيجة الأوضاع الراهنة وسوء المعيشة مشيرا إلى أن القاصر تصر على الزواج من أي شخص بهدف الإنفاق عليها ولو كان عمرها غير مناسب للزواج.[3]

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على زواج الصغيرات

اختلفت وجهات نظر العلماء إلى زواج الصغيرات نظرا إلى الآثار التي قد تترتب عليه، فهناك من يرى أن مثل هذا الزواج تترتب عليه آثار إيجابية، وهذا ما سنتناوله أولا وهناك من يرى أن مثل هذا الزواج تترتب عليه آثار سلبية وهذا ما سنتناوله ثانيا من خلال دراستنا لهذا الفرع

أولا: الآثار الإيجابية

[1]– انيس جمعان، ظاهرة زواج القاصرات اغتصاب شرعي يحميه القانون باسم الاعراف الاجتماعية، تاريخ الدخول 12/06/2020 12:03 https://adenkbr.News .

[2]– عبير سرور، مرجع سابق، ص 66.

3_عبير سرور،مرجع نفسه، ص34.

وهي كافة النتائج التي قد يرتبها عقد الزواج وتحقق آثار ومصالح من الناحية النفسية والجسدية والاجتماعية والدينية منها:

1- تخفيف نسبة كبيرة جدا من الإنحراف والفساد والإنحلال الخلقي في المجتمع وفيه حل لمشكلة العنوسة في المجتمعات، و إشباع الغريزة بالطريق الصحيح وقطع سبل الحرام.[1]

2- تحقيق الإستقرار النفسي، وفيه إشباع للنوازع العاطفية والغريزية، وبه تزداد الروابط والمودة والعاطفة بين الزوجين.[2]

3-يؤدي إلى تقارب السن بين الآباء والأبناء، فيتمكن الآباء في حالة قوتهم من رعاية أبنائهم والسهر على راحتهم، مما يسهم في تقوية العلاقة الحميمية بين الآباء والأبناء و الذي يسهم أيضا في حسن التربية وتقبل الأبناء لتوجيهات وأوامر الآباء.[3]

4-الحمل المبكر أضراره أقل من أضرار الحمل المتأخر، كما أن الإنجاب المبكر من الوسائل التي تقي المرأة من سرطان الثدي.[4]

5-من الناحية النفسية يكون الشخص أكثر استعداداً وتواصلاً مع شريك حياته، حيث إنّ الشخص مع تقدمه بالعمر قد يمر بتجارب فاشلة في البحث عن شريك حياته، ممّا يؤثر على قدرته وثقته في التعامل مع من هم حوله حتى شريك حياته.[5]

ثانيا: الآثار السلبية

كما لزواج الصغير آثار إيجابية فله أيضا العديد من الآثار السلبية التي تمتد إلى عدة جوانب إجتماعية نفسية وجسدية

---

[1]- علي جداي، (السن القانوني للزواج دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، العدد 16، سنة 2010، ص171.

[2]- علي جداي، مرجع نفسه، ص 171.

[3]- مصطفى القضاة، مرجع سابق، ص 458.

[4]- مصطفى القضاة، مرجع نفسه، ص 459.

[5]- هبة كامل، فوائد الزواج المبكر، تاريخ الدخول، 2020/06/11، 23.30 https://mawdoo3.com.

1-قلة خبرة الزوجة الصغيرة وعدم إدراكها لواجبات وأعباء الحياة الزوجية، يؤدي إلى مشاكل زوجية دائمة، ولذلك لا تنتهي الحياة الزوجية الغير مستقرة غالبا بالطلاق، وهذا يؤدي إلى أمراض نفسية عميقة.

2-ينتج عن الزواج المبكر حرمان الفتاة من التعليم، كما يزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الفتاة.[1]

3-تعرض الصغيرة من الناحية الصحية للإجهاض المتكرر، وقد تصاب بفقر الدم ولاسيما خلال فترة الحمل بسبب عدم اكتمال نمو جسمها، لذلك أشارت منظمة الصحة العالمية أن الفتيات اللواتي تقل أعمارهن عن 15 سنة تزداد وفاتهن خمسة أضعاف بسبب مضاعفات الحمل والولادة.[2]

زواج الأطفال يزيد من مخاطر الحياة والإضطرابات النفسية في الولايات المتحدة كانت معدلات الإضطرابات النفسية أعلى بين النساء المتزوجات الأطفال، مقارنة بالنساء المتزوجات كبالغات. بالإضافة، إلى زواج الأطفال مرتبط بأعلى معدلات الأمراض المنقولة جنسيا وفيروس نقص المناعة[3] البشرية سرطان عنق الرحم حالات الحمل غير مرغوب فيه حالات إنهاء الحمل الوفاة الناتجة عن الولادة وسوء التغدية كانت النساء اللائي تزوجن في سن الطفولة أكثر عرضة للبحث الخدمات الصحية، مقارنة بالنساء المتزوجات كبالغات وطلبا لدعم النفسي.[4]

المبحث الثاني: شروط إنعقاد زواج الصغيرات

[1]- إبراهيم رحماني، (تزويج القاصرات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، العدد 9، الجزائر، ص 492.

[2]- إبراهيم رحماني، مرجع نفسه، ص 493.

[3] -Child Marriage in the United States and Its Association With Mental Health in Women, opcit, p 525.

[4]- Child Marriage in the United States and Its Association With Mental Health in Women, ibid, p 525.

مما سبق وبيناه من خلال بحثنا في المبحث الأول يتضح لنا جليا بأن الصغيرة لها وضع خاص يختلف عن المرأة الراشدة في الزواج، وهذا لا يعيب زواجها أبدا بل يحيطه بمجموعة من الخصوصية للحرص على تمامه في أحسن صورة خاصة وأنه يتطلب منها أن تكون في كامل قدرتها و قوتها لتحمل أعبائه وبإعتبار الزواج علاقة آنية فلا يحبذ تأخيرها خاصة إذا كان فيها مصلحة للصغيرة ولهذا أباح الشارع للولي تزويجها حفاظا عليها وعلى مصالحها، وهذا ما جعلنا نتساءل عن الشروط الواجب توفرها حتى يعتد بانعقاد زواجها شرعا وقانونا و سنتناول هذا من خلال المطلب الأول أهلية الزواج المطلب الثاني رضا الصغيرة ودور الولي في تزويجها.

المطلب الأول: أهلية الزواج

لقد جعل الله تعالى سن معينة للتكليف لقيام بالتصرفات وتحمل الإلتزامات وإكتساب الحقوق وكذلك القوانين الوضعية نظمت هذه المسألة وباعتبار الزواج علاقة يتبادل فيها الطرفان الحقوق والواجبات، فيجب أن يكون لكليهما القدرة على تحمل أعباء العلاقة الزوجية خاصة الزوجة وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول بتعريف الأهلية إصطلاحا وقانونا ثم سنتطرق إلى معايير الأهلية التي من خلالها تكتسب الصغيرة أهلية الزواج في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الأهلية

تعد الأهلية من بين الإمتيازات التي يتمتع بها الفرد مند ولادته إلى وفاته وهي الركيزة التي يمنح من خلالها الشرعية لتصرفاته حيث يتمتع بثمارها ويتحمل آثارها ويتضح ذلك جليا في الزواج حيث سنتناول في هذا الفرع تعريف الأهلية أولا لغة وإصطلاحا ثانيا قانونا

أولا: تعريف الأهلية

1_ الأهلية لغة

الأهلية مصدر صناعي لكلمة أهل ومعناها لغة الصلاحية[1] وتستعمل الأهلية في اللغة بمعنى، الجدارة، والكفاية، و الصلاحية، يقال: فلان أهل للرئاسة : أي جدير بها، وفلان أهل للفطام، أي: كفي بها ويقال: فلان أهل للقبض أي: صالح له يقبل منه شرعا،[2] يقال اهل لكذا أي: مستوجب له، واستاهله: أستوجبه.[3]

2_ الأهلية اصطلاحا

عرف الأصوليون الأهلية بمعناها العام بأنّها: "صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه وقبوله إياها"، وعرفها الشيخ محمد أبو زهرة بأنها:"صلاحية الشخص للإلزام و الإلتزام" وعرفها الشيخ مصطفى الزرقا بأنّها:"صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب تشريعي".[4]

وتنقسم الأهلية إلى نوعين هما أهلية الوجوب و أهلية الأداء

أ- **أهلية الوجوب** ويقصد بها صلاحية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل الإلتزامات وتثبت أهلية الوجوب للجميع بصرف النظر عن السن أو الادراك أو التمييز، لأن مناط أهلية الوجوب هو الحياة، وتظل أهلية الوجوب ملازمة للشخص، طالما بقي على قيد الحياة، ولا تزول عنه إلا بالوفاة.[5]

ب_ أنواع أهلية الوجوب

[1]- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الجزء السابع، الطبعة الثانية، ذات السلال، الكويت، سنة 1976، ص 151.

[2]- بسام محمود الحافي، فقه الطفولة أحكام النفس دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النوادر، سوريا، سنة 2007، ص18.

[3]- ابن منظور، مرجع سابق، ص 29،30.

[4]- بسام محمود الحافي، مرجع سابق، ص 18.

[5]- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء 1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص 95.

- **أهلية الوجوب الناقصة:** و تتمثل في الجنين في بطن أمه باعتباره نفسا مستقلا عن أمه ذا حياة خاصة، فإنه صالح لوجوب الحقوق له من وجه كما سيأتي، لا عليه لأن ذمته لم تكتمل ما دام في بطن أمه.[1]
- **أهلية الوجوب الكاملة:** وهي تثبت للإنسان منذ ولادته، فإن تثبت له أهلية الوجوب الكاملة، لكمال ذمته حينئذ من كل وجه، فيكون بهذا صالحا لوجوب الحقوق له و عليه.[2]

ج-أهلية الأداء عرفها العلامة الكمال بن همام بأنّها: " كونه أي الإنسان معتبر فعله شرعا".[3] هي قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية وبالتالي، فهي لا تثبت لكل إنسان بمجرد ميلاده، وإنما تثبت للإنسان الذي تتوافر لديه الإدراك والتمييز وأهلية الأداء، تنقسم أهلية الأداء إلى أهلية أداء ناقصة وأهلية أداء كاملة كالتالي:

1_أهلية الأداء الناقصة: وتثبت لمن حصل له نقص، أو قصور في إحدى القدرتين، أوكليهما، وهي: أهلية الصبي العاقل المميز، وكذا البالغ المعتوه.[4]

2-أهلية الأداء الكاملة: وتثبت لمن حصله نقص له كمفي القدرتين أي: البالغ العاقل، ويترتب عليها توجه الخطاب التكليفي إليه، ووجوب الأداء.[5]

د_مراحل أهلية الأداء

[1]- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مرجع سابق، ص 153.

[2]- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مرجع نفسه، ص 153.

[3]- بسام محمود الحافي، مرجع سابق، ص 24 .

[4]- بسام محمود الحافي، مرجع نفسه، ص 26.

[5]- بسام محمود الحافي، مرجع نفسه، ص 26.

- **مرحلة الصبي غير المميز:** تبدأ من ولادة الانسان حيا إلى سن التمييز التي حددها بعض الفقه في سبع سنين والقانون المدني ببلوغ 13 سنة كاملة بحسب نص المادة 42 ق. م. ج.[1]

إذ تستمر لديه أهلية الوجوب التي اكتسبها منذ كونه جنينا في حين تنعدم لديه أهلية الأداء لتبطل إثر ذلك جميع تصرفاته القانونية ولو كانت محل النفع المحض، كالهبة بحسب ما ورد في المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

- **مرحلة التمييز:** تبدأ هذه المرحلة من سن التمييز إلى غاية سن الرشد. وسن التمييز هو السن الذي يمكن للفرد أن يميز فيه تمييزا سطحيا، بين الحسن والقبيح أو النافع والضار. وقد حدده الفقه الاسلامي بسبع سنين إجماعا، أما القانون المدني الجزائري فقد حدده بثلاثة عشرة سنة بنص المادة 42 ق. م.ج.[3]
- **مرحلة الرشد:** يعرف الرشد أنّه " القدرة على تدبير الأمور المالية، إستغلال الأموال إستغلال حسنا"[4] لذا يقصد به حسن التصرف في الأموال، حددها المشرع الجزائري في القانون المدني بنص المادة 40 بتسعة عشرة سنة كاملة دون تمييز بين الذكر والأنثى وتباينت القوانين الوضعية في تحديد هذا السن تبعا لتوجهاتها الإجتماعية، والإقتصادية وأعرافها السائدة.[5]

ثانيا: تعريف الأهلية قانونا

[1]– المادة 42 من ق م: "لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا لتمييز لصغر في السن وعته، وجنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة"

[2]– المادة 82 من ق اج "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جمبع تصرفاته باطلة ".

[3]– عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 20،21.

[4]– محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1976، ص 314.

[5]– عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص20،21.

1_ أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري

المقصود بأهلية الزواج: صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج. إذا كان الشارع الحكيم لم يحدد سنا معينة للزواج، فان هذا لا يمنع، ولي الأمر من التحديد ومن الزيادة فيه أو الإنقاص متى رأى المصلحة في ذلك، وتماشيا مع الحياة الاجتماعية من تعقيد أو بساطة.[1]

حيث اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من الالتزامات المالية والواجبات الاجتماعية العائلية، وذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الاقدام عليه من غير نضج فكري وقدرة مالية و معرفة بشوؤن الحياة والأعباء الزوجية.[2]

ولقد مر سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة بعدة أطوار ومراحل ومن بينها:

1- قانون 84_11[3]

وهو أول قانون صدر في 1984 عدل المشرع الجزائري السن القانوني للزواج فجعل أهلية الرجل تكتمل بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة، حيث نصت المادة السابعة من ق. أ. ج. على ما يلي: " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ".

---

[1]- إبتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، سنة 2011-2012، ص 33 .

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، الزواج والطلاق، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص 61.

[3]- القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 24، الصادر في 12 يونيو سنة 1984.

ونلاحظ من خلال نص المادة السابعة من القانون 84_11 أن المشرع الجزائري رفع سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة وفرق بينهما، في اشتراط السن المؤهل للزواج، مراعيا بذلك أعراف البلد وعاداته وظروفه الإجتماعية والاقتصادية.

2-الأمر 05_02

أدخل المشرع الجزائري بموجب هذا الأمر المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون 84_11، تعديلات على سن الزواج لكلا الجنسين، بحيث أصبح موحدا بينهما ومحددا بتسعة عشرة سنة كاملة، طبقا لنص المادة السابعة الفقرة الأولى :" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19.وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ".[1]

ما يمكن ملاحظته على نص هذه المادة، أن المشرع ساوى بين الرجل والمرأة في سن أهلية الزواج المحددة بتسعة عشرة سنة، وهو نفسه سن الرشد المدني الوارد في المادة 42 من ق م ج. لكننا نتساءل عن جدوى هذا التوحيد، بل أكثر من هذا نتساءل عن جدوى مساواة الرجل بالمرأة ، لا سيما إذا علمنا أنه فيما يتعلق بمساواة[2] الرجل بالمرأة في سن الزواج، لا يخدم مصلحة المرأة، حيث من الثابت علميا أن المرأة تبلغ قبل الرجل، ومن ثم تصبح مؤهلة للزواج قبله، وفيما يخص توحيد سن الزواج مع سن الرشد المدني، فانه يعتبر مبالغا فيه، وهذا لما يتميز به عقد الزواج من خصائص عن بقية العقود، حيث يفترض فيه البلوغ و العقل[3] أكثر من الرشد، ذلك أنه يقوم على اعتبارات شخصية بالدرجة الأولى، لا يمكن أن يقوم عليها أي

[1]- المادة 7 من الامر 05_ 02 المعدل والمتمم للقانون 84_11 المتضمن قانون الاسرة المؤرخ في 27 /2005/02.

[2]- عبد الكريم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر، تلمسان، سنة 2013-2014، ص 45.

[3]- عبد الكريم بوجاني، مرجع نفسه، ص 45.

عقد آخر، ومن ثم فان الرشد في عقد الزواج لا يمكن ضبطه وفقا لما تقتضيه التصرفات ذات الصبغة المالية.[1]

صحيح أن المشرع حدد أهلية الزواج بتسعة عشرة سنة، إلا أنّه لم يجعل منها قاعدة جامدة، بل أورد عليها استثناء في ذات النص يتمثل في منح القاضي سلطة الترخيص بالزواج لمن لم يبلغ السن المحددة، بعد تقدير منه لوجود مصلحة أو ضرورة تقتضي الزواج والتأكد من القدرة عليه.

وما يمكن ملاحظته على نص المادة السابعة الفقرة الأولى، أنّها لم تحدد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عند تقرير الترخيص القضائي، وعليه فان تحديد أهلية الزواج، يفترض فيها أن تخضع لدراسة إجتماعية للبيئة الجزائرية، يشترك فيها كل من علماء الاجتماع، وأطباء، ورجال دين وقانون.[2]

أما في القانون المدني الفرنسي نص المشرع في المادة 146 على أنه لا زواج من دون موافقة بنصه:

Art 146 : « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ».

كما أشار في المادة 144 من نفس القانون على رضا القاصر في بالزواج بقوله:

Art 144 : « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ». [3]

[1]– عبد الكريم بوجاني، مرجع سابق، ص 45.

[2]– نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، سنة 2009–2010، ص 177.

[3]– Art 144, 146, code civil français, édition 2020,à jour de la loi de réforme pour la justice du 23 mars 2019 et de la loi pacte du 22 mai 2019,édition DALLOZ.

من خلال هذا النص نجد بأن المشرع الفرنسي ساوى في سن الزواج بين الرجل والمرأة وحددها بثمانية عشرة سنة كاملة، على خلاف المشرع الجزائري الذي حددها بتسعة عشرة سنة.

