وزارة التعليـم العالي والبحث العلمـي
جـــامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كليـة الحقـوق و العلـوم السياسيـة
قســم الحقوق

الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية
فـــي
الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

مذكـــرة مقدمـــة لنيـــل شهادة الماجستيـــــر فـي القانـون

شعبة: القانون الخاص تخصص: قانون شؤون الأسرة

إعداد الطالبة: إشراف الأستاذ الدكتور:

إبتســـام ملّيط منصور رحماني

أمام لجنـــة المناقشـــة:

الإسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د/ عيســـى حـــداد	أستاذ محاضر قسم - أ	جامعة عنابة	رئيسا
أ.د/ منصور رحماني	أستاذ التعليم العالـــي	جامعة سكيكدة	مقررا
د/ علـــــي بودفـــع	أستاذ محاضر قسم - أ	جامعة سكيكدة	عضوا مناقشا
د/ فريدة بلفـــــراق	أستاذة محاضرة قسم - أ	جامعة باتنة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2011/2012

وزارة التعليــم العالي والبحث العلمــي

جـــامعة 20 أوت 1955 سكيكـدة

كليــة الحقـوق و العلــوم السياسيــة

قســم الحقوق

الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية

فـــي

الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

مذكـــرة مقدمـــة لنيـــل شهادة الماجستيـــــر فـي القانـون

شعبة: القانون الخاص تخصص: قانون شؤون الأسرة

إعداد الطالبة: إشراف الأستاذ الدكتور:

إبتســـام ملّيط منصور رحماني

أمام لجنـــة المناقشـــة:

الإسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د/ عيســـى حـــداد	أستاذ محاضر قسم - أ	جامعة عنابة	رئيسا
أ.د/ منصور رحماني	أستاذ التعليم العالـــي	جامعة سكيكدة	مقررا
د/ علـــــي بودفـــع	أستاذ محاضر قسم - أ	جامعة سكيكدة	عضوا مناقشا
د/ فريدة بلفـــــراق	أستاذة محاضرة قسم - أ	جامعة باتنة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2011/2012

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيم

﴿يَاأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾

سورة النساء: الآية الأولى

كلمة شكر وامتنان

أحمد الله تعـالى وأشـكره على توفيقه إيّاي لاِنجاز هذا العمـل الـذي مـا كان ليتم لولا مشيئته، والصّلاة والسّـلام على سـيّد الأوّلين والآخـرين سـيّدنا محمد, وعلى آله ومن إهتدى بهديـه إلى يوم الدين.

أقـدم شـكري الجزيـل و إمتنـاني العظيم إلى الأسـتاذ **الدكتـــــور: منصور رحماني**؛ على قبوله تشريفي

بالإشراف على هذه المذكرة, وعلى كل ما لقيته من رحابة الصّدر وطول الصّبر، وعلى مجهوداتــه الطيبــة الــتي ذلّلت أمامي الصعاب, بإضاءته الطريق أمامي في كــل مــا يتعلــق بــالبحث، فلــه منّي أصدق التّحيات وأنبلها على ما قدّمـه لي من نصائح ثمينة, وتوجيهات قيّمة.

كمــا لايفوتــني أن أشــكر الأســاتذة الكرام رئيس وأعضاء لجنة المناقشة.

و إلى كل من مـد لي يـد العـون في إنجـاز هـذا العمـل فلهم أخلص شـكري وأعظم إمتناني.

شكرا لكم جميعا وجزاكم الله عني خيرا

إهداء

إلى والديَّ إحساناً و عرفاناَ

إلى أخي عزًّا و اِحتراماَ

إلى أختي شكرًا و اِمتناناَ

إلى زوجي محبةً و وفاءَ

إلى أساتذتي تبجيلاً وتقديرَا

مقدمة

إن النفس البشرية تنطلق في تعاملها مع ذاتهـا من منطلـق تفهمهـا للتربيـة الإسلامية, والتي منها الحب الإيماني السامي الذي يملأ جـوانب الحيـاة الإنسـانية بالعظمة والإعتزاز لهذا الدين القويم، وأن نظرتها إلى الدنيا نظرة وسـيلة للآخـرة وليس نظرة غاية, وأن من هـذه الوسـائل: **الزواج**, فقـد جعله **اللـه** عـز وجـل

وسيلة لتكاثر بـني الإنسـان, بـدليل قولـه: ﴿وَ**اللهُ** جَعَـلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِـكُمْ أَزْوَاجًـا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَة﴾.[1]

فالزواج هو الوسيلة الوحيدة الذي يلتقي فيه الرجل بـالمرأة لقـاء مشـروعا مبنيـا على السـكينة والمـودة, والرحمـة، والألفـة, والانـدماج الـذي يبعث على الاستقرار, فهو كمال روحاني أراده **الله** لعلاقة الرجل بالمرأة ووضـع لـه أحكامـا تؤكد ذلك، وجعله أصلا من الأصـول الاجتماعيـة كمنطلـق لتكـوين الأسـرة؛ اللبنـة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع, والتي إعتنت بها كل التشريعات الدوليـة على إختلاف أنظمتهـا, وتعرضـت لهـا بشـكل مفصـل حسـب طبيعتهـا وخصوصـيتها، بإحاطتها بسلسلة من الضمانات للحفاظ عليها من التشـتت والضـياع, ويكفي في هذا أن **القرآن الكريم** سمى عقد الزواج بالميثاق الغليظ تعظيما له.

وأما الأهـداف المرسـومة للـزواج فتتجلى في قوله **تعالى**: ﴿وَمِنْ آيَاتِـهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾.[2]

فهـذه الأهـداف تتمثـل في المقـام الأول في الحفـاظ على النـوع البشـري بالتناسـل، زيـادة على تحقيـق الراحـة والطمأنينـة والمحبـة والـتراحم بين أفـراد الأسرة لتكون نواةً حقيقيةً للمجتمع الموسّع.

ولما لوحـظ مـا لعقـد الـزواج من الأهميـة في الحالـة الإجتماعيـة؛ من جهـة سعادة البيت وإستقراره أو شقائه، والقدرة على إنجاب نسل قـوي والإعتنـاء بـه, ومن ثم تكوين أسر سليمة صالحة؛ إستوجب الأمر أن يكـون هنـاك قبـل الإقـدام عليه إستعداد كبير لحسن القيام والتعامل مع الآثار المترتبة عنـه؛ هـذه المصـلحة الواضحة تتحقق بالسن التي ألفها أكثر الناس وإطمأنوا إليها.

فإذا ما ألقينا نظرة على الأشخاص نجدهم يختلفون بـإختلاف أحـوالهم الـتي تقوم على توافر أو عدم توافر الأهلية، والمقصود هنا أهليـة الـزواج؛ الـتي حـددها الفقـه الإسـلامي بطريقـة إنفـرد بهـا, وقيـدتها التشـريعات الموضـوعية الحديثـة بضرورة توافر سن معينة.

فلا نجد دليلا شرعيا لا من القرآن ولا من السنة يحدد بصفة دقيقة وواضحة سنا معينة للزواج ذلك أن المسـألة مبنيـة على البلـوغ الجنسـي لا غـير, في حين لجأت القوانين الوضعية لتحديدها ونصت عليها صراحة بموجب قوانينها آخــذة في ذلك بعين الإعتبار ما يتناسب مع أفرادها.

غير أن تحديـد السـن بهـذه الكيفيـة إذا كـان يتماشـى مـع الواقـع ويطـابق الحقيقـة في معظم الحـالات إلا أنـه يخالفهـا في حـالات إسـتثنائية؛ الأمـر الـذي إستلزم معه السماح بإبرام عقـد زواج حـتى ومن دون بلـوغ السـن المحـددة لـه وهذا بناء على أسباب منصوص عليها وخاضع تقديرها حسب كـل دولـة، وهـذا مـا يعرف بالإذن أو الترخيص بالزواج.

[1]- سورة النحل: الآية 72.
[2]- سورة الروم: الآية 20.

فالقوانين الوضعية لم تعامل في هذه المسألة الأشخاص نفس المعاملة, فقضت من جهة بوجود سن محددة للزواج لا يجوز بموجبها الإقدام على هذا الأخير دونها, يقابلها من جهة ثانية إستثناء يراعي مصلحة الأفراد والضرورة التي قد تدفعهم إلى وجوب الإقدام عليه دون لزوم الإنتظار إلى حين بلوغ هذه السن.

إشكالية البحث

بناء على ما سبق إرتأيت البحث في هذا الموضوع إنطلاقا من الإشكالية الرئيسية المطروحة فيه:

ما مدى تكريس الترخيص بالزواج قبل بلوغ السن المحددة له في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة.

ينبثق عن هذا التساؤل تساؤلات فرعية أهمها:

- ما مدى مطابقة أحكام التشريعات الوضعية بالفقه الإسلامي فيما يتعلق بأهلية الزواج.
- ما هي الآلية التي إعتمدتها التشريعات الوضعية في السماح للقاصر بالزواج، وما هي الإجراءات المقررة في سبيل ذلك؟
- ما مدى سلطة القاضي في منح الترخيص بالزواج, وبماذا يُكيّف عمله في هذه الحالة, وما هي الأسس التي يعتمد عليها في ذلك؟
- هل أصاب المشرع الجزائري في عدم تحديده حدا أدنى للإعفاء من سن الزواج, وما موقف التشريعات المقارنة في ذلك؟
- فيما تتمثل الآثار المترتبة عن الترخيص بالزواج, وماذا لو كانت هناك تجاوزات وتمت مخالفة سن الأهلية؛ ما مصير العقد و ما جزاء المخالفة؟

أهمية الموضوع

إلى هنا تتضح أهمية الموضوع نظرا لصلته الوثيقة بالأفراد: ذلك أن المسألة في الأخير تقوم على إبرام عقد زواج يفترض عدم الإقدام عليه إلا بتوفر الأهلية الكاملة, حيث نجد في هذا الإطار التشريع الجزائري على غرار التشريعات الوضعية قد حدد سنا معينة للزواج لايسمح بالنزول عنها كقاعدة وكأصل، إلا أنه في مقابلها لم يأخذ الناس جميعا مأخذا واحدا سواء كانوا ذكورا أو إناثا, وذلك من خلال السماح و الإذن بالزواج قبل اكتمال السن القانونية لمن كانت ظروفه وأحواله تستدعي ذلك يخضع تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي, بمعنى أن الإعفاء من السن يكون مراعاة لمصلحة أو ضرورة لا يمكن أن تفوت بالمنع.

وما يزيد من أهمية الموضوع أنه لو لم يوجد هذا الإستثناء الوارد على عدم إبرام عقد الزواج إلا ببلوغ السن القانونية المحددة، لكان هناك ضيق ولكان هناك مساس بالمصالح الخاصة وبالتالي المصلحة العامة, لأنه إذا كانت الأهلية من جهة هي من المسائل التي تتعلق بالنظام العام حيث لا يمكن إبرام عقد زواج دون مراعاة السن القانونية، فإنه من جهة أخرى نجد أنه ومحافظة على المصالح الخاصة والعامة لابد من الإعفاء من السن ومنح الإذن بالزواج.

أسباب إختيار الموضوع

قمت بإختيـار موضـوع الـترخيص بـالزواج قبـل سـن الأهليـة في الشـريعة الإسلامية والقانون الوضعي على أساس:

- رغبتي الملحة في التطرق إلى موضوع وجدت الدراسات فيـه قليلـة, على الرغم من أهميته البالغة نظرا لصلته الوثيقة بالأفراد.
- ولمـا كـانت هـذه الدراسـات القليلـة قـد عـالجت الموضـوع في التشـريع الجزائـري فقـط إرتـأيت أن أبحث كـذلك في القـانون المقـارن ومعرفـة موقفه من مسألة الترخيص بـالزواج قبـل سـن الأهليـة؛ حيث تقصـدت أن تكون دراستي المقارنة - إلى جانب التشريع الجزائري الذي هو الأسـاس - على ثلاث دول هي: المغرب الأردن وفرنسا.
- السـبب في إختيـاري لهـذه الـدول كـان مـرده الرئيسـي إختلاف البيئـات المناخيـة لهـا والـذي يعـد العامـل الأساسـي الـذي يـؤثر على البنيـة الفيزيولوجية للأفراد، ومن ثم على سن الزواج. فإخترت:
  - ❖ المغرب: لأنني أردت إلى جانب دراسـتي للقـانون الجزائـري أن نأخذ كذلك بدولة من دول المغرب العربي، لمعرفـة هـل مجـرد الجوار بين البلدين يجعـل الأحكـام المتعلقـة بموضـوع الدراسـة نفسها.

إلى جانب دراسـة المغـرب العـربي، لابـد كـذلك من البحث في دولـة من دول المشرق، فإخترت:

- ❖ الأردن: بنـاء على موقعهـا وبيئتهـا المختلفـة تمامـا عن البيئـة الجزائرية.

هذا وستكون الدراسة قاصرة إن لم نتعرض فيها إلى قانون من القـوانين الغربية, فإخترت:

- ❖ فرنسا: كون المشرع الجزائري يتـأثر في بعض الأحيـان بمـا هـو منصوص عليـه في التشـريع الفرنسـي، فهـل الحـال كـذلك في الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية.