كما تعرض المشرع الفرنسي إلى الإعفاء من شرط السن القانوني متى كانت الأسباب جدية بعد الحصول على إذن من وكيل الجمهورية وقد أشار إلى ذلك من خلال المادة 145 من القانون المدني الفرنسي إذ تنص على:

Art 145 : « Néanmoins, il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage d'accorder des Dispenses d'Age pour des motifs graves ».[1]

بعد تعرضنا لسن الزواج في القانون المقارن، نجد أنه يختلف من دولة لأخرى وهذا بحسب تقدير الحاكم لأن الرشد يختلف باختلاف المناطق والبيئات، والملاحظ أن كلا القانونين نصا على الاعفاء من شرط السن القانوني متى توافرت الأسباب، وذلك بعد الحصول على إذن من الجهة المعنية بذلك لكن كلاهما لم يحددا السن الذي لا يجوز للجهة المعنية النزول عنه عن تقرير الترخيص.

الفرع الثاني: معايير أهلية الزواج

لقد اختلفت التشريعات القانونية في تحديد سن الاهلية لكن الشريعة الاسلامية و الشرائع السماوية الاخرى كانت واضحة في تعيين السن من خلال المعايير وهدا ما سنوضحه من خلال هدا الفرع سنتناول اولا سن البلوغ وثانيا علامات البلوغ الطبيعية.

أولا: سن البلوغ

[1]– Art 144, code civil français édition 2020,à jour de la loi de réforme pour la justice du 23 mars 2019 et de la loi pacte du 22 mai 2019.

1-البلوغ لغة: بلغ الشجر بلوغا، و بلاغا: حان ادراك ثمره .و الغلام :ادرك. و الامر: وصل الى غايته والبلوغ : نضج الوظائف التناسيلية.[1]

2-البلوغ اصطلاحا: وعرف الفقهاء البلوغ بأنّه: قوة تحدث في الصغير يخرج بها من حالة الطفولة الى حالة الرجولة ومراد اهل العلم بالبلوغ : بلوغ الحد الذي يصبح فيه مكلفا، يجب عليه القيام بالتكاليف التي كلفه الله بها، و صحة تصرفاته بيعا و شراء، وهبة ووصية، وزواجا و طلاقا، ونحو ذلك.[2]

وقد اختلف في سن البلوغ **فيرى الشافعية و الحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية:** أن البلوغ بالسن يكون بتمام خمس عشرة سنة قمرية للذكر و الأنثى كما صرح الشافعية بأنها تحديدية، لخبر ابن عمر"عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن اربعة عشر سنة فلم يجزني، ولم يرني بلغت وعرضت عليه يوم الخندق و انا ابن خمس عشرة سنة فأجازني، وراني بلغت".[3]

ويرى المالكية أن البلوغ يكون بتمام ثماني عشرة سنة، وقيل بالدخول فيها، وقد أورد الخطاب خمسة أقوال في المذهب ففي رواية ثمانية عشر وقيل سبعة عشر، وزاد بعض شراح الرسالة ستة عشر، وتسعة عشر لأحد للبلوغ من السن،[4] وهذا قول الإمام مالك وداوود الظاهري لقوله رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم و قالوا إثبات بلوغ بغير الاحتلام يخالف الخبر أنّه سبع عشرة أو ثماني عشرة قاله أصحاب الامام مالك.[5]

---

[1]- مجمع اللغة العربية (إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار)، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، سنة 2008، ص 69،70 .

[2]- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، سنة 1997، ص 111.

[3]- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الطبعة الثانية، الجزء الثامن، طباعة ذات السلال، الكويت، سنة 1976، ص 192.

[4]- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مرجع نفسه، ص 192.

[5]- عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 113.

ويرى أبو حنيفة أن بلوغ بالسن للغلام وهو بلوغه ثماني عشر و سنة، و الجارية سبع عشرة سنة وذلك لقوله تعالى: **{ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده}** قال ابن العباس رضي الله عنه "ثماني عشرة سنة" وهي أقل ما قيل فيه فأخذ به إحتياطا هذا أشد الصبي و الأنثى أسرع بلوغا من الغلام فنقصناها سنة.[1]

ثانيا: علامات البلوغ الطبيعية

1_الإحتلام لغة

مصدر احتلم، والحلم: إسم المصدر وهو لغة: رؤيا النائم مطلقا، ثم استعمل الإحتلام والحلم بمعنى أخص من ذلك، وهو: أن يرى النائم أنه يجامع سواء اكان مع ذلك إنزال أم لا ثم إستعمل هذا اللفظ بمعنى البلوغ وعلى هذا يكون الحلم و الإحتلام و البلوغ بهذا المعنى ألفاظا مترادفة.[2]

2_الاحتلام اصطلاحا

وهو خروج المني المتدفق بلذة في حالة النوم، أو في حالة اليقظة بالجماع وقد نقل ابن قدامة إجماع أهل العلم على بلوغ الصغير بالإحتلام، ونقل عن ابن المنذر قوله أجمعوا على أن الفرائض و الأحكام تجب على المحتلم العاقل.[3]

و حق للفقهاء أن يجمعوا ذلك، فإن النصوص الدالة على البلوغ بالإحتلام قطعية الثبوت قطعية الدلالة قال تعالى: **{و إذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم}** [سورة النور الآية59] وقال تعالى: {**ليستأذنكم الذين ملكت ايمانكم و الذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات}** [سورة النور الآية58]، وجاء في الحديث "رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم".

---

[1]– وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مرجع سابق، ص 192.

[2]– وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، مرجع سابق، ص 187.

[3]– عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 111.

ظهور شعر العانة: وهو الشعر الخشن الذي ينبت حول الفرج الذي يحتاج إلى إزالته إلى الحلق، دون الشعر الزغب الضعيف الذي ينبت للصغير، والقول بالبلوغ بهذه الأمارة عند الصغير والصغيرة هو مذهب الإمام أحمد ومالك و الشافعي.[1]

[1]– عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 111.

3_ ما تختص به الأنثى من علامات البلوغ: تزيد الأنثى وتختص بعلامتين هما الحيض: لغة مصدر حاض، يقال حاض السيل إذا فاض، وحاضت المرأة: سال دمها، واصطلاحا عرف الحيض بتعريفات متقاربة فقال المالكية هو دم يلقيه رحم امرأة معتاد حملها دون ولادة ولا مرض أو افتضاض ولا زيادة على الأمد وقال غيرهم نحو ذلك،[1] و الحيض علامة على بلوغ الأنثى لحديث " لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار " وخص المالكية الحيض بالذي لم يتسبب في جلبه وإلا فلا يكون علامة.

والحمل علامة على بلوغ الأنثى لأن الله تعالى أجرى العادة أن الولد يخلق من ماء الرجال وماء المرآة،[2] قال تعالى: **{فلينظر الانسان مم خلق خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب و الترائب}** [سورة الطارق الآية06]

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله عز وجل أجرى العادة على أن الولد يخلق من ماء الرجل وماء المرأة وبالتالي فإن الحمل لايكون الأب إنزال الماء فإنه متى حملت الجارية حكم ببلوغها.[3]

هذا وقد اعتبر فقهاء المالكية علامات أخرى للبلوغ بالإضافة إلى ما تقدم حيث اعتبروا فرق أرنبة مارن الأنف و غلظة الصوت ونتوء الحلقوم ونتن رائحة الإبط ونبات شعر اللحية والشارب و الابط ونهود الثديين بالنسبة للأنثى من علامات البلوغ.[4]

المطلب الثاني: رضا الصغيرة ودور الولي في تزويجها

[1]– عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 112.

[2]– وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الطبعة الثانية، الجزء الثامن عشر، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الكويت، سنة 1990، ص 291.

[3]– سهى ياسين عطا القيسي، مرجع سابق، ص 89.

[4]– سهى ياسين عطا القيسي، مرجع نفسه، ص 89.

الزواج من العقود الرضائية التي تقوم على الرضا المتبادل بين طرفيه و لرضا مكانة هامة حيث جعله المشرع الركن الوحيد في عقد الزواج وكذلك الفقهاء وعادة لا يصدر الرضا من الزوجة الى في حالة اقتناعها التام ورغبتها في الزواج ولكن استثناءاو لصغر سنها وعدم تقدير الصغيرة لمصلحتها في الزواج فقد خول الشرع للولي باعتباره الاكثر دراية بمصلحة الصغيرة ان يلعب الدور الاكبر في عملية تزويجها وهذا ما سنتناوله من خلال هذا المطلب ففي الفرع الأول سنتطرق إلى رضا الصغيرة وفي الفرع الثاني إلى دور الولي في تزويج الصغيرة التي تحت ولايته.

الفرع الأول: رضا الصغيرة

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى تعريف كل من رضا الصغيرة في الزواج اصطلاحا عند فقهاء الشريعة الاسلامية أولا ثم ثانيا سنتطرق إلى موقف المشرع في القانون الوضعي من الرضا في زواج الصغيرات كالآتي:

أولا: مفهوم الرضا

1- تعريف الرضا لغة:

رضا ورضاء، ورضوانا، ومرضاة: اختاره وقبله. وفي التنزيل العزيز:" وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا ". ويقال رضيه له : رآه أهلا له.[1]

2- تعريف الرضا اصطلاحا

عرفه الحنفية: بأنه امتلاء الإختيار، أي بلوغه نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه، ونحوها وبعبارة اخرى لخصها التفتازاني، ابن

[1]- مجمع اللغة العربية (إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار)، مرجع سابق، ص 351.

عابدين، و الرهاوي منهم، هي أن الرضا إيثار الشيْء و استحسانه وعرفه الجمهور: بأنه قصد الفعل دون أن يشوبه أكراه ومنه أن الرضا عند الحنفية: أخص من الرضاعند الجمهور،[1] فمجرد القصد إلى تحقيق أثر في ومنه أن الرضا عند الحنفية: أخص من الرضا عند الجمهور، فمجرد القصد إلى تحقيق أثر في المعقود عليه يسمى الرضا عند الجمهور، وإن لم يبلغ الإختيار غايته، ولم يظهر السرور، في الحين لا يسمى به عند الحنفية إلا إذا تحقق الإستحسان و التفضيل على أقل تقدير.[2]

3_ رضا الصغيرة عند فقهاء الشريعة:

إن رضا الصغيرة في الفقه الإسلامي منوطة برضا وليها لما عليه من ولاية إجبار عليها والتي يمكن تعريفها بأنّها:

وهي تنفيذ القول بالإنكاح على الغير، أي أن يباشر الولي العقد فينفذ على المولى عليه شاء أو أبى و قد اتفق الفقهاء على أن هده الولاية تثبت على الصغير والبكر الصغيرة و المجانين إذا وجدت المصلحة.[3]

وولاية الإجبار عند الحنفية: منوطة بالبكارة فتزوج بلا إذن و لو بالغة إلا إن كانت ثيبا فالثيب البالغة لا تزوج إلا برضاها.

ولاية الإجبار عند المالكية: وهو الأب وله جبر ابنته ولو بغير رضاها إذا كانت بكرا أو صغيرة أو ثيبا ما لم تبلغ المحيض و بغير إذنها و كذّلك له أن يزوج البكر البالغة كما يزوج الصغيرة.[4]

---

[1]– وزارة الأوقاف و الشؤون الكويتية، الموسوعة الفقهية، الطبعة الثانية، الجزء الثاني و العشرون، طباعة ذات السلاسل، الكويت، سنة 1992، ص 228.

[2]– وزارة الأوقاف و الشؤون الكويتية، مرجع نفسه، ص 228.

[3]– وزارة الأوقاف و الشؤون الكويتية، الموسوعة الفقهية، الجزء الخامس و الأربعون، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 2006، ص 259.

[4]– وزارة الأوقاف و الشؤون الكويتية، مرجع نفسه، ص 260.

فللأب جبر ابنته البكر مادامت بكرا و لو عانسا بلغت من العمر ستين سنة أو اكثر و قيل العانس التي ارتفعت سنها و عرفت مصالح أمورها ولاية الإجبار عند الشافعية: فللأب تزويج البكر الصغيرة أو الكبيرة بدون رضاها و يستحب له،[1] إستئذان البالغة و يكفي سكوتها لحديث الرسول عليه الصلاة و السلام " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها و إذنها صمتها".[2]

ولاية الاجبار عند الحنابلة: وهو الأب فله تزويج أولاده الصغار ذكورهم وإناثهم و بناتهم وبناته الأبكار بغير إذنهم و للسيد إجبار إمائه الأبكار و الثيب إلا مكاتبته و يملك السيد إجبار عبدها لصغير ولو مجنونا.[3]

ولا يختلف كثيرا موقف التشريعات السماوية الأخرى من رضا الصغيرة في الزواج وهذا ما يتضح لنا من خلال ما سنتناوله بالذكر الرضا في الشرائع السماوية الأخرى في شريعة اليهود فقد مر الأمر بتطور بدءا من عدم ضرورة رضا الطرفين لإنعقاد الزواج حيث كان الأب يستطيع أن يزوج ابنته لمن يرى من الرجال، و الفتاة إذا كانت دون سن البلوغ، فإنها تخضع لولاية الإجبار في تزويجها، أي يمكن لوليها أن يزوجها ولو كانت غير راضية فمع رضا وليها لا حاجة ولا ضرورة لرضاها.[4]

ولا إستقلالية لها في زواجها بعد البلوغ، إذ لابد من موافقة الولي على ذلك و الولي هو الأب، فان لم يكن فالأم، وإلا فأحد إخوتها برضاها إلى ضرورة توافر هذا الرضا كما جاء في التلمود وإلا كان الزواج باطلا.[5]

في الشريعة المسيحية حرصت، على النص عليه صراحة كما هو الحال في المادة 16 من مجموعة الأقباط الأرثودكس حين قضت بأنه لا زواج إلا برضاء

---

[1]– وزارة الاوقاف و الشؤون الكويتية، مرجع سابق، ص 260،262.

[2]– وزارة الاوقاف و الشؤون الكويتية، مرجع نفسه، ص 263.

[3]– وزارة الاوقاف و الشؤون الكويتية، مرجع نفسه، ص 265.

[4]– محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 138.

[5]– محمد شكري سرور، مرجع نفسه، ص 130، 138.

الزوجين و في نفس المعنى عبرت المادة 82 من الإرادة الرسولية للكاثوليك والمادة 9 من قانون الإنجيليين الوطنيين.[1]

ثانيا:ركنية الرضا في القانون

لم تعن التشريعات الحديثة بتعريف التراضي ولكنه بالعودة إلى المعاجم اللغوية الفرنسية نجد أن من بين معانيه: الإرادة الطيبة والترخيص، غير أن الفقه والقضاء قيدوه بكونه: التوافق بين الإرادتين على إنشاء أثر قانوني ود التراضي مرهون بوجود إرادتين متوافقتين.[2] وبالتالي فإن التراضي هو تطابق إرادتين تتجهان لإحداث أثر قانوني وهو إنشاء الالتزام.

1_ ركنية الرضا في قانون الأسرة الجزائري

لا يمكن تصور أي زواج سعيد وناجح بدون تراضي طرفيه وتلاقي إرادتيهما بنية الارتباط بينها ارتباطا شرعيا، وهو ما أكدت عليه جميع التشريعات العربية ومن بينها التشريع الجزائري الذي أكد على رضائية عقد الزواج، حيث نصت المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري،[3] 05_02 على ما يلي :" الزواج هو عقد رضائي ..." فأضاف عبارة رضائي تقييدا أو تحديدا لكون الزواج رضائيا بالأساس، يقوم على تقابل إرادتي الزوجين عن طريق إقتران الإيجاب والقبول .[4] وأكدته أيضا المادة 9 من ذات القانون بالقول: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".[5]

---

[1]– محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 129.

[2]– علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)، الجزء1، الطبعة3 ، دار البشائر الإسلامية ، سنة 2008 ، ص 239.

[3]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، أحكام الزواج، الطبعة 7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2017، ص 57.

[4]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 172.

[5]– المادة 9 من الامر 05_ 02 المعدل والمتمم للقانون 84_11 المتضمن قانون الاسرة المؤرخ في 27 /2005/02.

يفهم من هذه المادة أن المشرع حصر أركان عقد الزواج في الرضا فقط كما يتبين لنا أنه وضع حدا فاصلا بين ما يعد ركنا وما يعد شرطا في **عقد الزواج لما حصر أركان عقد الزواج في الرضا فقط ، كما نلاحظ أنه وافق مذهب** الحنفية فيما ذهب إليه في جعل ركن الزواج الإيجاب والقبول المعبر عنهما بالصيغة التي ينشا بها العقد.[1]

المشرع حصر أركان عقد الزواج في الرضا فقط كما يتبين لنا أنه وضع حدا فاصلا بين ما يعد ركنا وما يعد شرطا في عقد الزواج لما حصر أركان عقد الزواج في الرضا فقط، كما نلاحظ أنه وافق مذهب في الحنفية فيما ذهب إليه في جعل ركن الزواج الإيجاب والقبول المعبر عنهما بالصيغة التي ينشأ بها العقد.[2]

ومن خلال قراءتنا للمادة 10 الفقرة 2 يتبين لنا أن ركن الرضا في عقد الزواج يتمثل في الإيجاب والقبول حيث جاء في نص المادة ما يلي: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".[3]

وقد رتب المشرع الجزائري أثر تخلف ركن الرضا في نص المادة 1/33 التي تنص على ما يلي: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"،[4]ومفادها الزواج يكون باطل بطلان مطلق لاختلال ركنه الأساسي وقد اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج.

---

[1]– سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2014– 2015، ص 42.

[2]– سعادي لعلى، مرجع نفسه، ص 42.

[3]– المادة10من الامر05_02المعدل والمتمم للقانون84_11المتضمن قانون الاسرةالمؤرخ في2005/02/27 .