- من الأسباب التي دفعتني كذلك لدراسة هذا الموضوع أنه لم يسـبق بحثـه في الجزائر سواء في رسائل دكتوراه أو ماجستير.
- أن الترخيص بالزواج قبل سن الأهليـة في بعض الحـالات و الظـروف أمـر لابـد منـه دفعـا للضـرر وعـدم تفـويت للمصـلحة؛ أردت البحث في هـذه الحـالات و معرفـة الأسـس الـتي يعتمـد عليهـا القاضـي في تقـديره لهـا، خصوصا وأن هذه المعايير تختلف من حيث الزمان و المكـان والأشـخاص، كما تختلف من قاضي لآخـر فمـا يعتـبر ضـرورة عنـد قاضـي لا يعتـبر عنـد الآخر.

أهداف الدراسة

تتجلى الغاية من هذا البحث في الآتي:

- جمع شتات البحوث والدراسات التي تناولت الترخيص بالزواج قبل بلوغ السن المحددة له, قصد الخروج ببحث متكامل يتناول جميع الجوانب المتعلقة به؛ النظرية منها والتطبيقية.
- تبيان آراء الفقهاء، وموقف التشريعات الوضعية من زواج القاصر.
- التوصل إلى معرفة الشروط التي ينبغي توافرها في طالب الترخيص الراغب في الزواج والتي على أساسها يمنح الترخيص من عدمه.{دراسة مقارنة}
- عرض آثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية، والجزاء المترتب على مخالفته.{دراسة مقارنة}
- التوصل إلى جملة من النتائج التي يمكن أخذها بعين الإعتبار حال تعديل قانون الأسرة الجزائري.

المنهج المتبع

نظرا لما سلف ذكره ومحاولة مني الإحاطة بهذا الموضوع إعتمدت المنهج المقارن أساسا حيث أتتبع جملة النصوص القانونية ذات الصلة في القانون الجزائري ومقارنتها بنظرائها من القوانين المقارنة, وتوضيح أوجه الإختلاف وأوجه التماثل بينها.

كما إعتمدت على آليات المنهج التحليلي في عرض الأدلة الشرعية والآراء الفقهية والنصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع، لإستنباط الأحكام المتعلقة منها بالترخيص ثم مناقشتها وإبداء الرأي بشأنها.

إلى جانبه إستعنت كذلك بآليات المنهج الاستقرائي حيث أتتبع جملة النصوص قصد الخلوص إلى نتائج كلية حول السياسة التشريعية المنتهجة في الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية.

صعوبات البحث

واجهت مجموعة من الصعوبات؛ التي عرقلت انجاز البحث والتي ما كان ليبددها إلا توفيق الله تعالى إياي، وما جاد به من أفكار وتشجيع الأستاذ المشرف و غيره من الأساتذة والزملاء ممن ناقشت معهم في الموضوع, وإرادتي في انجاز البحث الذي شكل بالنسبة لي رهانا يجب تحقيقه, خاصة وأن هذا الموضوع لم يتم دراسته كمذكرة ماجستير أو رسالة دكتوراه، فأحسب في نفسي بأنه حتى وإن فشلت في معالجة الموضوع فإنني أكون قد نجحت في التفكير بمعالجته وجلب الإنتباه إلى ما فيه من أسئلة وإشكاليات تستحق البحث والإعتناء العلمي والمعرفي .

فكانت أكثر الصعوبات مواجهة لي قلة المراجع إذ زادت من صعوبة البحث و وتيرة إعداده؛ غير أني حاولت - والحمد لله على توفيقي – أن أجعل من هذه الصعوبات والعراقيل حافزا لي للإجتهاد في إنجاز البحث وإتمام إعداد المذكرة، فأرجو من الله أن يجزيني أجر الإجتهاد.

الدراسات السابقة

من أهم ما كتب في موضوع الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية نجد:

- "**الأهلية في قانون الأسرة الجزائري**" للدكتور عيسى حـداد، (مجلـة العلوم القانونية, سنة1996).
- "**سن الزواج بين الإذن والجـزاء في قـانون الأسـرة الجزائـري**" للدكتور تشوار جيلالي, (المجلة الجزائرية للعلـوم القانونيـة و الاقتصـادية و السياسية, سنة1999).
- "**حماية الطفل عبر الإذن بـالزواج**" للـدكتور تشـوار جيلالي (المجلـة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية, 2000).

إلا أن هذه الدراسات قد أجريت قبل صـدور التعـديل الجديـد لقـانون الأسـرة الجزائري من جهة, وكانت ومقتصرة على التشريع الجزائري فقط دون أن تتعداه إلى القوانين الوضعية من جهة أخرى.

هيكلة الدراسة

للإحاطـة بمختلـف جـوانب الموضـوع, قسـمت الدراسـة إلى أربعـة مبـاحث موزعة على فصلين وتضمنت المذكرة خاتمة وملاحق:

يتضـمن الفصـل الأول: (الأهليـة في عقـد الـزواج ودواعي الـترخيص), حيث قسـمت هـذا الفصـل إلى ثلاثـة مبـاحث؛ تطـرقت لمفهـوم الأهليـة في (مبحث تمهيدي), بعدها درست الأهليـة في عقـد الـزواج في (مبحث أول), تنـاولت بعـده الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في (مبحث ثان).

أما الفصل الثاني فخصصته لدراسة: (آثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهليـة وجزاء مخالفتـه) حيث قسـمت هـذا الفصـل إلى مبحـثين: تطـرقت في (المبحث الأول) لقـانون الأسـرة الجزائـري، أمـا (المبحث الثـاني) فتعرضـت فيـه للقـانون المقارن.

أما الخاتمة فكـانت الخلاصـة العامـة للدراسـة, حيث لخصـت فيهـا الفصـلين وعرضت من خلالها نتائج البحث بالإجابة على التساؤلات المطروحة, وفي الختـام خرجت بمجموعة من الإقتراحات والتوصيات.

وأما الملاحق فتضمنت ما رأيته مفيدا للبحث ومثريـا للموضـوع, وموضـحا أو مدللا لما تضمنته الدراسة.

الفصـل الأول:
الأهلية في عقد الزواج ودواعي الترخيص

دراسة هذا الفصل تكون في ثلاثة مباحث؛

الأول تمهيدي يتم من خلاله التطرق لمفهوم الأهلية, حيث نقوم بتعريفها لغة وإصطللاحا (مطلب أول), وبيان أنواعها (مطلب ثان).

أما المبحث الأول؛ فنـــدرس فيه الأهلية في عقد الـــزواج، ســـواء في الفقه الإسلامي (مطلب أول) أو في القانون الوضعي (مطلب ثان).

أما المبحث الثاني؛ فنتناول فيه الـترخيص بـالزواج قبل سن الأهليـة؛ ويكـون هذا في شقين الأول ندرس فيه الإذن بـالزواج قبل البلـوغ في الفقه الإسـلامي في (مطلب أول)، والثاني نـدرس فيه الـترخيص بـالزواج قبل سن الأهلية في القـانون الوضعي في (مطلب ثان).

مبحث تمهيدي: مفهوم الأهلية

إن دراسة الأهلية كشـرط في عقد الـزواج ومعرفة الإسـتثناء الـوارد عليـه، يســتوجب أولا التعريف به لغة وإصــطلاحا (مطلب الأول), وبيــان أنواعه (مطلب ثاني) على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الأهلية لغة وإصطلاحا

نتعــرض في هــذا المطلب إلى التعريف بالأهلية لغة (فــرع أول)، وتعريفها اِصطلاحا(فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف الأهلية لغة

ورد تعريف "الأهليــة" في اللغة في العديد من المعــاجم، ونظــرا لتقــارب التعــاريف فيها نقتصر على تلك الــواردة في **"لســان العــرب"**, و**"المعجم الوسيط".**

- ففي **لسان العرب**: " لاَ يَجُوزُ أَنْ تَقُولَ أَنْتَ مُسْتَأْهَلُ هَذَا الأَمْرِ وَلاَ مُسْـتَأْهِلٌ لِهَذَا الأَمْرِ، لأَنَّكَ تُرِيـدَ أَنْتَ مُسْـتَوْجِبٌ لِهَـذَا الأَمْـرِ، وَلاَ يَـدُلُّ مُسْـتَأْهَلٌ عَلَى مَا أَرَدْتَ، وَإِنَّمَا مَعْنَى الكَلاَمِ أَنْتَ تَطْلُبُ أَنْ تَكُونَ مِنْ أَهْـلِ هَـذَا المَعْنَى وَلَمْ تُـرِدْ ذَلِـكَ ، وَلَكِنْ تَقُـولُ أَنْتَ أَهْـلٌ لِهَـذَا الأَمْـرِ, وروى أبو حـاتم في كتـاب المـزال والمفسد عن الأصمعي: يُقَالُ اِسْتَوْجَبَ ذَلِكَ وَاسْتَحَقَّهُ، وَلاَ يُقَالُ اسْـتَأْهَلَهُ وَلاَ أَنْتَ تَسْتَأْهِلُ، وَلَكِنْ تَقُولُ هُـوَ أَهْـلُ ذَاكَ، وَأَهْـلٌ لِـذَلِكَ، وَيُقَـالُ هُو أَهْلَـةُ ذَلِـكَ. وَأَهَّلَهُ لِذَلِكَ الأَمْرِ تَأْهِيلاً. وَأَهَّلَهُ؛ رَآهُ لَهُ أَهْلاً".[1]

- كما ورد تعريف الأهلية في **المعجم الوسيط**:
(آهَلَهُ) إِيهَالاً: زَوَّجَهُ. وَ ـ فُلاَنًا للأَمْرِ: صَيَّرَهُ أَهْلاً لَهُ، أَوْ رَآهُ أَهْلاً لَهُ وَمُسْتَحِقًّا.
(تَأَهَّلَ): انْتَهَلَ. وَ ـ لِلأَمْرِ: صَارَ لَهُ أَهْلاً.
(الأَهْلِيَّةُ): مُؤَنَّثُ الأَهْليّ. وَالأَهْلِيَّةُ للأَمْرِ : الصَّلاَحِيةُ لَهُ.[2]

- وهي ذات التعــاريف الــتي وجــدتها في **القــاموس الفقهي (لغة واصطلاحا)** لسعدي أبو حـبيب وفي **معجم النفائس- الوسـيط**، لأحمد أبو حاقة.

الفرع الثاني: تعريف الأهلية إصطلاحا

قال **صاحب كشف الأسرار**: أهلية الإنسان للشيء: صلاحيته لصـدور ذلك الشيء وطلبه منه. وهي في لسان العـرب: عبـارة عن صـلاحيته لوجـوب الحقـوق المشـروعة له أو عليـه,[3] وبالتـالي فالأهلية ملازمة للإنسـان من يـوم ظهـوره في الحيـاة حقيقة أو حكمـا، فيصـير أهلا للإلـزام والالـتزام، بمعـنى أن يكـون الشـخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغـيره، وتثبت له حقـوق قبل غـيره، فـإذا صـار شخصا أهلا لثبوت الحقـوق المشـروعة له وثبـوت الحقـوق المشـروعة عليـه, وأهلا لأن يلـتزم بحقوق ينشىء أسبابها القولية ويوجدها؛ كانت عنـده الأهلية بجزأيها أو كـانت عنـده ما يسمى في عرف الفقه " أهلية الأداء".[4]

---

[1] - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب**، د ط، المجلد الحـادي عشـر، دار صـادر، دار بيروت، بيروت, 1968، ص30.

[2] - إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، وآخرون، **المعجم الوسيط**، الطبعة الثانية, دار عارف، مصر، 1972, ج1, ص 31- 32.

[3] - علاء الدين البخاري، **كشف الأسرار عن أصول فجر الإسلام**, البزدوي، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت,1997، ج2, ص 1357.

[4] - محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 261.

الأهلية في **التعريفات للجرجاني** هي: "صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه".[1]

كما عرفها **محمد مصطفى شلبي** بأنها: " صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا، لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات ويصح منه التصرف".[2]

وعرفها **محمد صبري السعدي** بأنها "صلاح الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك".[3]

وعرفها **محمد سراج** بأنها: " الصلاحية لثبوت الحقوق والإلتزامات في الذمة".[4]

من خلال ما سبق نجد أن كل التعاريف تدور حول ثبوت الحقوق ووجوب الالتزامات، حتى نقول عن الشخص أنه يتمتع بالأهلية.

هذا وقد ذهبت الكثير من التشريعات الوضعية إلى النص على مبدأ جوهري ضمن الأحكام العامة للأهلية,[5] مفاده أن الشخص في الأصل كامل الأهلية، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 40 و 78 من القانون المدني على الترتيب:

" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية, و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية, وسن الرشد 19 سنة كاملة".

" كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".[6]

كما نص على هذا المبدأ القانون المدني الفرنسي في المادة 1123:

Art. 1123 *Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.*

Art. Crée par loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.[7]

وكذا القانون الأردني في نص المادة 34 الفقرة الأولى:

"كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، لا يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".[8]

إضافة إلى نص المادة 116 من نفس القانون، حيث جاء فيها:

---

[1] - الشريف أبي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي, **التعريفات**، ط2, دار الكتب العلمية, بيروت, 2002 ص43.

[2] - محمد مصطفى شلبي، **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي**، د ط، دار تأليف، القاهرة، 1956, ص 307.