[4]– المادة 33 من الامر 05_ 02 المعدل والمتمم للقانون 84_11 المتضمن قانون الاسرة المؤرخ في 27 /2005/02.

وقد نصت المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في فقرتها الثانية على أنه:" لا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين، الراغبين في الزواج رضا كاملا لا إكراه فيه "[1]

ونصت المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على: "لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين...".[2]

2_ الطبيعة القانونية لرضا الصغيرة في عقد الزواج

إذا كان جمهور الفقهاء قد أجمع على وجوب اشتراك المرأة الراشدة برضا وليها فإنه من باب أولى أن يلزم الولي بالتعبير عن رضاه في شأن زواج الصغيرة الموضوعة تحت ولايته، إذ ليس من المصلحة أن يربط مصير شخصين بنزوة قاصر، لا دراية له بأمور الحياة عامة والحياة الزوجية خاصة.[3]

لذلك اتفقت أغلبية التشريعات على وجوب تدخل الولي برضاه ليكمل رضا المولى عليه وغالبا ما تكون المرأة. ولا يخرج هذا التدخل عن إحدى الفرضيتين، إما أن يتوافق رضا الولي ورضا القاصر، لينتج العقد أثره، أو يتعارض الرضاء أن ويتدخل القاضي.[4]

ولقد نص ق.أ. ج صراحة في الفقرة الثانية من المادة 11 على تولي الولي زواج القاصر، واعتبر رضاهما رضاءين متكاملين ، في حين وضع قيودا على إرادة

---

[1]– الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر سنة 1948، بقرار رقم : 217 ألف(د–3)، وقد صادقت عليه الجزائر بموجب المادة (11) من دستور 1963، الصادر بالجريدة الرسمية رقم: 64 بتاريخ 1963/09/10.

[2]– العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر سنة 1966، بقرار رقم: 2200 ألف(د–21)، بدء النفاذ في 23 مارس 1976 وفقا لأحكام المادة 49، وقد صادقت عليه الجزائر بتاريخ 12 سبتمبر 1989.

[3]– عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 33.

[4]– عبد الله فاسي، مرجع نفسه، ص 33.

الولي ، بإخضاعها نسبيا إلى رضا القاصر ، حتى لا يتعسف في ولايته فيما لا يخدم مصلحة القاصر.

وذلك ما أكده نص المادة 13 من ذات القانون ، الذي منع الولي من اجبار القاصر على الزواج ،أو من تزويجه دون موافقته ، بما نصه:" لا يجوز للولي ، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له ان يزوجها بدون موافقتها".[1]

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع مخرجا لمسألة تعارض رضا الولي مع رضا القاصر ، فقد يوافق القاصر على الزواج ، في حين يرفض الولي ذلك ، أو العكس ، هذا بخلاف القانون المغربي والقانون التونسي اللذان يحيلان الأمر للقاضي في حال الخلاف، فقد نصت المادة 21 في فقرتها الثالثة من مدونة الأسرة المغربية على أنّه[2]:" إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بث قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع".

وينص الفصل السادس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن : " زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم. وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي، والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه ".

أما فيما يخص رضا القاصر في القانون الفرنسي فقد اقتضى إقتران رضا الأب و الأم معا في تزويج صغيرهما في نص المادة[3]148 من القانون المدني الفرنسي

[1]– المادة 13 من الامر 05_ 02 المعدل والمتمم للقانون 84_11 المتضمن قانون الاسرة المؤرخ في 27 /2005/02.

[2]– عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 33.

[3] –Art 148, code civil français édition 2020,à jour de la loi de réforme pour la justice du 23 mars 2019 et de la loi pacte du 22 mai 2019.

Art 148 : « Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le Consentement de leurs pères et la mère, ce partage emporte Consentement ».

قد تعرض القانون الفرنسي في هذه المادة إلى العضل بصورة أخرى مثلما في الاختلاف الذي يثور بين الأب والأم في حال تزويج القاصر بين مجيز وممتنع، فمتى قام هذا التقارب بين الوالدين اعتبره المشرع رضا بزواج القاصر، لأن الولاية بمقتضى هذا القانون مشتركة بين الوالدين آباء أو أجداد.[1]

الفرع الثاني: دور الولي في تزويج الصغيرة

سوف نتطرق من خلال هذا الفرع الى ابراز دور الولي في تزويج الصغيرة وذلك اولا بتعريف الولي لغة واصطلاحا و الشروط الواجب توفرها فيه وثانيا سنذكر ترتيب الاولياء في التزويج وثالثا الحالات التي يتعسف الولي فيها في إستعمال حقه

أولا: دور الولي في الفقه

1_ تعريف الولي لغة

يقصد بالولي في اللغة الصديق و الحليف و كل من ولي أمر أحد فهو وليه والولي فعيل بمعنى فاعل من وليه اذا قام به ومنه قوله تعالى: **{الله ولي الذين امنوا}** [سورة البقرة الآية 257] وبمعنى مفعول في حق المطيع ومنه قيل المؤمن ولي الله والمصدر الولاية.[2]

الولي ضد العدو وللولي في اللغة معنيان :المعنى الاول :هو الناصر و المعين،و المعنى الثاني :هو القائم بامر الشخص والمتولي شؤونه والوالي هو

[1]– عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 64 ، 65.

[2]– وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، الموسوعة الفقهية، الطبعة الاولى، الجزء الخامس و الاربعون، صادر عن وزارة الشئون والاوقاف، سنة 2006، ص 125.

صاحب السلطة ، وولي اليتيم هو الذي يلي أمره ويقوم بكفالته وولي المراة هو الذي يلي عقد الزواج عليها.[1]

2_ تعريف الولي اصطلاحا

عرف الحنفية الولي بأنه : من كان اهلا للميراث وهو عاقل بالغ وأما الشافعية فعرفوا الولي بأنه :من له على المرأة ملك ،أو بنوة ، او أبوة،او تعصيب ،او ولاء ، او ايصاء،او كفالة ،او سلطنة،او ذو إسلام.[2]

3_ شروط الولي

فلابد من توفر مجموعة من الشروط في الولي ليكون اهلا للقيام بم تتطلبه اعمال الولاية:

بالرجوع الى ق أج نجد انه اغفل النص على هده الشروط هدا ما يفرض علينا الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية حسب نص المادة 222 من ق ا ج التي تنص على انه" كل ما لم يرد النص عليه في هدا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية".[3]

يشترط في الولي في عقد الزواج ما ياتي :

[1]– جمال الضمراني، الولاية في النكاح وحكم الزواج العرفي الطبعة الاولى، دار لنهضة العربية، القاهرة، سنة 2007، ص 67 ، 68.

[2]– نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية، الطبعة الاولى، دار الثقافة، فلسطين، سنة 2011، ص 304،305.

[3]– المادة 222 من الامر 05_ 02 المعدل والمتمم للقانون 84_11 المتضمن قانون الاسرة المؤرخ في 27 /2005/02.

أ- العقل و البلوغ : فلا ولاية للصبي و المجنون لان كلا منهما لا يملك تزويج نفسه وهو عن تزويج غيره أعزل[1]

ب- الذكورة: يشترط في الولي أن يكون رجلا فلا يصح أن تتولى المرأة عقد النكاح لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها.[2]

ج- الإسلام: فلا تثبت للكافر ولاية على مسلمة وهو قول عامة اهل العلم، قال تعالى : **{ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا}** [سورة النساء الآية 141]، فاتحاد الدين بين الولي والمولى عليها تجعل الولي اقدر على تحقيق مصلحة المولى عليه التي تكون مبنية على الشفقة والرحمة.[3]

د- العدالة: لحديث:لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل ،و العدالة شرط في الولي عند الحنابلة،وشرط كمال و اولوية عند المالكية ،حيث تقدم ولاية العدل على ولاية الفاسق اذا كان الاثنان متساو وين في درجة القرابة وإذا لم يتساويا فان ولاية الفاسق تصح[4] أن لا يكون الولي محرما بحج او عمرة لما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم و لا ينكح ولا يخطب.[5]

وقبل التطرق الى ترتيب الاولياء في الزواج ارتاينا ان نعرف ولاية الزواج و أقسامها

4-الولاية في الزواج

[1]- عبدالله عبد الرحمن السعيدي، احكام الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية وما عليه العمل في قانون الاحوال الشخصية الامارتي رقم 18 لسنة 2005، الطبعة الاولى، الافاق المشرقة ناشرون، المملكة الاردنية الهاشمية، سنة 2012، ص 64.

[2]- عبد الله عبد الرحمن السعيدي، مرجع نفسه، ص 64 ،65.

[3]- أسامة ذيب مسعود، الاكراه في عقد النكاح دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الاربعة وقانون الاحوال الشخصية، الطبعة الاولى، دار الثقافة، الاردن، سنة 2011، ص 108.

[4]- عبد الله عبد الرحمن السعيدي، مرجع سابق، ص 64.

[5]- عبد الله عبد الرحمن السعيدي، مرجع نفسه ص 65.

يقسمها الفقهاء الى قسمين : ولاية اجبار وولاية اختيار ولاية الاجبار :هي التي تعتبر ولاية كاملة ،لان الولي يستبد فيها بإنشاء، الزواج على المولى عليه، ولا يشاركه فيه أحد ولاية الاختيار هي تثبت على البالغة العاقلة، وذلك لان جمهور الفقهاء يرون انه ليس لها ان تنفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها وليها في اختيار الزوج[1]

وبما اننا بصدد دراسة زواج الصغيرات فاننا سنخص بدراسة ولاية الاجبار سنبين من له ولاية الاجبار و ماهي علة هذه الاخيرة من له ولاية الاجبار ولاية الإجبار عند مالك واحمد بن حنبل لاب او وصيه بالتزويج، بيد ان احمد يشترط في ولاية الوصي بالتزويج ان يكون الاب قد عين الزوج والشافعي اثبت ولاية الاجبار للأب و الجد لان الجد اب عند فقد الاب.[2]

وحجة الائمة الثلاثة مالك و الشافعي واحمد في قصرهم الولاية على الأب او الاب و الجد على رأي الشافعي ان الولاية الاجبارية لا تثبت إلا لحاجة المولى عليه ،لان للأب وافر الشفقة يعرف مصلحة اولاده فتثبت له الولاية لكامل شفقته.[3]

أ-علة ولاية الإجبار

وقد اختلف الفقهاء على ان علة ولاية الاجبار على الصغيرة فقال الشافعي ومالك واحمد على قول : ان العلة هي البكارة ، فإذا كانت البكارة فالولاية ثابتة، ولهذا تمتد الولاية إلى ما بعد البلوغ ما دامت لا تزال بكرا ، وذلك لان البكر لا تعرف مصالحها في النكاح.[4]

5_ ترتيب الاولياء في زواج الصغيرة

[1]- محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، سنة 1948، ص 108.

[2]- محمد ابو زهرة، مرجع نفسه، ص 110.

[3]- محمد ابو زهرة، مرجع نفسه، ص 111.

[4]- محمد ابو زهرة، مرجع نفسه، ص 111 .

أ-ترتيب الأولياء حسب المذاهب الفقهية

اختلف الجمهور القائلون بجواز تزويج الصغار فقال المالكية و الحنابلة:ليس لغير الاب او وصيه او الحاكم تزويج الصغار، لتوافر شفقة الاب وصدق رغبته في تحقيق مصلحة ولده، و الحاكم ووصي الاب كالأب[1]،لأنه لا نظر لغير هؤلاء في مال الصغار و مصالحهم المتعلقة بهم، ولقوله صلى الله عليه وسلامٍ "تستأمر اليتيمة في نفسها، و ان سكتت فهو اذنها،وان ابت فلا جواز عليها"

وقال الحنفية: يجوز للأب و الجد ولغيرهما من العصبات تزويج الصغير الصغيرة لقوله تعالى: **{وان خفتم ألا تقسطوا في اليتامى}** [سورة النساء الآية03] أي في نكاح اليتامى، أي اذا كان خوف من ظلم اليتامى،[2] فالآية تأمر الاولياء بتزويج اليتامى

وقال الشافعية: ليس لغير الأب و الجد تزويج الصغير و الصغيرة، لخبر الدارقطني: الثيب أحق بنفسها من وليها[3] و البكر يزوجها ابوها ورواية مسلم : والبكر يستامرها ابوها و الجد كالأب عند عدمه،لان له ولاية وعصوبة كالأب.[4]

6_ تعسف الولي في استعمال ولاية تزويج الصغار

الشروط التي يراعيها الولي لتزويج الصغار وقد اشترط ابو يوسف ومحمد في تزويج الصغار الكفاءة و مهر المثل لان الولاية للمصلحة ولا مصلحة في التزويج بغير كفء ولا مهر المثل. وكذلك اشترط الشافعية في تزويج الاب الصغيرة او الكبيرة بغير اذنها شروط سبعة هي:[5]

---

[1]- محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، مرجع سابق، 111.

[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، الجزء السابع، الاحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة و التوزيع والنشر بدمشق، سنة 1984، ص 180.

[3]- وهبة الزحيلي، مرجع نفسه، ص 181 .

[4]- محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 111.

[5]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 182 .

ألا يكون بينه وبينها عداوة، أن يزوجها من كفء، أن يزوجها بمهر مثلها أن يكون من نقد البلد، ألا يكون الزوج معسرا بالمهر، ألا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى وشيخ هرم،[1] ألا يكون قد وجب عليها الحج، فإن الزوج قد يمنعها لكون الحج على التراخي ولها غرض في تعجيل برائتها،[2] وأجاز المالكية للأب تزويج البكر الصغيرة، ولو بدون صداق المثل،ولو لأقل حال منها،او لقبيح منظر وتزوج البالغ بإذنها ألا اليتيمة التي بلغت عشر سنين، فتزوج بعد استشارة القاضي على ان يكون الزواج بكفء وبمهر المثل.

ثانيا: دور الولي في القانون

الولاية في الزواج هي مساعدة للحماية والمحافظة على حقوق فاقد الأهلية أو ناقصها، ومصالح الفتاة الصغيرة بسبب عدم بلوغها، وعدم تجربتها حياة الزواج، أن وظيفة الولي هي رعاية القاصر والإشراف على مختلف شؤونه ، واختيار الأصلح له.[3]

وهذا خلافا لما يدعيه بعض فقهاء الغرب من أن الولاية حق مطلق، وأنها سلطة تحكم بدون حدود أو قيود،[4] ومنافية مبادئ الحرية في الزواج تجدر الإشارة الى أن الفقهاء قسموا الولاية إلى نوعان: ولاية قاصرة، وولاية متعدية

فالأولى: هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه. أما الولاية المتعدية فهي قدرة العاقد على انشاء العقد الخاص بغيره ، وهذه الولاية المتعدية تنقسم بدورها الى قسمين ولاية عامة وولاية خاصة[5]،العامة : كولاية السلطان السلطان والقاضي، وأما الخاصة فهي قسمان ولاية على المال وهي القدرة على

[1]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 182 .

[2]– وهبة الزحيلي، مرجع نفسه ص 182 .

[3]– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 121.

[4]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 182.

[5]– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 121.

انشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها، وولاية عن النفس[1] والولاية في الزواج يقسمها الفقهاء إلى قسمين : ولاية إجبار، وولاية اختيار قد سبق التطرق اليها

1_الولاية في ظل القانون 84-11

نظم المشرع الجزائري أحكام الولاية بموجب النصوص 9 و 11و12 و 13 حيث تنص المادة 9: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين ، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق" فيستنتج من نص المادة أن المشرع اعتبر الولاية ركن في عقد الزواج إلى جانب كل من الرضا والصداق والشهود، حيث أنه وبموجبها لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها من دون ولي.

وقد جاءت المادة 11 مؤكدة على ذلك بقولها: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأوليين. والقاضي ولي من لا ولي له "، أي أن الأب هو أولى بتزويج ابنته ، فإذا لم يوجد تولى أحد أقاربها ذلك على سبيل الترتيب لوجود عبارة فأحد أقاربها، والقاضي ولي من لا ولي له.[2]

المادة 12: "لا يجوز للولي أن يمنع من هي في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة9 من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت ".

فقد فرق هذا النص بين البكر والثيب من حيث سلطة التزويج فبالنسبة للثيب فلا تدخل تحت ولاية الإجبار ، فإذا رغبت بالزواج بمن هو أصلح لها فليس لوليها

[1]– الشيخ وعدنان نجا، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة 1، دار الفكر العربي، بيروت، سنة 1964، ص 63.

[2]– عبد الحميد بقة، (ركن الولي في عقد الزواج والاشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 23، ص 114 .

أن يمنعها، وللقاضي أن يأذن لها بذلك. أما البكر فتخضع لولاية الاجبار فيكون لوليها أن يمنعها من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها.[1]

المادة 13الذي جاء فيه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ".

حسب نص هذه المادة ولاية الولي هي ولاية اختيار، ففي هذه الولاية لا يمكن أن ينكح غيره بدون رضاه، وإنما لابد من رضا الولي ورضا المولى عليه، بمعنى اشتراكهما في الاختيار.[2]

فالمشرع في هذه الحالة خرج عن ولاية الاجبار بأن نص على أن الولي لا يجوز له أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج كما لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها.[3]

مؤدى هذا لا يجوز للولي أبا أو غيره أن يمنع الصغيرة التي في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه ، وهنا يأتي دور القاضي ليقدر مدى صلاحية الزواج بالنسبة لها.

2_الولاية في ظل القانون 05-02

فبموجب الأمر 05-02 عمل المشرع على تعديل وإلغاء بعض النصوص المنظمة للولاية وذلك لاعتبارات عدة. حيث باتت المادة 9 تنص : "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " وأضافت المادة 9 مكرر : "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : -أهلية الزواج ، - الصداق ، -الولي ، -شاهدان ، -انعدام الموانع الشرعية للزواج ".

[1]- سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، سنة 2008، ص 136.

[2]- بوسطلة شهرزاد، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 4، سنة 2007، ص 44.

[3]- بوسطلة شهرزاد، مرجع نفسه، ص 44.

يتبين جليا أن المشرع حسم أمره بحصر أركان الزواج في ركن وحيد ألا وهو الرضا و بذلك لم يعد الولي ركنا في عقد الزواج وإنما شرطا منشروطه. فالتركيز على ركن الرضا وحده في تأسيس الزواج يعد خطوة نحو الانحراف من طرف المشرع ، بداعي التأثر بالظروف والتطورات الحديثة،[1] فالأخذ بما هو موجود عند الغرب من ناحية الأسرة فيه قياس مع الفارق، فالغرب يكيف الزواج كغيره من العقود، ويخضعه لمبدأ سلطان الإرادة.[2]

كما عدلت المادة 11 فأسند فيها المشرع ولاية التزويج إلى المرأة الراشدة بخلاف ما كان في النص قبل التعديل جاءت المادة تنص على أنّه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخرتختاره".

دون الاخ باحكام المادة 7 من هذا القانون ، يتولى زواج القصر اوليائهم وهم5 وهم الأب ، فأحد الأقارب الأوليين والقاضي ولي من لا ولي له ".

بالنسبة للمرأة القاصرة فانتقال الولاية في التزويج تبقى على سبيل الاجبار كما كان سابقا لذلك قد خول للأب صلاحية ممارسة ولايته على موليته ، أما في حالة عدم وجوده تنتقل للأقارب الأوليين ثم جاء وجعل القاضي وليمن لا ولي له في مرتبة أخيرة،[3] و هذا ما دلت عليه الفقرة 2 من المادة 11 التي جاءت قائلة : " ...يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب ، فأحد الأقارب الأوليين والقاضي ولي من لا ولي له".

وحسب ما تم تقديمه نجد بأن الانتقال في ولاية التزويج هي عدم الخروج عن الانتقال الذي جاءت به الشريعة الإسلامية وعليه متى وجد الأب فالولاية من صلاحيته، لأن الحجة في ذلك تقوم على أمرين:

---

[1]– محمد الصالح بن عومر، مرجع سابق، ص 160 .

[2]– محمد الصالح بن عومر، مرجع نفسه، ص 160.

[3]– علي بودفع، حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد 4، ص 259.

– الشفقة الدافعة إلى الحرص على المولى عليها، وهذه الشفقة ليست على درجة واحدة من الأولياء جميعا، بل هم يختلفون فيها.[1]

– حسن الرأي وتخيير أوجه النفع، وهو ما يختلف فيه الأولياء أيضا هذا ولا يمكن للولي أن يجبر المرأة على التزويج (م13 ق. أ. ج. المعدلة)، كما أن المشرع ألغى بمقتضى الأمر رقم 05-02 المادة 12 التي كانت تنص على ولاية الاجبار لا بالنسبة للصغار فحسب بل حتى بالنسبة للفتاة البكر.[2]

وقد أشارت المحكمة العليا وأن عقد الزواج يعتبر صحيحا ومتى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصداق ، وأبرم أمام موظف مؤهل قانونا (م9 و9 مكرر) وأن الولاية المقررة على المرأة في الزواج هي ولاية اختيار لا جبر فيها[3] وتمارسها حسب اختيارها ومصلحتها (م 11 ق. أ. ج. المعدلة)، أما القاصرة التي لم تصل الى سن الزواج وهو(19سنة)، وهو في نفس الوقت سن الرشد القانوني (م40 ق. م. ج.) فتخضع لمقتضيات المواد 2/7 و2/11 و13 من ق. أ. ج[4]

غير أنه وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي نجد أنه أشار في المادتين 149 و150 إلى انتقال الولاية عند غياب الولي الأقرب، ونعرض الى ذلك:

Art 149 /1 : « Si l'un des deux est mort ou s'il est dans L'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de L'autre suffit ».[5]

[1]– علي بودفع، مرجع سابق، ص 259 .

[2]– علي بودفع، مرجع نفسه، ص259 .

[3]– العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2013، ص 400.

[4]– العربي بلحاج، مرجع نفسه، ص 400.

[5]– 14Art 9, code civil français édition 2020,à jour de la loi de réforme pour la justice du 23 mars 2019 et de la loi pacte du 22 mai 2019.

Art 150 : « Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans L'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les Remplacent ; s'il y a dissentiment entre l'aïeules de la même Ligne, ou s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage Emporte consentement Si la résidence actuelle des père et mère est inconnus et s'ils N'ont pas donné de leurs nouvelles depuis un an, il pourra être Procédé à la célébration du mariage si les aïeuls et aïeules ainsi Que l'enfant lui-même en font la déclaration sous serment.il en Est de même si, un ou plusieurs aïeuls ou aïeules donnant leur Consentement au mariage, la résidence actuelle des autres Aïeuls ou aïeules est inconnue et s'ils n'ont pas donné de leurs Nouvelles depuis un an ».[1]

يفهم من نص المادتين أن المشرع الفرنسي أشار إلى حالة وفاة أحد الوالدين ، أو عجزه عن التعبير عن رضاه فان رضا الوالد الآخر كاف لتزويج القاصر كما لو كان مقر إقامة أحد الوالدين مجهولا مع انقطاع الأخبار عنه لمدة سنة ، فإن للوالد الآخر حق تزويج القاصر.

وإن حدث هذا لكلا الوالدين فإن الولاية تنتقل مباشرة إلى الأصول ، دون العصبة وذوي الأرحام ، والأجداد والجدات من الأب والأم معا هذه الظاهرة شائعة الحدوث ، إذ يغيب الولي الأقرب غيبة طويلة يستحيل معها الاتصال به أو أن الولي يعجز عن التعبير عن إرادته ، فإن الولاية لا شك تنتقل إلى الولي الموالي.[2]

[1]– Art 150, code civil français édition 2020,à jour de la loi de réforme pour la justice du 23 mars 2019 et de la loi pacte du 22 mai 2019.

[2]– عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 56.

غير أن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة بكثير من التوضيح، إلا ما ورد في نص المادة 11 بمصطلح "**الأقارب الأولين**". ليفسح المجال إلى القاضي في الإجتهاد.[1]

[1]– عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 56.

نظرا لأهمية عقد الزواج وما يترتب عليه من أعباء ومسؤولية اتفقت مختلف التشريعات على تنظيم مسألة الأهلية في عقد الزواج، ولا يمكن الحديث عن الأهلية دون أن نتحدث عن شرط السن في عقد الزواج، إذ لم يجعل المشرع شرط السن قاعدة جامدة ، بل أورد عليها استثناء يتمثل في إمكانية ترخيص القاضي بزواج من لم يبلغ بعد هذه السن، فمنح الإذن القضائي قبل الزواج لفئة القصر ليس الهدف منه التعسير عليهم، بل التأكد من المقومات الأساسية لبناء أسرة قائمة على أسس صلبة لبقائها واستمرارها وللإحاطة أكثر بمختلف الجوانب المتعلقة بالإذن القضائي لزواج القصر، لا بد من التطرق في هذا الفصل إلى مبحثين أساسين كالآتي:

المبحث الأول: ماهية الإذن القضائي

المبحث الثاني: دور القاضي في منح الإذن بزواج الصغيرات

المبحث الأول : ماهية الإذن القضائي

لقد منح للقاضي سلطة منح الإذن بالزواج، في حالة ما إذا لم تتوفر في المقبل على الزواج شرط السن القانونية، ومتى تبين له أن الزواج فيه مصلحة للطرفين أو وجود ضرورة يتطلب تزويجهما، كما ينبغي على القاضي أن يتأكد من قدرة الطرفين على الزواج، ويلاحظ أن معظم التشريعات لم تتعرض للإذن القضائي بزواج القصر بشيء من التفصيل، لذلك سنحاول إعطاء تعريفا لهذا المصطلح من خلال التطرق إلى مفهوم الإذن القضائي في (المطلب الأول) ولضبط التعريف يتطلب منا في البداية تعريف مصطلح الإذن القضائي لغة واصطلاحا، وذكر الطبيعة القانونية للإذن القضائي(فرع أول) وذكر موقف الفقه والقوانين الوضعية منه (فرع ثاني)، ولدراسة القواعد المتعلقة بمنح الإذن القضائي بزواج القصر تقتضي منا بيان أهم الشروط الواجب توافرها لطلب هذا الإذن لذلك سنتطرق في (المطلب الثاني) لشروط الإذن القضائي، وقسمنا هذا المطلب إلى فرعين تناولنا فيهما (فرع أول) شرطي المصلحة والضرورة، (فرع ثاني) شرط قدرة الطرفان على الزواج.

المطلب الأول : مفهوم الإذن القضائي

لم يمنع المشرع زواج الصغيرات في قانون الأسرة الجزائري وكذلك في القوانين الأخرى بل وضع لها رخصة تخول من هم دون السن القانونية تحت إشراف القاضي حيث يقوم بمنحهم الإذن بالزواج اذا توفرت شروط معينة وهذا ما سنتطرق في هذا المطلب إليه مفهوم الإذن القضائي لغة واصطلاحا وتحدي الطبيعة القانونية (الفرع الأول)، موقف الفقه والقانون منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف الإذن القضائي

لتحديد مفهوم الإذن القضائي يتطلب منا أولا: تعريفه لغويا واصطلاحا ثانيا:تحديد طبيعته القانونية

أولا: تعريف الإذن القضائي

1-تعريف الإذن لغة:

في الشرع فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعا منه شرعا. والإعلام بإجازة الشيء والرخصة فيه، يقال (استأذنه) في كذا: طلب إذنه فيه،[1] لقوله تعالى: **{فلن أبرح الأرض حتى يأذن لي أبي أو يحكم الله لي وهو خير الحاكمين}** [سورة يوسف الآية80].

2-تعريف الإذن إصطلاحا :

الإذن هو رخصة مسبقة تمنحها الإدارة لشخص أو لعدة أشخاص بهدف القيام بعمل أو نشاط عزموا على تحقيقه، والرخصة عبارة عن إجازة تمنحها السلطات المعنية بغية مباشرة بعض المهن. وما يمكن استخلاصه من التعريف الاصطلاحي للإذن القضائي،[2] أنه رخصة أو إجازة تمنح من طرف القاضي المختص للقاصر لتمكينه من القيام ببعض التصرفات كممارسة التجارة أو الزواج.

ثانيا : تحديد الطبيعة القانونية للإذن القضائي

[1]- مجمع اللغة العربية إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، مرجع سابق، ص11 ، 12.

[2]- ابتسام القزام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، سنة1998، ص35.

إن المشرع عندما منح للقاضي سلطة الترخيص بتزويج القصر في نص المادة 7 من قانون الأسرة، لم يحدد الوسيلة الذي يمارس بها القاضي هذه السلطة، وبالتالي لم يحدد طبيعته القانونية، هل يندرج ضمن الأعمال القضائية أم ضمن الأعمال الولائية ؟ وهذا ما سنوضحه.

يعتبر موضوع التمييز بين العمل الولائي والعمل القضائي محل جدل، إذ يرى المذهب الشكلي أن كل عمل صادر من القاضي بناء على عريضة دون تكليف الخصم بالحضور ودون وجود نزاع، ومتى تمتع القاضي بسلطة واسعة غير مقيدة بقواعد إثبات وما يتدخل القاضي إلا لإزالة العائق القانوني الذي وضعه المشرع أمام إرادة الأفراد فهو يعتبر عمل ولائي،[1] أما لو واجه القاضي واقعة ليست من صنع المشرع، وإنما هي من تعارض مصالح الأفراد ولا يمكنهم أخذ حقوقهم بأيديهم، بل عليهم اللجوء إلى القضاء، فإن عمل القاضي يعد عمل قضائي.[2]

تبعا لهذه المقارنة، فإن الترخيص بزواج القاصر يعد من الأعمال الولائية طالما أن سلطة القاضي فيه واسعة في تقدير المصلحة والضرورة والقدرة، وألا نزاع قائم فيه.

الفرع الثاني : موقف القانون والفقه من الإذن القضائي بزواج الصغيرات

بعد تحديدنا لمفهوم الإذن القضائي بزواج القصر وتحديد طبيعته القانونية في (الفرع الأول)، ثار تساؤلنا حول معرفة نظرة كل من الفقه والقانون من منح الإذن بزواج الصغيرات، هذا ما دفعنا للتطرق إلى موقف الفقه والقانون من الإذن بزواج الصغيرات في (الفرع الثاني)، تناولنا فيه أولا موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة من الإذن القضائي وثانيا موقف الفقه الإسلامي والغربي

أولا: موقف القانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة من الإذن القضائي:

[1]– ابتسام القزام، مرجع سابق، ص35 .

[2]– عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 90.

من خلال قراءتنا للاستثناء الوارد في نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، أردنا بيان موقف المشرع الجزائري من خلال منحه سلطة الإذن بزواج القصر للقاضي بعد تحليلنا لنص هذه المادة، وهذا ما سنقوم بتبيانه من خلال النقطة الأولى من هذا الفرع، أما النقطة الثانية خصصت لبيان موقف بعض التشريعات المقارنة من هذا الترخيص.

1_ موقف المشرع الجزائري

ورد في نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري 05-02 ما يلي:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

قد حدد المشرع سن الزواج بتسعة عشرة سنة لكلا الجنسين كأصل عام، ومع حاجة الإنسان للزواج أحيانا، قبل السن القانونية لضرورة أو مصلحة مشروعة إضافة إلى شرط ثالث ألا وهو قدرة الطرفين على الزواج،[1] جاء المشرع باستثناء لهذا الأصل مفاده جواز الترخيص للقاصر بالزواج،وهو ما يسمى بالإذن أو الترخيص بالزواج وهذا الترخيص ليس أمرا مستجدا على المجتمع الجزائري، بل هو معهود مند الأزل.[2]

ومن خلال قراءتنا لنص هذه المادة نجد بأن المشرع منح للقاضي المختص سلطة مطلقة بإعطاء رخصة الإعفاء، كما أنه لم يحدد لنا من هو القاضي المختص بمنح الترخيص هل هو رئيس المحكمة أم قاضي قسم شؤون الأسرة، كما أنه لم يقم بتحديد السن القانوني الذي يتعين على القاضي التقيد به.[3]

هذا وقد منح المشرع الجزائري بموجب المادة 7 الفقرة 2 من نفس القانون أهلية وصلاحية التقاضي أمام الجهات القضائية، فيما يتعلق بآثار عقد الزواج، من نفقة، حضانة،

[1]– عبد الله فاسي، ،مرجع سابق، ص 81.

[2]– عبد الله فاسي، مرجع نفسه، ص 81.

[3]– عبد الله فاسي، مرجع نفسه، ص 81.

إثبات نسب، طلب الطلاق وخلع وغير ذلك،[1] هذا ويشترط لحصول القاصر على هذه الأهلية أن يكون عقد الزواج صحيحا، بمعنى استوفى ركنه وشروط صحته، وبالتالي ليس لأحد أن يدعي صفة الزوجية، أو يطالب بآثار الزواج، إذا لم يثبت زواجه بمحرر مسجل لدى سجلات الحالة المدنية، كما يلاحظ من خلال المادة أن المشرع لم يرتب أي جزاء على مخالفة سن الأهلية، وكل هذا سيتم تفصيله في المبحث الثاني من هذا الفصل.[2]

2_ موقف بعض التشريعات المقارنة

أ- القانون التونسي

لقد أخذ المشرع التونسي بنظام الإذن القضائي بزواج القصر ويتضح ذلك من خلال الفصل 6و5من م أ ش ت، حيث حدد سن الزواج للفتى بعشرين سنة والفتاة بسبع عشرة سنة، كما أن إبرام العقد دون هذا السن لا يتم إلا بإذن من المحاكم ولا يمنحه الحاكم إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين،[3] واستنادا إلى الفصل 6 الذي جاء فيه أن زواج القاصر يتم بموافقة الولي والأم وفي حال الامتناع عن الموافقة على الزواج لزم رفع الأمر للقاضي للترخيص بالزواج كما استوجب المشرع في الفصل السادس الحصول على ترخيص قضائي بزواج القصر كلما لقي هذا وهذه الأخير معارضة من طرف الولي أو الأم رفع الأمر للقاضي،[4] هي الصورة الثانية للإذن القضائي لزواج القصر نص الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية 1964 على :"...فكل من لم يبلغ عشرين سنة كاملة من الرجال وسبع عشرة سنة كاملة من النساء لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على

---

[1]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة 2، دار هومه، الجزائر، سنة 2009، ص 26.

[2]- عبد العزيز سعد، مرجع نفسه، ص26.

[3]- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء 1، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2012، ص 165.

[4]- مجلة الاحوال الشخصية التونسية، الفصل الخامس نقح بالمرسوم عدد1 لسنة 1964، وبالقانون عدد32 لسنة 2007.

إذن خاص من المحاكم ولا يعطى الإذن إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين" ونص الفصل السادس على :" زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم وإن امتنع الولي او الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه".