[3] -- محمد صبري السعدي، **النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، د ط، دار الكتاب الحديث الجزائر، 2003، ص 163.

[4] - محمد سراج، **أصول الفقه الإسلامي**، د ط، دار الجامعة الجديدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998, ص 77.

[5] - منذر الفضل، **النظرية العامة للالتزامات**، الجزء الأول, **مصادر الالتزام**، د ط، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1996, ص 149.

[6] - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005, يعدل ويتمم الأمر 75-- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن **القانون المدني** المعدل والمتمم.

[7] - 2011 -2- 5 / www.legifrance.gouv.fr/affichcodeArticle

[8] - المملكة الأردنية الهاشمية ، **القانون المدني وتعديلاته، قانون مؤقت رقم (43) لسنة 1976**، إعداد مهند أحمد الصانوري,2006.

" كل شـــــخص أهل للتعاقد ما لم تســـــلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون".[1]

المطلب الثاني: أنواع الأهلية

من خلال التعاريف السالفة الذكر نجد أن الأهلية قسمان:

أهلية وجوب: *Capacité de jouissance*

أهلية أداء: *Capacité d'exercice*

الفرع الأول: أهلية وجوب

وتسمى عند الفقهاء بالذمة:[2] وهي وصف شـرعي يصـير به الإنسـان أهلا لما يجب له وعليه وهي ثابتة لكل إنسان باعتباره إنسان, من حيث بـدء تكونه جنينا إلى المـوت في جميع أطـوار الحيـاة لأنها مبنية على خاصـية فطرية في الإنسـان,[3] فهو مجموعة من حواس ظاهرة وقوى عاقلة، ونفس باطنة، إقتضى أن يكـون للإنسـان إستعداد خـاص ليس لغـيره من الحيوانـات، وبهـذا الإسـتعداد إسـتأهل للمـوجب له وعليه.

وبالتالي فالذمة: هي الإستعداد الفطري للإنسان، أو هي الخاصية التي مـيز الله بها الإنسان عن سائر الحيوانات، أو هي إنسانية الإنسان.

وليست الذمة الإنسانية وصفا حسيا يدرك بإحدى الحواس، وليست الذمة الإنسانية هي العقل لأن المجنون له ذمة، وإنما هي خاصية الإنسـان الـتي تثبت له من تكوينه الخلقي، وإمتاز بها عن غيره من المخلوقات وبها إستأهل الوجوب له أو عليه.[4]

والذمة عند رجال القانون: مجموع ما للشخص وما عليه من واجبات، بمعنى: من كان أهلا لأن تثبت له الحقوق المشروعة له وعليه فقط، من غـير أن يكـون أهلا للمعاملة بين الناس؛ كان عنده جـزء من الأهليـة، وهي أهلية الوجـوب، والعلة الـتي تتحقق بوجودها وتنتفي بعدمها هي بوجود الإنسان,[5] منذ ولادته حيا حتى وفاته، بل وقد تثبت للجـنين في بطن أمـه، فيكتسب حقوقا من المـيراث أو الوصـية، كما قد تثبت بعد الوفـاة إلى حين تصـفية التركة وسـداد الـديون,[6] ذلك أن التركة إذا كـانت مثقلة بالديون فإنه وحسب ما ذهب إليه المالكية فإن شخصية المتوفى تبقى مجازا حتى تسدد ديونه حماية لحقوق الدائنين، أما الحنابلة في أشهر الروايتين والشافعية فإن التركة تنتقل فور الوفاة ويكون الدين متعلقا بها, أما الحنفية في الرأي الـراجح عنـدهم قـالوا بـأن التركة إذا كـانت مثقلة بـدين غـير مسـتغرق لها فإنها تنتقل فـور الوفاة مع تعلق الدين بها.[7]

---

[1] - المرجع السابق.

[2] - الشريف أبي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي, **التعريفات**, مرجع سبق ذكره, ص245.

[3] - وهبة الزحيلي، **الوسيط في أصول الفقه الإسلامي**، الطبعة الثانية مزبدة ومنقحة ، المطبعة العلمية ، دمشق, 1969, ص171.

[4]- أحمد فراج حسين، **المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي**، الملكية ونظرية العقد، د ط، الدار الجامعية، الإسكندرية 2001, ص208.

[5]- محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، مرجع سبق ذكره، ص 261- 262.

[6]- أنور سلطان، **مصـادر الالـتزام في القـانون المـدني الأردني (دراسـة مقارنـة بالفقـه الإسـلامي)**, ط 1، الدار العلميـة الدوليـة ودار الثقافة، عمان، 2002, ص35.

[7]- أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام, دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلـة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مـع التطبيقـات القضـائية لمحكمـتي النقض والتمييـز**، ط1، الدار العلميـة الدوليـة ودار الثقافـة عمـان 2001, ص93.

من خلال ما سبق نجد بأن أهلية الوجوب متعلقة بحياة الإنسان ووجوده, على هذا الأساس نميز بين أهليته وهو جنين وأهليته بعد ولادته:

* ففي الأولى تكون أهليته ناقصة، وهذا النقص يكون أصليا,[1] بحيث لا تثبت له سوى الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول؛ كالإرث والوصية والاستحقاق في الوقف، أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول كالشراء والهبة لا تثبت له، لأن الجنين ليست له عبارة,[2] وكل هذا بناءً على أن ذمته ناقصة لأنه جزء من أمه, كما أن الحقوق التي أثبتها الشارع له ليست حقوق ثابتة بل هي على خطر الزوال لإحتمال ولادته ميتا.[3]

* أما الثانية فبمجرد ولادة الجنين حيا تصبح له أهلية وجوب كاملة ولا يوجد إنسان فاقد لهذه الأهلية, بناءً على قيام الذمة بصيرورته نفسا، وهو بهذا يصبح شخصا قابلا للإلزام وللالتزام.

خلاصة القول فيما سبق؛ هي أن كل إنسان شخص قانوني تتوفر فيه أهلية الوجوب وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده, بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا في بطن أمه إلى وقت موته، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه.

الفرع الثاني: أهلية أداء:

* وردت في **التعريفات** للجرجاني: تفريغ الذمة.[4]

* عرفها **نبيل إبراهيم** سعد بأنها: "صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية" أو " هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به قانونا".[5]

* كما عرفها **عصام أنور سليم** بأنها: "قدرة الشخص الطبيعي على أن يباشر بنفسه التصرفات القانونية، وهذه القدرة تفترض أنه ذو إرادة عاقلة, ولما كان مدى توافر الإرادة العاقلة في الإنسان يتوقف على ما بلغه من العمر وعلى مدى سلامة قواه العقلية، فإنه من الطبيعي أن يكون تفاوت أهلية الأداء دائرة مع عمره ومع مدى سلامة قواه العقلية."[6]

* أما **الإمام محمد أبو زهرة** فقد ذهب إلى إعتبار أهلية الأداء هي نفسها أهلية المعاملة بمعنى أن يكون الشخص صالحا لاكتساب حقوق من تصرفاته، وإنشاء حقوق لغيره بهذه التصرفات, وهي تقترن في كمالها بالتكليف الشرعي، وحد كمالها هو البلوغ رشيدا.