ب- القانون السوري

حدد المشرع السوري أهلية الزواج للفتى بثمانية عشرة سنة والفتاة بتمام سبعة عشرة سنة في نص المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية، لكن أورد على هذه القاعدة استثناء في نص المادة 18 من نفس القانون حيث منح المشرع للقاضي سلطة الإعفاء من السن القانونية للزواج، للفتى بعد تمام الخامسة عشرة وللفتاة بعد سن الثالثة عشرة سنة إذا طلب أي منهما الزواج ومتى تأكد القاضي من صدق دعواهما ومتى تأكدت القدرة على الزواج، مع اشتراط موافقة ولي أمرهما، ومن خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع السوري أخذ بنظام الإذن القضائي لزواج القصر.[1]

ج- القانون الليبي

نص قانون الأحوال الشخصية الليبي على أنّه: تكتمل أهلية الزواج ببلوغ سن العشرين للمحكمة أن تأذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو ضرورة تقدرها بعد موافقة الولي يلاحظ من خلال المادة أن القانون الليبي لم يتم التفريق بين الرجل والمرأة في تحديد سن الزواج، فحدده بعشرين سنة لكليهما، وفي حالة الضرورة أو المصلحة التي يقدرها القاضي وبموافقة الولي يمكنهما الزواج قبل هذه السن دون أن يحدد المشرع أي سن يمكنهما ذلك.[2]

د- القانون البلجيكي

[1]- نصت المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية السوري على:" تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر". نصت المادة 18:" -1إذا ادعى المراهق بعد اكماله موافقته".الخامسة عشرة وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما-2 إذا كان الولي هو الأب أو الجد اشترطت"

[2]- صالح خالد صالح الشقيرات، مرجع سابق، ص 143.

أعطت المادة 145 من القانون المدني البلجيكي لمحكمة الأحداث، صلاحية تزويج من هم أقل من سن 18 سنة في حالة وجود أسباب خطير ونصت المادة144 على أنه لا يمكن عقد الزواج قبل ثمانية عشر سنة.[1]

هـ- القانون الإسباني

تطرقت المادتان 45و46 من القانون المدني الإسباني، على أنه يمنع زواج الأطفال دون الحصول على إذن قضائي أي أنه يسمح بزواج القاصرين في حالة توفر أسباب وجيهة، ويتوقف هذا الزواج على إذن قضائي وموافقة العائلة.[2]

و- القانون الفرنسي

[1]-Art 144 : « nul ne peut contracter mariage avant dix-huit ans ».

-Art 145 : « le tribunal de la jeunesse peut, pour motifs graves, lever la prohibition de l'article précèdent ».

[2]- Art 45 : « le mariage est interdit :1° au mineur qui n'as pas obtenu l'autorisation … »

-Art 46 : « l'autorisation dont parle le n1 de l'article précèdent doit être accordée aux enfants légitimes par leur père, en cas de décès ou d'empêchement on devra la solliciter dans c'est ordre, celui de mère, des ancêtres paternels et maternels, et, à leur défaut, du conseil de famille ».

جاء في المادتان 145و148 من القانون المدني الفرنسي أنه يمكن لوكيل الجمهورية لمكان إبرام الزواج الإعفاء من شرط السن في حالة توفر أسباب جدية، ولا يتم الزواج في هذه الحالة إلا بموافقة أبوي القاصر.[1]

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي والفقه الغربي

الإذن قد يقضي به الشارع ويكون إما بنص، أو بإجهاد من الحاكم، مع مراعاة القواعد العامة لمقاصد الشريعة، كجلب المصالح ودرء المفاسد، ووجود الإذن من الشارع متعدد الأسباب لتفرع مناحي الشريعة الإسلامية في الحفاظ على كيان الفرد والمجتمع، وللتوسعة والتسيير على العباد، كما للقاضي حق الإذن لأن القضاء من الولايات العامة، والغرض[2] منه إقامة العدل في بعض الحالات التي تكون محل نزاع فيكون لابد من إذن القاضي لنفاذ هذه التصرفات أما بخصوص إذن الولي فالولي هو من له ولاية التصرف على غيره، في الولاية عن النفس أو المال، وذلك لصغر سن أو سفه أو غير ذلك.[3]

هذا على خلاف الشريعة اليهودية التي تخول للأب ولاية تزويج ابنته قبل بلوغ سن الزواج، ولا يتصور زواج الصغير أو الصغيرة في اليهودية قبل بلوغ سن التمييز، ولكن بإمكان الأب تزويج ابنته التي لم تصل حتى إلى سن التمييز.[4]

---

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

-Art 148 : « les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement ».

[2]– وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الموسوعة الفقهية، الجزء الثاني، وزارة الاوقاف والشئون الدينية، الكويت، سنة 1983، ص 378.

[3]– وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، مرجع نفسه، ص378.

[4]– محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 138.

أما في الشريعة المسيحية، تشترط أن يكون المقبل على الزواج مميزا على الأقل وإلا وقع الزواج باطلا ولو رضي به الزوجان وأذن به ولي الصغير أو الصغيرة.[1]

المطلب الثاني : شروط الإذن القضائي

يعد الإذن القضائي بمثابة رخصة قانونية تخول للقاصر الذي لم يصل إلى سن الرشد الزواج ولأهمية هذه العلاقة الشرعية والقانونية التي لها العديد من الآثار في حياة الزوجين على المدى القريب والمجتمع على المدى البعيد فان المشرع حرص على وضع شروط يجب توفرها لضمان بناء أسرة سليمة فاعلة في المجتمع وقد ذكرها على سبيل المثال في المادة 7 من قانون الأسرة و هذا ما سنتناوله من خلال هذا المطلب حيث سنتطرق الى شرطي المصلحة والضرورة في الفرع الاول و مدى قدرة الطرفين على الزواج في الفرع الثاني

الفرع الأول : شرطي الضرورة والمصلحة

رغم حرص القوانين الحديثة على وضع سن أدنى للزواج إلى أنه ولأسباب وظروف استثنائية قد يضطر الأفراد تجاوز السن القانونية لتحقيق مصلحة أو لضرورة دفعا لمفسدة ومن خلال هذا الفرع سنتطرق أولا إلى شرط الضرورة وثانيا إلى شرط المصلحة

أولا: شرط الضرورة

1_ تعريف الضرورة لغة

اسم من الإضطرار، و الاضطرار الاحتياج الى الشيء، و الضرورة أي الحاجة، وقد اضطر إلى الشيء أي اللجوء إليه، وقيل : هي الحاجة الشديدة و المشقة و الشدة التي لا مدفع لها.[2]

2_ تعريف الضرورة اصطلاحا

[1]– محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 139.

[2]– أسامة ذيب مسعود، مرجع سابق، ص24 .

وقد عرفها بعض العلماء المحدثين، منهم الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله : الضرورة اشد درجة ودافعا من الحاجة، فالضرورة هي ما يترتب غلى عصيانها خطر كما في الإكراه الملجأ، وخشية الهلاك جوعا، وتزيد بأي طريق يؤدي للهلاك.[1]

وبمعناها الشامل، هي كما عرفها وهبة الزحيلي بقوله: الضرورة هي أن يطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة، بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال و توابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك واجب أو تأخيره عن وقته، دفعا للضرر عنه في غالب ظنه، ضمن قيود الشرع.[2]

إن المشرع عند ذكره لضرورة في المادة السابعة من ق أج لم يبين هذه الأخيرة وهذا يتضح أيضا لدى باقي التشريعات لكن من خلال العمل القضائي نجد أن القاضي يأخذ بالأسباب الخطيرة باعتبار ضرورة لا يمكن درء مفاسدها الى بالترخيص بالزواج ويتضح ذلك جليا من خلال حرص المشرع على حماية الفتاة من ظاهرة الخطف.

ذلك كما هو معلوم فالفتاة في مجتمعاتنا العربية و الإسلامية تحاط بحماية كبيرة خوفا على عذريتها وشرفها وسمعتها فإذا ما اختطفت واغتصبت فهذا يؤثر كثيرا على سمعتها ومستقبلها، الأمر الذي قد تنجم عنه آثار وخيمة على نفسيتها والتي قد تلاحقها مدى الحياة كما أن هذه الآثار غالبا ما تمتد إلى أسرتها.[3]

ابتداء من سنة 2014 أصبح المشرع يفرق بين خطف الطفل بالعنف وبين خطف الطفل بدون عنف حيث نصت المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: "كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 الى2000 دينار و إذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ الإجراءات المتابعة

[1]– أسامة ذيب مسعود، مرجع سابق، ص25،26.

[2]– اسامة ذيب مسعود، مرجع نفسه، ص26.

[3]– هديات حماس، الحماية الجنائية للطفل الضحية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراء في القانون العام، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2014–2015، ص 55.

الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".[1]

وسبب التخفيف هنا هو انعدام العنف و القوة و الإكراه و التهديد أو اللجوء إلى الغش و التحايل فيرتكب الجاني جريمة الخطف أو يشرع بها تحت موافقة وعدم ممانعة القاصر الذي يجهل مصلحته بعد والذي لا يفهم خطورة ما يتعرض له في مثل هذه الأفعال[2] إلا أن المشرع أضاف في الفقرة الثانية في نفس المادة إعفاء الخاطف من العقوبة متى تزوج هذا الأخير مخطوفته فالنيابة العامة، في هذه الحالة، لا يمكنها أن تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى من الشخص الذي له الحق قانونا في إبطال الزواج، و لعل أخذ المشرع بهذا الحكم مراعاة لمصلحة المخطوفة نفسها، فدفع الخاطف إلى الزواج بها قد يخفف عنها الأضرار المعنوية والنفسية التي أصيبت بها الفتاة نتيجة اختطافها ومناجل انقاد سمعتها أيضا.[3]

كان التشريع الفرنسي القديم المادة 356 من قانون العقوبات يعتبر أيضا الزواج بالمخطوفة يحول دون متابعة الجاني، ولكن لم يعد ينص على هذه الحالة في التعديل الجديد حسب المادة 227_8 من القانون الفرنسي.[4]

لقد أقر المشرع الفرنسي عقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات إذا تم الخطف بدون قوة أو تحايل المادة 227_8 ق ع ف أما إذا تم خط الطفل بالعنف فلم يعد يشكل هذا الفعل جريمة مستقلة بذاتها وإنما اعتبر صغر السن ظرف مشدد ظرف مشدد يعاقب عليه

[1]– الأمر رقم 66_156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون14_01 المؤرخ في 04 فبراير 2014.

[2]– محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر ،سنة 2000، ص69.

[3]– هديات حماس، مرجع سابق، ص61.

[4]– هديات حماس، مرجع نفسه، ص61.

بالسجن المؤبد إذا كانت العقوبة محددة ب30 سنة سجن وب 30 سنة سجن إذا كان معاقب عليها أكثر ب20 سنة وهذا طبقا للمادة 225_5.[1]

ونرى المشرع التونسي تطبيقا لأحكام الفصل 5 م أ ش ت على تعليل مطلب الإذن بالزواج بذكر أسباب خطيرة مختلفة ومن الأسباب الخطيرة المتكررة الإستناد إليها في المطالب الإذن بالزواج الواردة على المحاكم، تعرض الفتاة القاصرة المواقعة برضاها، وحصول حملها، وانطلاق متبعات جزائية ضد من واقعها على معنى الفصل 227 مكرر من م ج، وصيرورته سواء تم إيقافه أم لا مهددا بالسجن إن لم يتزوجها، فأسباب طلب الإذن بالزواج في مثل هذه الحالة تعتبر من الخطورة بمكان بالنسبة للفتاة التي تريد تسوية وضعيتها الاجتماعية والنفسية، و الوضعية القانونية لحملها، ولا يتسنى لها ذلك إلا بالزواج الذي يجنبها الفضيحة، ويجنب جنينها متاعب النسب الطبيعي كما تعتبر الأسباب بلا شك خطيرة بالنسبة للجاني، المهدد بقضاء عقوبة سالبة للحرية.[2]

يمنح الإذن في الولايات المتحدة الأمريكية عموما لمن هم في سن 17و ما فوق الحصول على موافقة أحد الوالدين أو القاضي وتسع ولايات، بما في ذلك كنتاكي، ميريلاند بموجب القانون الحالي، تسمح للمسؤولين بالتنازل عن الحد الأدنى لمتطلبات السن للفتيات الحوامل.[3]

ثانيا: شرط المصلحة

1_ تعريف المصلحة لغة

وذكر ابن منظور الوجهين بقوله : المصلحة الصلاح، و المصلحة واحدة المصالح، وفي المصلحة واحدة المصالح مأخودة من الصلاح ضد الفساد، والاستصلاح نقيض الإستفساد فكل ما كان فيه نفع سواء كان بالجلب و التحصيل كإستحصال الفوائد و اللذائذ، أو بالدفع و الإتقاء، كإستباعد المضار و الآلام فهو جدير بأن يسمى مصلحة .

[1]– هديات حماس، مرجع سابق، ص56.

[2]– محمد الحبيب الشريف، مرجع سابق، ص47.

[3]– محمد الحبيب الشريف، مرجع نفسه، ص47.

المصلحة كالمنفعة وزنا ومعنى، تأتي ويراد بها الخير و الصلاح، فهي إما مصدر بمعنى النفع، أو هي اسم للواحد من المصالح.[1]

2_ تعريف المصلحة اصطلاحا

تعريف الخوارزمي يقول: المراد بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع بجلب المنافع ودفع المفاسد عن الخلق.[2]

قال الإمام الغزالي : المحافظة على مقصود الشرع من الخلق الخمسة " أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ومالهم فكل ما يتضمن حفظ الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة.[3]

والمصلحة يجب أن تكون أكيدة وأن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج، وهو ما يجب على القاضي التأكد منه قبل منح الإذن بالزواج،[4] فعليه الإستعانة بظروف طالبي الإعفاء كان تكون الفتاة في حاجة إلى من يعولها، مما قد يجعلها عرضة للإستغلال أو الإنحراف أو تكون يتيمة ذات مال فتكون مطمعا للغير وعلى رأسهم وصيها ويمكن أن تتصور أسباب أخرى مختلفة ومتنوعة، كان تفقد المخطوبة القاصرة أهلها وتصبح في حاجة إلى إبرام الزواج من خاطبها للحصول على سند عائلي وعاطفي ومادي[5]ومن باب المصلحة القوة الجنسية الجامحة وحمل الفتاة عن طريق الشبهة.[6]

---

[1]– ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص462.

[2]– عبد الرحمان بن معمر السنوسي، اعتبار المالات ومراعاة نتائج التصرفات دراسة مقرنة في اصول الفقه ومقاصد الشريعة، الطبعة الاولى دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية،1424 هـ، ص 192 .

[3]– عبد الرحمان بن معمر السنوسي، مرجع نفسه، ص192.

[4]– يعقوب ناظم احمد، (القرائن الطبية واثر المصلحة المرسلة فيها)، مجلة العلوم الاسلامية، العدد 12، العراق، سنة2016، ص532.

[5]– محمد الحبيب الشريف، مرجع سابق، ص47.

[6]– احمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2013 –2014، ص50 .

ولأن المشرع لم يبين هذه المصلحة فهي تستخلص بعد الإستماع إلى أبوي القاصر وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بقولها: من المقرر قانونا أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا أو رأي الطبيب المختص أو إجراء بحث اجتماعي في الموضوع، أو من لقاء قد يتم بين القاضي و القاصر أو القاصرة الراغبين في الزواج[1]

الفرع الثاني: قدرة الطرفين على الزواج

لمنح الإذن القضائي لا يكفي توفر شرطي الضرورة والمصلحة بل يجب أن يكون لكلا الزوجين القدرة الجسدية والعقلية والمادية لتحمل أعباء الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 7 من ق اج وما يراعيه القاضي عند منه الإعفاء وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا الفرع ولإثبات البلوغ وصلاحية القاصر يأمر القاضي عرض المعني بالأمر على الطبيب مختص، ليتأكد من بلوغه وضرره من تأخره في الزواج فشهادة الطبيب أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي لمنح الإذن بالزواج، ولهذا فان جميع الملفات التي توقع من طرف القاضي في هذا الصدد تتضمن شهادة طبية من طبيب مختص ليتأكد من بلوغه وضرره من تأخره في الزواج.[2]

أولا: الخبرة الطبية

ولهذا يستعين القاضي بالخبرة الفنية والعلمية اللازمة التي عرفها المشرع من خلال الهدف المرجو منها من وراء الأخذ بها وفقا للمادة 125 من ق إ م إ وهو توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي ينسجم النص الجديد مع موقف المحكمة العليا المعبر عنه في إحدى قرارتها.[3]

---

[1]– احمد شامي، مرجع سابق، ص49.

[2]– احمد شامي، مرجع نفسه، ص50.

[3]– بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، الطبعة الثانية، دار بغدادي، الجزائر، 2009، ص131.

" من المقرر قانونا أن دور الخبير ينحصر في المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على فهم الشامل لعناصر القضية فلا يجوز أن ينتدب للقيام بعمل يعد من صميم مهام القاضي مثل إجراء تحقيق وسماع الشهود فمهمة الخبير تقتصر على إبداء رأيه في المسائل الفنية التي يصعب على استقصائها بنفسه دون المسائل القانونية".[1]

وتعد الخبرة الطبية و المتمثلة في الفحص المادة125" تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي فاللجوء إلى الخبرة لا يكون إلا في المسائل التي تتجاوز المعارف العلمية و التقنية للقاضي كالمحاسبة و الطب والهندسة ولا يشمل بأي حال الأسباب القانونية" الفحص الطبي والشهادة الطبية من أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي لمنح الإذن بالزواج وهدا ليس موقف المشرع فقط بل حتى الفقهاء الشريعة الإسلامية إتخدوا نفس الموقف.

إن في اجراء الفحص الطبي قبل الزواج مصلحة راجحة تظهر فيما يلي:

- درء المفاسد ورفع الضرر فالفحص الطبي قبل الزواج قد يطلعنا على أمراض معدية أو وراثية تلحق الضرر بأحد الزوجين أو الأبناء، ومن المقرر في الشريعة أن الضرر يزال لقول النبي لا ضرر ولا ضرار، وبناء على هدا الحديث وضع الفقهاء قواعد تهدف إلى رفع الضرر عن الإنسان[2] ذلك مثل:الضرر يزال وقاعدة :درء المفاسد أولى من جلب المصالح، والدفع أولى من الرفع، أي أن منع حصول الضرر قبل وقوعه أولى من إزالته بعد حصوله.[3]

حيث نصت المادة 7 مكرر من قانون الأسرة على انه يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل

[1]– بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص131 .