* كما عرفها **علماء الأصول** تعريفا يعم المعاملات والعبادات فقالوا: "إنها صلاحية الإنسان لأن تصدر عنه أفعال معتبرة شرعا، بحيث يكون مؤاخذا بها، فتصدر عنه تصرفات شرعية ملزمة".[7]

* أما **أحمد فراج حسين** فعرف أهلية الأداء أنها: "صلاحية الشخص للإلتزام بعبارته، وأن يطالب غيره أو يطالبه غيره بما تم عليه التعاقد من آثار

[1]- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات" دراسة مقارنة** ط 1، دار الثقافة، عمان، 2009, ص110.

[2]- وهبة الزحيلي، **الوسيط في أصول الفقه الإسلامي**، مرجع سبق ذكره، ص 173.

[3] - أحمد فراج حسين، **المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي الملكية ونظرية العقد**، مرجع سبق ذكره, ص 211.

[4] - الشريف أبي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي, **التعريفات**, مرجع سبق ذكره, ص246.

[5] - نبيل إبراهيم سعد، **النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام**، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص161.

[6] - عصام أنور سليم، **حقوق الطفل**، د ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2001, ص125.

[7] - محمد أبو زهرة، **أصول الفقه**، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت ن، ص311.

وإلتزامات، وبعبارة أخرى هي صلاحية الشخص لصدور التصرف منه على وجه يعتد به شرعا".[1]

من خلال هـذه التعـاريف – فقها وقانونـا- نجد أن منـاط أهلية الأداء هو التميـيز[2] والإدراك لا مجرد الوجود وإشتراط التمييز أمر طـبيعي حـتى يكـون من الممكن أن تصدر عن الشخص تصـرفات يعتد بها القـانون, ضف إلى ذلك أن التميـيز هـو الـذي يجعل الشخص مدركا لعبارته, فاهمًا ما يقصد بها وما ينتج عنها.[3]

فإذا كان الشخص فاقـدا للتميـيز تماما تكـون أهليته معدومـة، وإذا كـان غـير مستكمل للتمييز يكون ناقص الأهلية, ولا يكـون كامل الأهلية إلا إذا إسـتكمل جميع عناصر التمييز والتقدير بأن يكون بالغا عاقلا راشدا.

العوامل التي تتأثر بها أهلية الأداء :

مناط أهلية الأداء كما أوضحنا هو الإدراك والتمييز، والتميـيز يتـأثر بالسن كما يتأثر بعوارض أخرى قد تصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد، وبالتالي فالأصل في الإنسان كمال الأهليـة, ولكن إسـتثناء قد تكـون أهليته معدومة أو ناقصة إما بسـبب طبيعي (أصلي) أو بسبب طارئ؛ أما السبب الأصلي فيرجع إلى تأثر تمييز الإنسان وإدراكه بحسب مراحل العمر التي يمر بها في حياتـه، وأما السـبب الطـارئ فيعـود إلى أمور عارضة تقع، فتؤدي إلى إختلال في تمييز الإنسـان أو قـواه العقلية ويقـال لها عوارض الأهلية.[4]

نبحث أولا في السن, ثم في عوارض الأهلية:

1- **تـدرج الأهلية مع السن**: يمر الإنسـان بـأدوار أساسـية تتفـاوت فيها أهلية أدائه بين العدم والكمال وهذه الأدوار هي:

* الدور الأول: الجنين؛ ليست له أهلية أداء ذلك أنها ترتبط بالإدراك والتمييز، له فقط أهلية وجوب ناقصة.

* الدور الثاني: الصبي غير المميز؛ هـذا الـدور يبـدأ من واقعة الميلاد وينتهي ببلوغ سن التمييز ويكون للإنسان فيه أهلية وجوب كاملة، إلا أنه يكـون عـديم أهلية الأداء لأنه عديم التمييز.

وسن التمييز في القانون المدني الجزائري هو ثلاثة عشرة (13) سنة، وهـذا طبقا لنص المـادة 42 منه والـتي تنص: **"لا يكـون أهلا لمباشـرة حقوقه المدنية من كان فاقد التميـيز لصـغر في سـنه أو عته أو جنـون. يعتـبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".**[5]

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري حـدد سن التميـيز بـ13 سـنة- بعد أن كان ستة عشرة (16) سـنة قبل تعـديل 2005- حيث أنه في هـذه المرحلة من الحياة يكون الصبي فاقد التمييز وبعبارة أدق يفترض القانون فيه ذلـك, فتكـون أهلية الأداء له معدومة، حتى أهلية الإغتناء[6] لا تثبت له مثل قبول الهبـة، وعلى ذلك

---

[1] - أحمد فراج حسين، **المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد**، مرجع سبق ذكره، ص213.

[2] – علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر, 2007 ص 48.

[3] - أحمد فراج حسين، **المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد**, مرجع سبق ذكره, ص 214.

[4] - عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خـاطر، **شرح القـانون المـدني، مصـادر الحقـوق الشخصـية "الالتزامـات" دراسـة مقارنة** مرجع سبق ذكره, ص115.

[5] - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيـو 2005، يعـدل ويتمم الأمـر رقم 75 – 98 المـؤرخ في 26 سـبتمبر 1975، والمتضـمن **القانون المدني** المعدل والمتمم.

[6] - تنقسم الأعمال القانونية إلى ثلاثة أنواع:

إذا صدر منه تصرف كان تصرفه باطلا طبقا لنص المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري:

"من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".[1]

والذي يتولى مباشرة التصرفات عن الصغير يمثله قانونا الولي أو الوصي أو المقدم، طبقا لنص المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري:

"من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".[2]

هذا وإذا كان سن التمييز في الجزائر هو13 سنة, فإنه وبالرجوع إلى بعض التشريعات العربية نجده محددا في 07 سنوات، نأخذ على سبيل المثال التشريع الأردني.

نصت المادة 14 من القانون المدني الأردني على أنه:

"1- لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

2- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز".