[2]– عثمان محمد عبد الحق ادريس، مرجع سابق، ص104.

[3]– المادة 7 مكرر من الامر 05_ 02 المعدل والمتمم للقانون 84_11 المتضمن قانون الاسرة المؤرخ في27 /2005/02.

قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويتضح من خلال هذه المادة حرص المشرع على قيام الزوجين بالفحص الطبي.

مصطلح الفحص الطبي قبل الزواج فيعني في علم الطب: تقديم استشارات طبية إجبارية أو إختيارية للخاطبين المقبلين على الزواج تستند إلى فحوصات مخبرية أو سريرية تجرى لهم قبل عقد الزواج.[1]

ولم يكتفي المشرع بالفحص الطبي بل ألزم الزوجين تقديم شهادة طبية تبين وضعيتهما الصحية وتساعد القاضي في منحه الإذن القضائي الخاص بالزواج بناء على ما تضمنته هذه الأخيرة.[2]

المفهوم الاصطلاحي للشهادة الطبية في الاصطلاح القانوني لقد عرفت الشهادة الطبية بأنّها: سند مكتوب مخصص لمعاينة أو تفسير وقائع ذات طابع طبي كما عرفت بأنّها: الإشهاد الصادر من طبيب بكل المعاينات الإيجابية والسلبية التي تخص الشخص المفحوص، والتي من شانها التأثير بصفة مباشرة أو غير مباشرة على المصالح العامة أو الخاصة لهذا الشخص.[3]

كما عرفها المجلس الوطني لآداب الطب بفرنسا ، حيث جاء فيه : الشهادة الطبية وثيقة تحرر على ورقة موقعة من طبيب، حيث أن موضوعها يتمثل في تدوين عبارات تقنية، لكنها مفهومة حول نتائج طبية متوصل إليها من طرف طبيب خلال فحصه للمريض، أو يشهد فيها عن علاجات قد تم تقديمها لهذا المريض.

ثانيا : البحث الإجتماعي

ويعتمد القاضي بالإضافة إلى الخبرة الطبية كما سبق وبيناه على البحث الاجتماعي لمنحه الإذن بالزواج البحث الاجتماعي والذي يساعد على معرفة مدى استعداد الفتى و

[1]– عبد الحكيم بوجاني، مرجع سابق، ص57.

[2]– سليمان حاج عزام، (المسؤولية القانونية للطبيب عن تحرير شهادات طبية مخالفة للحقيقة)، مجلة الاجتهاد القضائي العدد السابع عشر، سنة 2018، ص 46.

[3]– سليمان حاج عزام، مرجع نفسه، ص46.

الفتاة لإنجاح الزواج المقبلين، عليه كما سيعرف على الحالة الإجتماعية و الثقافية والسلوكية لطالب الزواج إذ أن الزواج يستلزم فقط النضج البدني بل يتطلب النضج الفكري والاستعداد المعنوي لتحمل مسؤولية إنشاء أسرة.[1]

نجد ان المشرع المغربي إعتمد على البحث الاجتماعي من أجل معرفة مدى قدرة القاصر على الزواج حيث يعتبر هذا الإجراء من بين أهم المستجدات التي جاء بها المشرع في م أ م في المادة 20 التي أعطت للقاضي إمكانية الأمر بإجراء بحث اجتماعي قصد التحقيق في طلب الإذن بزواج القاصر بحيث يحرر به محضرا بواسطة[2] أحد أعوان كتابة الضبط وينض من تفاصيل دقيقة حول القدرات النفسية و العقلية للقاصر بالإضافة إلى الحالة المادية والمعنوية ووسطه الاجتماعي وطباعه الشخصية وسلوكه وسيرته الأسرية.[3]

[1]– سفيان صديقي، القاصر بين النص والاكراهات الواقع، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة مولاي اسماعيل سنة 2016 _2017، ص 19.

[2]– سفيان صديقي، مرجع نفسه، ص20.

[3]– سفيان صديقي، مرجع نفسه، ص20.

المبحث الثاني : دور القاضي في منح الإذن بالزواج الصغيرات

بعد تعريف الإذن القضائي بزواج القصر وتحديد طبيعته القانونية وبيان موقف الفقه والقانون منه وشروط الحصول على الإذن القضائي في المبحث الأول، دفعنا في المبحث الثاني إلى تبيان دور القاضي في منح الإذن، فسنتطرق إلى دور القاضي في مراعاة الشروط الشكلية للإذن القضائي في (مطلب أول) دور القاضي في مراعاة الشروط الموضوعية للإذن القضائي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : دور القاضي في مراعاة الشروط الشكلية للإذن القضائي

إن استصدار الإذن القضائي بزواج القصر يتطلب شروطا محددة قانونا، وإتباع إجراءات تحدد لنا القاضي والجهة القضائية المختصة بالنظر في طلبات الحصول على الإذن، لذلك سنحاول التطرق إلى الاختصاص القضائي بإصدار الإذن في (الفرع الأول) ونحدد من هو القاضي المختص(أولا)، والجهة القضائية المختصة(ثانيا)، وتقديم طلب الإذن (فرع ثاني)، ونحاول أن نبين في هذا الفرع شروط تقديم الطلب(أولا) وكذلك شكل الطلب.

الفرع الأول: الاختصاص القضائي بإصدار الإذن

سنقوم في هذا الفرع أولا : بتحديد القاضي المختص بمنح الإذن، ثانيا : تحديد الجهة القضائية المختصة بمنح الإذن.

أولا: تحديد القاضي المختص

عبرت المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى عن حق القاضي في منح الإذن، دون تحديد صراحة القاضي المختص بسلطة الترخيص، أيرجع الاختصاص هنا إلى قاضي شؤون الأسرة أم إلى رئيس المحكمة ؟ للإجابة على هذه الأسئلة، نقول إن الواقع العملي يوكل الاختصاص لرئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالسلطة.

نصت المادة 7 /1 من ق.أ.ج. على:"...وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة..." أو الأوامر الولائية، وأن المنطق والمصلحة الفعلية يقضيان بأن يوكل الأمر لقاضي شؤون الأسرة، لدرايته وخبرته في هذا المجال، مستعينا بآراء المختصين من الأطباء المؤكدة على قدرة المأذون له على تحمل الأعباء الجسمانية والنفسية للزواج وكذا قدرته على التصرف في الأمور،[1] وهذا ما نصت عليه المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة".[2]

كما أن نص المادة 480 من نفس القانون جاء للتأكيد على ذلك حيث ورد: "يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا".[3]

وفق هذا كان بإمكان القول أن القاضي الذي قصده المشرع في المادة 7 من قانون الأسرة هو قاضي شؤون الأسرة، وهذا ما نفهمه عند تصحفنا للمواد 40، 49، 52، 53، 54، 56،55، 57، 79، و3/87 من قانون الأسرة الجزائري.[4]

ثانيا: تحديد الجهة القضائية المختصة

إن تحديد الجهة القضائية المختصة يندرج تحت ما يسمى بتحديد الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة، وقد ورد النص على الاختصاص الإقليمي في المادة 426 الفقرة السابعة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 426 الفقرة السابعة من ق إ م إ بقولها :" تكون المحكمة مختصة إقليميا: ... في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب

[1]– عبد الحكيم بوجاني، مرجع سابق، ص 50، 51.

[2]– المادة 425 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3]– المادة 480 من القانون رقم 08–09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4]– عبد الحكيم بوجاني، مرجع سابق، ص 51.

الترخيص ، ..."[1]، فحسب ما ورد في هذه المادة فإن الترخيص بالزواج من المسائل التي تختص بها المحكمة الموجودة في دائرة اختصاص مكان إقامة طالب الترخيص إلا أن طلب الترخيص لا يحظى غالبا بالقبول، بل يرفض أحيانا، لأسباب يراها القاضي موضوعية. ولا سيما إذا ثار اختلاف بين القاصر ووليه.[2]

الفرع الثاني: طلب الإذن القضائي بالزواج

إن اللجوء إلى القضاء للحصول على إذن لتزويج القاصر يكون بناء على طلب قضائي وسنتطرق من خلال هذا الفرع أولا إلى شروط طلب الإذن وثانيا الى شكل الطلب

أولا: شروط تقديم الطلب

تعد الصفة والمصلحة شرطين أساسين لقبول الدعوى، فلا يمكن اللجوء إلى القضاء ولا يمكن تقديم أي طلب دون أن يتوفر في الطالب الصفة والمصلحة، ويترتب على عدم توافرهما عدم قبول الطلب، ففيما تتمثل الصفة والمصلحة؟

1_ الصفة

الصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي،[3] وتنقسم الصفة بدورها إلى نوعان:

أ-**الصفة العادية** : أو الصفة الموضوعية تعتبر الصفة الموضوعية تلك العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، كصفة الزوج في دعوى الطلاق مثلا،فلا يجوز للولي مثلا أن يرفع دعوى طلاق موليته من زوجها.[4]

---

[1]- المادة 426 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[2]- عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 127.

[3]- بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص34.

[4]- عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 127.

ب-الصفة الإجرائية: وهي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات بنفسه إذا كان راشدا أو قادرا على ذلك، وفي حالة الاستحالة المادية أو القانونية التي لها علاقة مع الأهلية، كعديم الأهلية وناقص الأهلية غير المسموح له بالتقاضي تحال إلى النائب،[1] كما هو الحال في الإذن القضائي بزواج القصر يقدم الطلب من ولي القاصر أو من ينوب عنه لنقص أهليته ويعد هذا شرطا لصحة الطلب، كما أن نصت المادة 11 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة الجزائري السابق ذكرها التي تأكد أن الولي صاحب الصفة، فهو من يتولى زواجها، والولي قد يكون الأب أو أحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له.[2]

2_ المصلحة

يقصد بالمصلحة، المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء،[3] من خصائصها أن تكون المصلحة قانونية ترتكز إلى حق أو مركز قانوني جدير بالحماية القانونية، وأن تكون شخصية كأصل عام واستثناء من هذا الأصل، أجاز المشرع لأشخاص رفع دعاوى رغم عدم توافر مصلحة شخصية، مثل الولي الذي يقاضي لمصلحة موليه عديم أو ناقص الأهلية.[4]

ثانيا : شكل الطلب

ورد في نص المادة 479 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه :" يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة"[5] وبالقياس على هذا النص فإن الإذن الذي يمنح

---

[1]- عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 128.

[2]- نصت المادة 2/11 من القانون 84-11 المتضمن قانون الاسرة على:"...يتولى زواج القصر اولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأوليين والقاضي ولي من لا ولي له".

[3]- بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 38.

[4]- عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 128.

[5]- المادة 479 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من القاضي في زواج القصر يكون أيضا في شكل أمر على عريضة، ولقبول العريضة المقدمة للقاضي يجب أن تقدم حسب نص المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في نسختين، ويجب أن تكون معللة، وتتضمن الإشارة إلى الوثائق المحتج بها،[1] والمتمثلة في:

- شهادة ميلاد أصلية للقاصر.

- شهادة ميلاد أصلية لأبي القاصر أو وليه.

- شهادة ميلاد أصلية للزوج.

- وثيقة تثبت إقامة المعني بالإقليم الخاضع لاختصاص المحكمة التي يقع في إقليمها موطن المعني حسب نص المادة 7/426 ق.إ.م.إ.

- شهادة طبية محررة من طبيب عام يثبت فيها قدرة الزوج القاصر، الجسدية والنفسية على ممارسة الحياة الزوجية بكافة مستلزماتها.

- شهادة الخلو من الأمراض يحررها طبيب مختص.[2]

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن موقف المشرع الجزائري لا يختلف عن بعض التشريعات المقارنة في إجراءات منح الاذن بينما يختلف معهم في البعض الآخر، من بينها التشريع المغربي الذي خول الاختصاص القضائي بإصدار الإذن لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، في مقرر معلل وهذا المقرر غير قابل لأي طعن، يبين فيه المصلحة ويبين الأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع الى القاصر ولأبوي القاصر أو نائبه الشرعي وبعد الاستعانة بخبرة طبية وبحث اجتماعي وتتم موافقة النائب الشرعي مع القاصر على طلب الإذن وذلك بتوقيعهما عليه، هذا يعني أن المشرع المغربي سمح للقاصر تقديم طلب الإذن

[1]- نصت المادة 311 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون إ.م.إ. على: " تقدم العريضة من نسختين. ويجب أن تكون معللة، وتتضمن إشارة الى الوثائق المحتج بها، وإذا كانت العريضة مقدمة بشأن خصومة قائمة، فيجب ذكر المحكمة المعروضة أمامها الخصومة..."

[2]- عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص 89.

له بالزواج،[1] وهذا ما نصت عليه المواد 20 و 21 من مدونة الأسرة المغربية، والملاحظ على المشرع المغربي لم يحدد شكل الطلب غير أنه حسب نص المادة 2/21 يتبين أن هذا الأخير يجب أن يقدم مكتوبا وموقعا عليه.[2]

أما فيما يتعلق بالاختصاص القضائي الترابي، فإن مدونة الأسرة المغربية قد تركت مسألة اختيار المحكمة التي يمكن تقديم طلب الترخيص منها مفتوحة، مما يسمح لقضاة الأسرة، المكلفين بالزواج، بالفصل في مختلف طلبات الزواج المقدمة مهما كان مصدرها، وقد نتج عن هذا مجموعة من الخروقات مما دفع وزارة العدل، أن تطلب من المحاكم فرض الإدلاء بشهادة للسكنى ضمن الوثائق التي يتعين تقديمها في الملف الإداري.[3]

Par contre le législateur français qui stipulait dans les articles 145, 148, que le mariage d'une personne mineure peut être autorisé sous certaines conditions, le mineur pour se marier, doit obtenir :

L'autorisation de mariage exceptionnelle du procureur de la république du lieu de célébration du mariage, cette autorisation est accordée pour des motifs grave (exemple : femme enceinte).

Le consentement de ses père et mère-en cas de dissentiment entre les deux parents, de décès ou de disparition de l'un d'eux, le consentement d'un seul vaut autorisation.

---

[1]- جاء في نص المادة 20 من القانون رقم 03-70 التضمن مدونة الأسرة للملكة المغربية، ما يلي: " لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو اجراء بحث اجتماعي. مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن". وجاء في المادة 21 ما يلي: "زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي. تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد. إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بث قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع".

[2]- المادة 20 و21 من القانون رقم 03-70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المؤرخ في 2004/02/03.

[3]- رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، ما العمل أمام استمرار تزويج الطفلات بالمغرب، إحالة ذاتية رقم 41، الرباط، 2019، ص 14.

Le consentement des ascendants-ou, à défaut, du conseil de famille est enregistré sous forme d'acte authentique par un notaire ou un officier d'état civil, cet acte doit être joint au dossier de mariage du mineur. Il figure en outre sur l'acte de mariage du mineur.

Malgré l'obligation de consentement des ascendants de l'époux mineur, l'audition préalable au mariage se fait hors la présence de ces ascendants[1].

Alors le procureur peut accorder des dispenses d'âge pour des motifs grave, une fois que le mariage est autorisé, les mineurs peuvent se marier de la même façon que les majeurs, et pour les documents il faut faire une demande au procureur en lui exposant les motifs (il faut que les motifs soient assez solides pour que le procureur accepte).[2]

من الملاحظ أن أغلب الإجراءات قد ذكر فيها مصطلح قاصر على سبيل المثال في حين المقصود منها بطبيعة الحال الصغيرة التي هي موضوع دراستنا.

المطلب الثاني: دور القاضي في تقدير الشروط الموضوعية للإذن القضائي

إن التشريعات الوضعية اكتفت بوضع الاستثناء المتعلق بمنح الرخصة بالزواج من هم دون سن الرشد لكنها لم تبين السن الدنيا التي لا يجب على القاضي تجاوزها والحالات التي يجب فيها منح الإذن ولا ومنحه بذلك سلطة تقديرية وهذا ما سنتطرق له من خلال هذا

[1]- رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، مرجع سابق، ص 14.

[2]- Jean-Jacques lemouland, Dalloz action droit de la famille, Dalloz,2020-2021, p 191.

المطلب حيث سنخصص (الفرع الأول) إلى السن الأدنى للزواج في الفقه والقوانين والاتفاقيات الدولية و(الفرع الثاني) السلطة التقديرية للقاضي في مراعاة الشروط.

الفرع الأول : مراعاة القاضي السن الأدنى لزواج

يقصد بتحديد سن الزواج وضع حد أدنى لسن الزواج للذكور و الإناث بحيث لا يسمح للأولياء و لا للقضاة تجاوزه إلى ما هو دونه وقد اختلفت تقدير هذه السن بين الفقه والقوانين والاتفاقيات وهذا ما سنوضحه من خلال هذا الفرع حيث سنتناول أولا موقف الفقه ثانيا موقف القوانين ثالثا موقف الاتفاقيات.

أولا : موقف الفقه

سن الزواج في الشريعة الإسلامية أقل ما قيل في السن التي يمكن بلوغ الفنى فيها التاسعة، وهذا مذهب الشافعية و المالكية ،وعند الحنابلة عشر سنوات، وعند الحنفية اثنتا عشر سنة وأما الفتاة فعند الحنفية تسع سنين وهذا هو الأظهر عند الشافعية و الحنابلة.[1]

لقد أجمع الفقهاء على أن الزواج من حيث مشروعيته جائز و مشروع كما اتفقوا على جواز تقييد المباح لمصلحة واختلفوا في حكم تحديد سن معينة للزواج على مذهبين:

المذهب الأول: جواز تحديد سن الزواج وتقييده بسن معينة وهو ما ذهب إليه ثلة من الفقهاء حيث استدلوا من قوله تعالى: **{و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح وأنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم}** [سورة النساء الآية 06]

والمقصود من هذه الآية هو صلاحية كل من الزوج و الزوجة للزواج وتحمل المسؤولية كما أتاح الشرع لولي الأمر إتخاد كل ما فيه إصلاح لشأن الرعية وفعل ما هو ادعى لحفظ المصلحة العامة بشرط إلا يتعارض ذلك مع نص صريح في الكتاب و السنة

[1]– وزارة الأوقاف والشِؤون الدينية، الموسوعة الفقهية، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، ذات السلاسل، الكويت، سنة 1986 ص192.