كما نصت المادة 118/03 الفقرة الثالثة منها على: " **وسن التمييز سبع سنوات كاملة**".[3]

وفاقد التمييز ليست له أهلية أداء وبالتالي لا يستطيع مباشرة أي تصرف من التصرفات القانونية ولو كانت نافعة له نفعا محضا كقبول الهبة، وهذا الحكم مستفاذ من نص المادة 117 من القانون المدني الأردني:**" ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة".**

كما هو الحال في القانون المدني الجزائري نجد كذلك؛ أن عديم التمييز بسبب الصغر محجور عن التصرفات لذاته، فلا حاجة لصدور حكم بالحجر عليه من المحكمة حتى تكون تصرفاته باطلة والسبب في ذلك أن إنعدام أهليته واضح للغير ولا حاجة فيه إلى حكم لتأييده, والقانون قد هيأ للصغير من يتولى شؤونه وينوب عنه في التصرف, طبقا لنصي المادتين 46 و123 من القانون المدني الأردني على التوالي: **" يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال في أحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة للشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".**

"ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الصبي الذي نصبته المحكمة".[4]

---

*- أعمال نافعة نفعا محضا: وهي الأعمال التي تؤدي إلى إثراء من يباشرها دون مقابل، ومثالها قبول الهبة ، وقبول الوصية أو إنقاص ديونه دون مقابل، وتسمى أهلية الاغتناء.

*- أعمال ضارة ضررا محضا: ويترتب عليها إفتقار من يباشرها دون مقابل لهذا الإفتقار، وتشمل أعمال التبرع كالهبة بالنسبة للواهب وإبراء الدائن بالنسبة للمدين, والطلاق والعتق والوقف والكفالة بالدين أو النفس.

*- أعمال دائرة بين النفع والضرر: وفيها يأخذ كل من طرفي العقد مقابلا لما يعطي كالبيع والإيجار وهي تحتمل الربح والخسارة. (راجع محمد السعدي صبري، ص 154).

[1] - قانون 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن **قانون الأسرة**, معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] - المرجع السابق.

[3] - المملكة الأردنية الهاشمية ، **القانون المدني وتعديلاته، قانون مؤقت رقم (43) لسنة 1976**، إعداد مهند أحمد الصانوري,2006.

[4] - المملكة الأردنية الهاشمية، **القانون المدني وتعديلاته، قانون مؤقت رقم (43) لسنة 1976**، إعداد مهند أحمد الصانوري,2006.

خلاصة القـول في هـذا الـدور هي أن الصـبي غـير الممـيز تكـون أهلية أدائه منعدمة, ولا تترتب على تصرفاته آثار قانونية شأنه شأن المجنون.

* **الدور الثالث:** الصـبي الممـيز؛ ويبـدأ هـذا الـدور من بلـوغ الصـبي سن التميـيز إلى بلوغه سن الرشـد, حيث تثبت للصـبي الممـيز في هـذه المرحلة أهلية الإغتناء؛ فيبرم التصرفات الـتي تعـود عليه بـالنفع نفعا محضا دون حاجة إلى تـدخل وليه أو وصيه، أما أهلية الإفتقار فمعدومة عنده أصلا. وبالنسبة للتصـرفات الـدائرة بين النفع والضرر؛ فله فيها أهلية أداء ناقصة فـإذا أجراها تقع قابلة للإبطـال وهو ما تعارف عليه الفقه بالبطلان النسبي, أي صحيحة ولكن تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر دون المتعاقد الآخر.[1]

في القانون المدني الجزائـري سن التميـيز محـدد في 13 سـنة, وهـذا طبقا لنص المادة 42 المذكورة أعلاه, أما بالنسـبة لتصـرفات الصـبي الممـيز فقد نصت على أحكامها المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري: "**من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القـانون المـدني تكـون تصـرفاته نافدة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الـولي أو الوصي فيما إذا كـانت مـترددة بين النفع والضـرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".**[2]

حيث جاء في نص المـادة 43 من القـانون المـدني الجزائـري أنـه: **" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سـفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".**[3]

أما بالنسـبة للقـانون المـدني الأردني كما سـبقت الإشـارة وجـدنا أن سن التمييز محدد في سبع سنوات، وبالتالي يبدأ هذا الـدور الثـالث إبتـداء من أول يـوم من السنة الثامنة إلى حين بلوغ سن الرشد وعليه من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد بعد يكـون نـاقص الأهليـة، وأهلية الأداء عنـده تكـون محـدودة بالتصـرفات النافعة نفعا محضـا, حيث تنعقد صـحيحة دون حاجة إلى إذن من أحـد, والتصـرفات الضـارة ضـررا محضا ليس له إجراءها وتقع باطلة ولو أذن له وصـيه أو وليه بـذلك, أما الدائرة بين النفع والضـرر فتنعقد موقوفة على إجـازة الـولي في الحـدود الـتي يجوز فيها له التصرف.

حيث نصت المادة 45 من القانون المدني الأردني:

"ـ **كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون**".

وجاء في نص المادة 118 من نفس القانون أن:

"ـ **1- تصـرفات الصـغير المميز صـحيحة مـتى كـانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا.**

---

[1] ـ محمد صبري السعدي، **النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، مرجع سبق ذكره ص 166- 167.

[2] - قانون 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن **قانون الأسرة**, معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] ـ قانون رقم 05-10 مـؤرخ في 20 يونيـو 2005، يعـدل ويتمم الأمـر رقم 75 – 98 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضـمن **القانون المدني المعدل والمتمم**.

2- أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصـرف إبتـداء أو إجـازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد".[4]

* **الدور الرابع**: البالغ الرشيد؛ الرشد عند جمهـور الفقهـاء هو حفظ المـال وصيانته وحسن إدارته وبعبارة أخرى هو الصلاح في المال لا غـير، وذهب الشـافعية إلى أن إينـاس الرشد هو إصـلاح الـدين والمـال؛ فإصـلاح الـدين: أن لا يـرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة، وإصلاح المال أن يكون حافظا لماله غـير مبـذر لـه, فمن بلغ مصـلحا للمـال فاسـقا في الـدين إسـتمر الحجر عليـه، لأن حفظ الفاسق للمال غير موثوق به، إذ لا يؤمن أن يدعوه الفسق إلى التبذير والإتلاف.
هذا ولما كان بلوغ الرشد يختلف بإختلاف الأشـخاص تبعا لإختلاف بيئـاتهم وتـربيتهم وخبرتهم العملية لم يشأ الشارع الإسلامي ربطه بسن معينة ومحددة تيسـيرا على النـاس، كما أن عـدم تحديد الشـارع الحكيم للرشد سـنا لا يمنع ولي الأمر من أن يحـــددها مـــتى رأى المصـــلحة في ذلك وله أن يزيد فيها أو ينقص منها حسب ما تقتضي به المصلحة وما يكتنف الحياة الاجتماعية من تعقيد أو بساطة.[2]
حيث نجد المشرع الجزائري جعل إكتمال الأهلية ببلـوغ الصـبي سن الرشـد, وحسب نص المادة 40 من القانون المدني نجدها محددة بـ19 سنة كاملة لكل من الرجل والمرأة كما يلي:
"ـ كل شـخص بلغ سن الرشد متمتعا بقـواه العقليـة، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة".[3]