فيحق له إصدار قانون بتحديد سن الزواج بسن معينة فان تشريع قانون يحدد سن معينة للزواج لا يعني الحكم ببطلان زواج الصغار أو تحريمه.[1]

المذهب الثاني: استدل أصحاب المذهب المعارضين لتحديد سن الزواج بقوله تعالى: {**ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتوهن ما كتب لهن و ترغبون أن تنكحوهن**}.

حثت الآية الكريمة على الزواج ورغبت فيه دون تحديد سن معينة له حيث أفادت جواز تزويج اليتيمة وهي من لم تبلغ بعد سن البلوغ قوله تعالى أيضا {**أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يإذن به الله**} [سورة الشورى الآية 21]

ويستدل من الآية الكريمة على أن الشريعة لم تضع حدا لسن الزواج ولم يرد نص شرعي بذلك وان قانون تحديد سن الزواج فيه مخالفة للنصوص الشرعية وفيه تبديل وتعديل لما جاء في كتاب الله من إباحة تزويج الصغار.[2]

إن تقييد الزواج بسن معينة أمر مرفوض شرعا و عقلا لاختلاف سن البلوغ من فتاة لأخرى وذلك تبعا لتغير الظروف البيئية المحيطة فبتالي تحديد سن معينة للزواج أمر غير منضبط وغير مستقر ولا يعول عليه.[3]

ثانيا: موقف القانون الجزائري والقوانين الاخرى

1-القانون الجزائري

[1]- سهى ياسين عطا القيسي، مرجع سابق، ص 69.

[2]- سهى ياسين عطا القيسي، مرجع نفسه، ص70.

[3]- سهى ياسين عطا القيسي، مرجع نفسه، ص 71.

المادة 7: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة و المرأة بتمام 18 سنة وللقاضي ان يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"[1]

المادة 7 معدلة ومتممة : "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".[2]

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و إلتزامات *ما* يلاحظ على نص المادة 7 ق أهو إغفال المشرع لتحديد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه وقد حد حدوه المشرع التونسي.

2-القانون التونسي

الفصل خمسة يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية و زيادة على ذلك فكل من يبلغ عشرين سنة كاملة من الرجال و سبعة عشر سنة كاملة من النساء لا يمكنه أن يبرم عقد زواج و إبرام عقد زواج بدون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من الحاكم ولا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة و المصلحة الواضحة للزوجين.

وقد عدل المشرع التونسي السن حيث أصبح ينص في الفصل5 من المجلة"... فكل من لم يبلغ منهما 18 سنة كاملة لا يمكنه إبرام عقد الزواج....."،[3] هذا وقد عرفت بعض التشريعات المقارنة تحديد سن أدنى في حالة الإذن بالزواج كالمشرع السوري و العراقي.

3-القانون السوري

المادة 15من ق أ ش س يشترط في أهلية الزواج العقل و البلوغ و للقاضي الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه،

[1]- المادة7 من القانون رقم11 لسنة 1984، المؤرخ في 1984/6/9.

[2]- المادة 7 من الامر 05_ 02 المعدل والمتمم للقانون 84_11 المتضمن قانون الاسرة المؤرخ في 27 /2005/02.

[3]- الفصل الخامس من الامر عدد 2 سنة 1956، المنشور بتاريخ 1956/08/13.

المادة 16من ق أ ش س تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشر و في الفتاة بتمام السابعة عشرة،

المادة 18 ق أ ش س إذا ادعى مراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشر أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشر وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين صدق دعواهما وإحتمال جسميهما.[1]

4-القانون العراقي

المادة رقم7: يشترط في تمام أهلية الزواج العقل و إكمال الثامنة عشر وللقاضي أن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقليا إذا ثبت بتقرير على أن زواجه لا يضر بالمجتمع و انه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الاخر بالزواج قبولا صريحا.

المادة رقم 8: إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به ،إذا ثبت له أهليته و قابليته البدنية ،بعد موافقة وليه الشرعي، فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فان لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشر من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك و يشترط لاعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي و القابلية البدنية.[2]

وفي الولايات المتحدة تحدد قوانين الزواج حسب الولاية، وهناك 6 ولايات على الأقل تسمح بزواج الفتاة تحت 16 عاما وبموافقة الوالدين، بحسب دراسات وتقارير فإن ولاية 'ماساشوستس' تسمح بزواج الفتاة القاصر التي تبلغ من العمر 12 عاما، فيما يحدد القانون في ولاية[3] 'نيوهامشر' سن الزواج للفتيات بـ 13 عاما وللذكور بـ 14 عاما.

---

[1]- المادة18،16،15 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المؤرخ في 1953.

[2]- المادة 7، 8 من القانون رقم188 المتضمن لسنة 1959 المنشور بتاريخ 1959/01/01.

[3]- انفوغرافيك، ارقام صادمة لزواج القصر في الولايات المتحدة، تاريخ الدخول17:4530/06/2020https://www.skynewsarabia.com

وتسمح ولاية 'المسيسبي' بزواج الفتاة البالغة من العمر 15 عاما وكذلك ولايات 'جورجيا' و'هاواي' و'أيداهو' و'ميزوري'.[1]

ثالثا: موقف الاتفاقيات الدولية

أكدت معظم الاتفاقيات الدولية ضرورة توفر الوعي و النضج و الإرادة السليمة لدى الطرفين وأساس ذلك السن القانوني أو بلوغ الرشد و الطفل و القاصر لا يتوفر لديه هذه الإمكانيات و القدرات لتحمل تلك المسؤوليات لذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ينص في المادة 16 منه على سن الزواج بالنسبة للرجال والنساء، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين ولديهم ألحق في الزواج و تأسيس أسرة.[2]

نصت المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سيداو تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل و المرأة نفس الحق في عقد الزواج. [3]

لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أثر قانوني، و تتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما فيها التشريع، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي إلزامي على أن خطوبة الأطفال وزواجهم ليس لها أي اثر قانوني كما يجب أن تتخذ الدول الإجراءات التشريعية جميعها لتحديد سن أدنى للزواج وتسجيله في سجل رسمي وخرق هذا

---

[1]– انفوغرافيك، ارقام صادمة لزواج القصر في الولايات المتحدة، تاريخ الدخول 17:4530/06/2020 https://www.skynewsarabia.com .

2– الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948، الذي تم اقراره من طرف الجمعية العامة للامم المتحدة في1948 /12/10 بقرار: رقم217 الف (د–3)، وقد صادقت عليه الجزائر طبقا للمادة 11 من دستور1963 الصادر بالجريدة الرسمية رقم64 بتاريخ1963/09/10.

3– اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت و عرضت للتوقيع و التصديق و الانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 24_180، المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاد 13 سبتمبر 1981.

البند يتم إذا كان أحد الزوجين دون سن الثامنة عشر ولم يكتمل نموه الجسدي وبهذا يعد زواجهما زواج أطفال.[1]

و الطفل بموجب م 1 من إتفاقية حقوق الطفل" كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه".[2]

المادة 24 " تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألا يحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية "[3]

المادة 34" تتعهد الدول الأطراف بحماية الطفل من جميع أشكال الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي ولهذه الأغراض تتخذ الدول الأطراف بوجه خاص جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف".[4]

كما نصت إتفاقية الرضا بالزواج و الحد الأدنى لسن الزواج و تسجيل عقود الزواج في مادتها الثانية تقوم الدول الأطراف في هده الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما.[5]

---

[1]–اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، بالقرار المؤرخ في 1989/11/20 من طرف الجمعية العامة للامم المتحدة، تاريخ النفاد 02/09/1990، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 92–06 بتاريخ 1992/11/17 المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية الجريدة الرسمية رقم 83 بتاريخ 1992/11/18.

[2] _ اتفاقية حقوق الطفل، مرجع نفسه.

[3]– ندوة اقليمية حول التزويج المبكر للفتيات في ظل الانتقال الديمقراطي و النزاعات المسلحة ، منظمة ابعاد و المعهد العربي لحقوق الانسان، بيروت، اكتوبر سنة 2015، ص9.

[4]– ندوة اقليمية حول التزويج المبكر، مرجع نفسه، ص9.

[5]– اتفاقية الرضا بالزواج و الحد الادنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، عرضتها جمعية العامة للتوقيع و التصديق، بقرارها 1763 المؤرخ في 7 نوفمبر 1963، تاريخ بدء النفاد 9 ديسمبر 1964.

جاء في البيان الذي أصدرته لجنة الاتفاقية بالأمم المتحدة بمناسبة الذكرى الخمسين للإعلان العالمي لحقوق الإنسان بتاريخ يوليو 1997 ما يلي:

تعتبر اللجنة المادتين 3،16 جوهر الاتفاقية ، ولا يجوز التحفظ الذي ينافي موضوع الاتفاقية وغرضها كما ان التحفظ عليها يعتبر منافيا لأحكام القانون الدولي العام،[1] وإن تعارض المواد 3، 16 وإن التحفظ على المادة 16 الخاصة بالأسرة سواء كان لأسباب قومية أم تقليدية أم دينية، فإنه يعتبر منافيا لموضوع الاتفاقية و غرضها، و بالتالي لابد من سحبه.[2]

كما يدعو المجتمع الدولي إلى وضع حد لتزويج الأطفال في هذا الإطار، كان القضاء على زواج القاصر محور الغاية 3 ضمن الهدف 5 خطة التنمية المستدامة، حيث التزمت الدول الأعضاء في الأمم المتحدة في أفق سنة 2030، ب القضاء على جميع الممارسات الضارة، من قبيل زواج الأطفال والزواج المبكر والزواج القسري،[3] وفي سنة 2014 ذكرت لجنة حقوق الطفل، في ملاحظاتها الختامية على التقريرين الدوريين الثالث والرابع للمغرب، بالعديد من الآثار الضارة لزواج الأطفال وحثت على عدم تخفيض السن الأدنى للزواج إلى 16 سنة، وعلى اتخاذ تدابير ملموسة لوضع حد للزواج المبكر والزواج القسري وتنسجم هده الملاحظة مع الموقف المعبر عنه من طرف اليونيسيف والمنظمات غير حكومية الدولية صدر في 2016 بيانا مشتركا عن لجنة حقوق الطفل و اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة و الممثلة الخاصة للامين العام المعني بمسالة العنف ضد المرأة والمقرر الخاص المعني بالاتجار بالأشخاص لاسيما النساء و المعنية بالعنف ضد الأطفال و المقرر الخاص الأطفال.[4]

[1]– عارف بن احمد الصبري، الزواج المبكر بين حراسة الاسلام و تامر الاتفاقيات الدولية، ص55 .

[2]– عارف بن أحمد الصبري، مرجع نفسه، ص55.

[3]– رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، مرجع سابق، ص17.

[4]– رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، مرجع نفسه، ص17.

هذا البيان الدول إلى رفع سن الزواج إلى 18 سنة للفتيات والفتيان على حد السواء دون استثناء مع توضيح انه لا يمكن تبرير ممارسة تزويج الأطفال بأي أسباب تقليدية أو دينية أو ثقافية أو اقتصادية.

الفرع الثاني: مراعاة القاضي لشروط الإذن القضائي

إن المشرع لم يبين في نص المادة 7 من ق أ ج بخصوص الإذن القضائي فيما يخص الشروط الواجب توفرها بل جعلها سلطة تقديرية للقاضي يراعي من خلالها توفر الشروط حسب كل حالة وهذا ما سنتناوله من خلال هذا الفرع أولا مدى توفر شروط الإذن القضائي ثانيا السلطة التقديرية للقاضي في منح الإذن

أولا: مدى توفر شروط الإذن

وما يمكن قوله أن تقدير المصلحة والضرورة يتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص التي هي مناط للترخيص، وإلا يعطي الترخيص إلا إذا كانت دواعي المصلحة والضرورة ثابتة،[1] هذا إضافة إلى المصلحة والضرورة التي تقدر لمنح الترخيص، والتي يختلف تقديرها من قاض إلى آخر فما يعتبر ضرورة عند أحدهم، قد لا يعد كذلك عند الآخر، ناهيك عن اختلاف المصلحة والضرورة من منطقة إلى أخرى، على اعتبار أن الأعراف والتقاليد و العادات تختلف في ربوع الوطن الجزائري من منطقة لأخرى.[2]

ثانيا: السلطة التقديرية للقاضي

إن المشرع منح سلطة تقديرية واسعة لرئيس المحكمة باعتباره المكلف بالإذن بزواج الفتى والفتاة دون السن المسموح به قانونا بقرار مسبب يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك والمصلحة يجب أن تكون أكيدة وأن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج، وهو ما يجب على القاضي التأكد منه قبل منح الإذن بالزواج.[3]

---

[1]– عبد الحكيم بوجاني، مرجع سابق، ص54.

[2]– عبد الحكيم بوجاني، مرجع نفسه، ص 56.

[3]– احمد شامي، مرجع سابق، ص49.

نجده في كثير من الملفات يأخد في منح الإذن بين الخبرة الطبية والبحث الاجتماعي، في لطار السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها في هذا المجال، أي أنه يستوجب على القاضي ربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي،[1] كما لا يصح له في المقابل أن يتعسف في استعمال سلطته وبذلك يكون المشرع قد منح القاضي ثقة كاملة وصلاحية واسعة لرفض قبول طلبات الإعفاء من السن المحددة قانونا للزواج، دون إلزامه بتسبيب رفضه كما أن القرار الذي يتخذه لا يقبل أي وجه من وجوه الطعن أو المراجعة.[2]

[1]– احمد شامي، مرجع سابق، ص50.

[2]– عبد الحكيم بوجاني، مرجع سابق، ص54.

وفي نهاية هذا البحث نقدم مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات:

أولا: النتائج

تتمثل أهم النتائج التي توصلنا إليها في ما يلي:

1- إن زواج الصغيرات هو زواج كباقي أنواع الزيجات، لا يوجد فيه اختلاف سوى كون العروس صغيرة وليست بهذا المفهوم غير صالحة للزواج كون مسألة الصغر هنا تتعلق بالسن التي فرضتها القوانين فقط.

2- رغم أن زواج الصغيرات كان معروفا منذ القدم إلاّ أنه زادت نسبته خلال الفترة الأخيرة وهذا راجع للتطورات الأخيرة الحاصلة على مستوى العالم الإسلامي والغربي على حد سواء بسبب الأوضاع السياسية والاجتماعية والاقتصادية، مما جعل لهذه الظاهرة العديد من الآثار الإيجابية والسلبية كغيرها من الظواهر.

3- تعد الأهلية القانونية التي فرضها القانون ببلوغ سن الثامنة عشرة من أهم العوائق والمبررات التي يحتج بها لإلغاء زواج الصغيرات، في حين نجد أن الأهلية في الزواج لم تكن يوما مرتبطة بالسن بقدر ارتباطها بعلامات البلوغ التي من خلالها تصبح الفتاة قادرة على تحمل أعباء الزواج.

4- يلعب الولي دورا مهما في زواج الصغيرات وهذا لكونه الأكثر شفقة ومعرفة بمصلحة ابنته، وقد منحت الشريعة الإسلامية ولاية الإجبار له وكذلك باقي الشرائع السماوية وقد اعتدت بعض القوانين كذلك بدور الولي في تزويج الصغيرات.

5- باعتبار الصغيرات وفق القانون لا يتمتعن بالأهلية الكاملة لمباشرة التصرفات ومن بينها الزواج، ولحساسية هذا الأخير فقد خص له إجراءات خاصة تحت إشراف القاضي متمثلة في الإذن القضائي.

6- يعتبر الإذن القضائي الوسيلة القانونية التي يتأكد من خلالها القاضي مدى توفر شرط الضرورة والمصلحة والتي تختلف من مجتمع إلى آخر ويكون للقاضي الدور البارز في مراعاتها بعد أخد رأي الولي.

ثانيا: التوصيات

1- يجب الأخذ بروح النصوص الفقهية وما جاء فيها حول السماح بزواج الصغيرات لما فيه من نفع ودرء للمفاسد.

2- على المشرع أثناء وضعه قوانين تحدد سن الزواج مراعاة للمصلحة وليس الأخذ بآراء الناعقين الغرب.

3- حماية الصغيرات بمنحهم الحق في بناء أسرة بطريقة شرعية عوض عن لجوئهم لطريقة غير شرعية تلحق الضرر بهن وبالمجتمع.

4- عدم الاستماع والانسياق وراء آراء الهيئات والمنظمات المطالبة برفع سن الزواج لأن هدفها تدمير المجتمع المسلم ومقوماته المتمثلة في الأسرة.

أولا : الملخص باللغة العربية

إن زواج الصغيرات من المواضيع الذي أثير حوله الكثير من الضجة سواء إعلاميا أو من خلال عمل المنظمات والهيئات الغربية والعربية، والتي سعت جميعها إلى رفع سن الزواج وتوحيده وجعله ثمانية عشر سنة رغم أن الشريعة الإسلامية والتي تعد المرجعية الأساسية لقانون الأحوال الشخصية في القوانين العربية عامة، وقانون الأسرة الجزائري خاصة لم تحدد سن معينة للزواج وربطته بالبلوغ الطبيعي للفتاة دون تحديد سن دنيا، وسمحت لوليها بتزويجها مراعاة لمصلحتها لأنّه أدرى بها و رغم كون هذه الأخيرة صالحة لكل زمان ومكان إلى أن تشريعات الدول العربية انساقت إلى توجيهات الغرب ، ووضعت سن أدنى للزواج وعدلت قوانينها مع ما يتماشى ومنظور الغرب الذي نجده هو نفسه لم يتقيد بها في قوانينه وهذا ما نلاحظه خاصة في قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، التي تبيح زواج الصغيرات صراحة، ليس هذا فقط بل نجد أن هذا التحديد يؤدي إلى انتشار ظواهر إجتماعية (كأولاد الزنا و الأمهات العازبات)، وهذه الفئة خير دليل على فشل التشريعات المحددة لسن الزواج ولهذا على المشرع أن يعيد النظر في تحديد سن الزواج.

ثانيا : الملخص باللغة الفرنسية

Le mariage des jeunes filles mineures est l'une des questions qui suscite des polémiques que ce soit dans les médias ou à travers les différentes organisations et instances arabes et occidentales qui ont tenté d'unifier et fixer à dix-huit ans l'âge minimum pour le mariage chez cette catégorie.

La charia islamique, qui est la principale référence en matière des lois de l'état civil dans le monde arabe en général et les lois algériennes relatives au code de la famille en particulier, ne spécifie aucun âge pour le mariage ; il est lié à la puberté naturelle de la fille sans aucune spécification d'âge minimum autorisé.

Le tuteur légal est autorisé à marier une fille en prenant en considération l'intérêt de cette dernière sans aucune obligation d'âge.

Bien que les instructions de la charia islamique soient valables tout le temps et partout pour les musulmans, les occidentaux ont fixé un âge minimum pour le mariage, Ils ont adapté leurs lois afin qu'elles soient conformes aux directives de leurs pays.

Mais ces pays n'appliquent pas strictement ces directives à l'instar des Etats Unis qui autorise explicitement le mariage de la jeune fille mineure.

Les phénomènes sociaux tel que les mères célibataires et les enfants illégitimes chez les jeunes filles mineures, qui affectent énormément leurs vies, révèlent l'inefficacité des lois fixant l'âge pour le mariage ce qui implique une révision profonde en la matière.

ثالثا : الملخص باللغة الإنجليزية

The marriage of young girls is one of the topics that caused an uproar ,whether in media or through the work of Western or Arab organizations, which all sought to raise and unify its age and make it eighteen, despite the fact that Islamic law is considered as the main reference for personal status law in Arab laws in general, and Algerian Family law in particular has not determine a specific age of marriage linking it to the normal puberty of the girl without specifying a minimum age , and allowing her parent to marry her taking into account her interest because he knows the best.

Although the latter is valid for every place and time, the legislation of Western countries has been harmonized with the West directives,setting a minimum age for marriage and amending its laws with what is consistent.

And the perspective of the west that we find is not bound by it in its laws,noticing this especially in the United States of America's laws which explicitly permits the marriage of young girls not only in laws but even social phenomena such as children of fornication and single mothers which lasted too much.

This is the best proof of the failure of legislation determining the age of marriage, and the legislator has to reconsider setting the age of marriage.

_القرآن الكريم

_السنة

أولا::المعاجم والقواميس

1. الإمام العلامة أبى الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثاني، دار صادر، بيروت.
2. مجمع اللغة العربية (إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار)، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، سنة2008.

ثانيا: المصادر القانونية

1- الاتفاقيات الدولية

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر سنة 1948، بقرار رقم: 217 ألف(د-3).
2. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، إعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والإنضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر سنة 1966، بقرار رقم: 2200 ألف(د-21)، بدء النفاذ في 23 مارس 1976 وفقا لأحكام المادة 49.
3. إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت و عرضت للتوقيع و التصديق و الإنضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 24_180 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ 13 سبتمبر 1981.
4. إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، بالقرار المؤرخ في 1989/11/20 من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة، تاريخ النفاذ 1990/09/02.

5. اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، عرضتها جمعية العامة للتوقيع والتصديق، بقرارها 1763 المؤرخ في 7 نوفمبر، 1963 تاريخ بدء النفاد 9 ديسمبر 1964.

2- الأوامر والقوانين

1. قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953.

2. القانون العراقي القانون رقم188 المتضمن لسنة 1959 المنشور بتاريخ 1959/01/01

3. القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 24، الصادر في 12 يونيو سنة 1984.

4. القانون رقم 03-70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المؤرخ في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004.

5. الأمر 05- 02 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فيفري سنة 2005، يعدل ويتمم قانون 84-11والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 15، الصادر بتاريخ 27 فبراير سنة2005.

6. مجلة الأحوال الشخصية التونسية (نقح بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 وبالقانون عدد 32 لسنة 2007).

7. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

8. الأمر عدد2 المعدل بموجب القانون عدد39 لسنة 2010 المؤرخ في 2010/07/26

9.الأمر رقم 66_156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون14_01 المؤرخ في 04 فبراير 2014

ثالثا: المراجع باللغة العربية

1- الكتب

1. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية المقارنة، الطبعة 1، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2008.
2. الشيخ وعدنان نجا، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة 1، دار الفكر العربي، بيروت، سنة 1964.
3. الفريد ديات، الوجيز في أحكام الأسرة للطوائف المسيحية في المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2004.
4. أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد النكاح دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، سنة 2011.
5. ألفة يوسف، حيرة مسلمة في الميراث والزواج والمثلية الجنسية، الطبعة الثالثة، دار سحر للنشر، سنة 2008، ص113.
6. إبتسام القزام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، سنة 1998.
7. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2009.
8. بسام محمود الحافي فقه، الطفولة أحكام النفس دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النوادر، سوريا، 2007.
9. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، الزواج والطلاق، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.

10.بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء 1، أحكام الزواج، الطبعة6، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2012.

11. بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء 1، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2012.

12.بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2013.

13.بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، أحكام الزواج، الطبعة 7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة2017.

14.جمال الضمراني، الولاية في النكاح وحكم الزواج العرفي الطبعة الأولى، دار لنهضة العربية، القاهرة، سنة2007.

15.خليل إبراهيم ملا خاطر، زواج السيدة عائشة ومشروعية الزواج المبكر والرد على منكري ذلك، الطبعة الأولى، دار القبلة للثقافة الإسلامية، المدينة المنورة، سنة 1405هـ.

16. سيد سابق ، فقه السنة ، الجزء الثاني ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان سنة 2008.

17.صادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء 2، الطبعة 1، مؤسسة الريان، بيروت، سنة 2011.

18.عارف بن أحمد الصبري، الزواج المبكر بين حراسة الإسلام وتآمر الإتفاقيات الدولية، دون دار نشر، دون سنة.

19.عبد الرحمان بن معمر السنوسي، إعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات دراسة مقارنة في أصول الفقه ومقاصد الشريعة، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي المملكة العربية السعودية 1424 هـ.

20.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، دار إحياء التراث العربي، لبنان.

21.عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة 2، دار هومه، الجزائر، سنة2009.

22.عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2010.

23.عبد الله عبد الرحمن السعيدي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم 18سنة2005، الطبعة الأولى، الآفاق المشرقة ناشرون، المملكة الأردنية الهاشمية.

24.عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (على وفق أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم)، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، سنة 1990.

25.عثمان محمد عبد الحق إدريس، أحكام المعقود عليها قبل الدخول في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس، القدس، سنة 2011.

26.علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)، الجزء1، الطبعة3، دار البشائر الإسلامية، سنة 2008.

27.علي بودفع، يقين مسلم في الميراث والزواج والمثلية الجنسية وقضايا المرأة، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، سنة 2020.

28.عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، الطبعة الأولى، دار النفائس ،الأردن، سنة 1997.

29.محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة1976.

30.محمد ابو زهرة الاحوال الشخصية دون طبعة دار الفكر العربي سنة 1948.

31.محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتنع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، الرياض، سنة 1427 هـ.

32.محمد شكري سرور، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، دار الفكر العربي، سنة1979-1978.

33.محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2000.

34.محمود بن عمر وبن أحمد الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، الجزء 1، الطبعة 3، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة 1407هـ.

35.ناصر أحمد ابراهيم، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2005.

36.نضال محمد ابو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية،الطبعة الاولى، دار الثقافة، فلسطين ،سنة 2011.

37.وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الطبعة الثانية، الجزء الثامن، طباعة ذات السلال، الكويت، سنة1976.

38.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سنة 1980.

2- الرسائل والمذكرات

1. العيد إبراهيمي، التعسف في إستعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ولاية الزواج والقصر نموذجا، بحث لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، قسم العلوم الإنسانية كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، سنة 2009-2010.
2. آمنة هبيرات ، توثيق عقد الزواج وأثره على أحكام الأسرة، مذكرة ماجيستير، تخصص قانون أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة2015.
3. أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2013 – 2014.
4. إبتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة والعلوم السياسية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، سنة 2011-2012.
5. سفيان صديقي، القاصر بين النص و إكراهات الواقع، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، سنة 2016-2017.
6. سعادي لعلى، الزواج وإنحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2014، 2015.
7. سهى ياسين عطا القيسي، زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج، مذكرة ماجيستير، تخصص شريعة وقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة 2010.
8. عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر،تلمسان، سنة 2013-2014.

9. عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، تخصص قانون خاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2015.

10.قدار مرزوقي، إتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، السنة الجامعية

11.طلال فخري عبد المنعم أبو زينة، أحكام الصغير في مسائل الأحوال الشخصية، رسالة ماجيستير في برنامج القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، سنة 2017.

12.كريمة نزار، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، سنة 2009-2010.

13.محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2015- 2016.

14.محمود لنكار ، الحماية الجنائية للأسرة دراسةمقارنة،رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم فرع القانون الجنائي،كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2010.

15.هديات حماس، الحماية الجنائية للطفل الضحية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2014- 2015.

3_ المجلات

1. إبراهيم رحماني، (تزويج القاصرات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، العدد9، الجزائر.

2. بوسطلة شهرزاد، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، سنة 2007، الجزائر.

3. سليمان حاج عزام، (المسؤولية القانونية للطبيب عن تحرير شهادات طبية مخالفة للحقيقة)، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع عشر، سنة 2018.

4. صالح خالد صالح الشقيرات، (زواج القاصرات بين الشريعة والقانون)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، العدد 2، مينيسوتا–الولايات المتحدة الأمريكية، ديسمبر 2019.

5. عبد الحميد بقة، (ركن الولي في عقد الزواج والاشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 23،

6. عبير سرور، مجلة جامعة دمشق، المجلد 32، العدد الثاني، سنة 2016.

7. علي بودفع، (حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون)، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد4، سنة

8. علي جداي، (السن القانوني للزواج دراسة مقارنة)، مجلة البحوث والدراسات، العدد 16، سنة 2010.

9. ماجد شاكر، (زواج الصغيرات ظاهرة تدهور في العراق)، مقال منشور في جريدة بغداد، العدد 2082،العراق، سنة

10.محمد الحبيب الشريف، (الاذن القضائي بالزواج)، مجلة القضاء والتشريع، سنة1998.

11.مصطفى القضاة، (التبكير في الزواج والآثار المترتبة عليه)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 1، اليرموك، سنة2010.

12.يعقوب ناظم احمد، (القرائن الطبية وأثر المصلحة المرسلة فيها قسم اصول الفقه)، مجلة العلوم الإسلامية، العدد الثاني عشر، العراق، سنة 2016.

4_ الملتقيات والمداخلات العلمية

1. سندس علي عباس ونوزاد صديق سليمان، "حكم زواج القاصرات في الفقه الإسلامي والقانون"، القانون والسياسة وقائع المؤتمر الدولي الثالث للقضايا القانونية، كلية القانون، جامعة ايشك–أربيل، جامعة صلاح الدين، سنة2018.

2. رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، ما العمل أمام استمرار تزويج الطفلات بالمغرب، إحالة ذاتية رقم 41، الرباط، سنة 2019.

3. ندوة إقليمية حول التزويج المبكر للفتيات في ظل الانتقال الديمقراطي والنزاعات المسلحة، منظمة أبعاد والمعهد العربي لحقوق الإنسان، بيروت، سنة أكتوبر 2015 .

5 مواقع الأنترنت

1.فتيحة زماموش زواج القاصرات في الجزائر تزايد مقلق تاريخ الدخول https://www.ultrasawt.com/2020/05/2917:30

2.هبة كامل فوائد الزواج المبكر تاريخ الدخول

https://mawdoo3.com23:3011/06/2020

3.انيس جمعان ظاهرة زواج القاصرات اغتصاب شرعي يحميه القانون باسم الاعراف الاجتماعية تاريخ الدخول 12/06/2020 12:03 https://adenkbr.News

4.انفوغرافيك ، ارقام صادمة لزواج القصر في الولايات المتحدة تاريخ الدخول30/06/2020 17:45 https://www.skynewsarabia.com

رابعا: المراجع باللغة الأجنبية

1- Les lois

1. Code civil espagnol, promulgué le 24 juillet 1889, traduit et annoté A. levé, vice-président du tribunal civil d'Avesnes.
2. Code civil belge, édition 2018, mise à jour le 10 février 2018, la bibliothèque juridique.
3. Code civil français, édition limitée 2020, à jour de la loi de réforme pour la justice du 23 mars 2019 et de la loi pacte du 22 mai 2019, édition DALLOZ.

2- Les livres

1. Jean-Jacques lemouland, Dalloz action droit de la famille, Dalloz,2020-2021, p 191.

3- Les articles

1. Child Mariage in the United States and Its Association with Mental Heathin Women Yann Le Strat, Caroline Dubertret and BernardLe Foll *Pediatrics* 2011.

البيـــــــــــــــــان	رقم الصفحة
مقدمة	أ-هـ
الفصل الأول: زواج الصغيرات في الفقه والقانون	6
المبحث الأول: ماهية زواج الصغيرات و أسبابه و الآثار المترتبة عنه	7
المطلب الأول: مفهوم زواج الصغيرات	7
الفرع الأول: تعريف زواج الصغيرات	11-8
أولا: تعريف الزواج	14-12
ثانيا: تعريف الصغيرة	14
الفرع الثاني: موقف الفقه من زواج الصغيرات	20-14
أولا: موقف الفقه الإسلامي	22-21
ثانيا: موقف الفقه الغربي	22
المطلب الثاني: أسباب زواج الصغيرات و الآثار المترتبة عليها	22
الفرع الأول: أسباب زواج الصغيرات	22
أولا: أسباب إجتماعية و دينية	26-22
ثانيا: أسباب إقتصادية و سياسية	28-26
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن زواج الصغيرات	28
أولا: الآثار الإيجابية	29-28
ثانيا: الآثار السلبية	30-29
المبحث الثاني: شروط إنعقاد زواج الصغيرات	30
المطلب الأول: أهلية الزواج	31-30
الفرع الأول: مفهوم الأهلية	31
أولا: تعريف الأهلية	34-31
ثانيا: أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري	38-34

الفرع الثاني: معايير أهلية الزواج	38
أولا: سن البلوغ	39-38
ثانيا: علامات البلوغ الطبيعية	41-39
المطلب الثاني: رضا الصغيرة و دور الولي في تزويجها	42-41
الفرع الأول: رضا الصغيرة	42
أولا: مفهوم الرضا	45-42
ثانيا: ركنية الرضا في القانون	49-45
الفرع الثاني: دور الولي في تزويج الصغيرة	50-49
أولا: دور الولي في الفقه	55-50
ثانيا: دور الولي في القانون	61-55
الفصل الثاني: الشروط الإجرائية لزواج الصغيرات و دور القاضي فيها	62
المبحث الأول: ماهية الإذن القضائي	63
المطلب الأول: مفهوم الإذن القضائي	63
الفرع الأول: تعريف الإذن القضائي	64
أولا:تعريف الإذن	64
ثانيا: تحديد الطبيعة القانونية للإذن القضائي	65
الفرع الثاني: موقف القانون والفقه من الإذن القضائي بزواج الصغيرات	65
أولا: موقف القانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة من الإذن القضائي	69-66
ثانيا: موقف الفقه الإسلامي و الفقه الغربي	70
المطلب الثاني: شروط الإذن القضائي	70
الفرع الأول: شرطي الضرورة والمصلحة	71
أولا: شرط الضرورة	74-71
ثانيا: شرط المصلحة	76-74
الفرع الثاني: قدرة الطرفين على الزواج	76
أولا: الخبرة الطبية	78-76

ثانيا: البحث الإجتماعي	79-78
المبحث الثاني: دور القاضي في منح الإذن بالزواج الصغيرات	80
المطلب الأول: دور القاضي في مراعاة الشروط الشكلية للإذن	80
الفرع الأول: الإختصاص القضائي بإصدار الإذن	80
أولا: تحديد القاضي المختص	81-80
ثانيا: تحديد الجهة القضائية المختصة	82-81
الفرع الثاني : طلب الإذن القضائي بالزواج	82
أولا: شروط تقديم الطلب	83-82
ثانيا: شكل الطلب	87-84
المطلب الثاني: دور القاضي في تقدير الشروط الموضوعية للإذن القضائي	87
الفرع الأول: مراعاة القاضي السن الأدنى لزواج	87
أولا: موقف الفقه	89-87
ثانيا: موقف القانون الجزائري والقوانين الاخرى	90-89
ثالثا: موقف الاتفاقيات الدولية	93-91
الفرع الثاني: مراعاة القاضي لشروط الإذن القضائي	94
أولا: مدى توفر شروط الإذن	94
ثانيا: السلطة التقديرية للقاضي	95-94
الخاتمة	97-96
الملخص	100-98
قائمة المراجع	110-101
فهرس المواضيع	113-111