من خلال نص هـذه المـادة نجد أنه إلى جـانب بلـوغ سن الرشد (19 سـنة) وحتى نكـون أمـام شـخص كامل الأهلية فإنه يشـترط كـذلك أن يكـون قد بلغ هـذه السن متمتعا بقـواه العقليـة، فـإذا ما بلغها مجنونا أو معتوها بقيت حاله قاصـرة، وإسـتمرت الولاية على ماله لوليه أو وصـيه حسب الأحـوال وهـذا ما نصت عليه المادة 44 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها:
"ـ يخضع فاقدو الأهلية وناقصـوها بحسب الأحـوال لأحكـام الولاية أو الوصـاية أو القوامة ضـمن الشـروط ووفقا للقواعد المقـررة في القانون".
كما نصت على كمـال الأهلية المـادة 86 من قـانون الأسـرة الجزائـري, حيث جـاء فيها:
"من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتـبر كامل الأهلية وفقا لأحكـام المادة 40 من القانون المدني".[4]
و عليه فـإن البـالغ سن الرشد كامل الأهلية وكامل الإدراك تكـون جميع تصـرفاته صحيحة, سواء كانت نافعة نفعا محضا في حقه أم دائرة بين النفع والضرر أم ضارة ضررا محضا, ما دام متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه.

---

[4] ـ المملكة الأردنية الهاشمية، **القانون المدني وتعديلاته، قانون مؤقت رقم (43) لسنة 1976**، إعداد مهند أحمد الصانوري,2006.

[2] ـ أحمد فراج حسين, **تاريخ الفقه الإسلامي- الملكية ونظرية العقد-**, مرجع سبق ذكره، ص222.

[3] ـ قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75 – 98 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن **القانون المدني** المعدل والمتمم.

[4] ـ قانون 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن **قانون الأسرة**, معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

أما في القانون المدني الأردني فنجد سن الرشد محدد بـ18 سنة شمسية كاملة وفقا للمادة 43 منه: "**كل شخص يبلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية, وسن الرشد 18 سنة** ", كما نصت المادة 44/01: "**لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون**".[1]

بعد دراسة الأهلية – أهلية الأداء – بجميع أطوارها تجدر الإشارة إلى أنه قد تكون هناك حالات يتم فيها ترشيد الصبي المميز، فكما سبق البيان هو ناقص الأهلية؛ بالغ لسن التمييز و دون سن الرشد وهذا في كل التشريعات الوضعية، فهو يتمتع بأهلية أداء قاصرة لأنه يحق له القيام ببعض التصرفات القانونية دون غيرها، غير أن هذه القاعدة العامة يرد عليها إستثناء حيث منح المشرع الجزائري إمكانية الإذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف في أمواله, وهذا ما جاء في نص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري: "**للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناءً على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك**".[2]

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فقد نصت المادة 19 منه على ما يلي:

"1- **للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له، ويكون الإذن مطلقا أو مقيدا.**

2- وإذا توفي الولي الذي أذن للصغير أو إنعزل عن ولايته لا يبطل إذنه".

كما نصت المادة 120 من نفس القانون على ما يلي: "**الصغير المأذون له في التصرفات الداخلية تحت الإذن بمنزلة البالغ سن الرشد**".

ثم أضافت المادة 121 من نفس القانون: "**للولي أن يحجر الصغير المأذون ويبطل الإذن ويكون حجره على الوجه الذي أذن به**".

أما نص المادة 122 من نفس القانون فتقضي بأنه:

"**1- للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند إمتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك.**

2- و للمحكمة بعد الإذن أن تعيد الحجر على الصغير".[3]

من خلال هذه المواد نجد بأن الإذن ممكن أن يصدر من الولي أو من المحكمة، فللولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير إذا أكمل 15 سنة مقررا من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له وهذا الإذن قد يكون مطلقا وقد يكون مقيدا ولا يبطل الإذن إلا إذا توفي الولي الذي أذن للصغير أو إنعزل من ولايته, وللولي بعد صدور الإذن إذا خشي من سوء تصرفات الصغير أن يحجر عليه وأن يبطل الإذن ويكون حجره على الوجه الذي أذن به.

---

[1] - المملكة الأردنية الهاشمية، **القانون المدني وتعديلاته، قانون مؤقت رقم (43) لسنة 1976**، إعداد مهند أحمد الصانوري, 2006.

[2] - قانون 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن **قانون الأسرة**, معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] - المملكة الأردنية الهاشمية، **القانون المدني وتعديلاته، قانون مؤقت رقم (43) لسنة 1976**، إعداد مهند أحمد الصانوري, 2006.

وفي حالة إمتناع الولي عن الإذن يجوز للمحكمة أن تأذن للصغير إذا رأت أن إمتناع الولي ليس له ما يبرره، وليس للولي أن يحجر على الصغير بعد ذلك, أما المحكمة فلها بعد الإذن أن تعيد الحجر إذا خشيت عليه من تصرفاته.

حكم تصرفات الصغير المأذون الداخلة تحت الإذن هي كتصرفات البالغ سن الرشد ويعني هذا بالتأكيد قدرته على إبرام التصرفات النافعة نفعا محضا والدائرة بين النفع والضرر دون أن تكون موقوفة على إجازة أحد, وأيضا قدرته على إبرام التصرفات الضارة ضررا محضا، كأن يتبرع للغير.[1]

بعد تعرضنا إلى الأدوار الثلاث التي يمر بها الإنسان في حياته وبحسب سنه تجدر الإشارة إلى أن الأهلية من النظام العام, فإذا ما أعطى القانون الأهلية للشخص فإنه لا يجوز الإتفاق على حرمانه منها, كما لا يجوز الإتفاق على إعتبار شخص ما مكتمل الأهلية في حين يعتبره القانون
ناقصها, وهذا ما يعرف بأنها قواعد آمرة إذ لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها أو التعديل في أحكامها، وإلا عد هذا الإتفاق مخالفا للنظام العام وبالتالي يتسم بالبطلان.[2]

فالأهلية من المسائل المتعلقة بالنظام العام لأنها تهم كافة الناس ومصلحتهم, إضافة للجانب الخاص المقرر لمصلحة من وضعت لحمايته,[3] فلا يجوز لشخص مثلا أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء أو أن يتفق على توسيعها أو التقييد منها.

حيث نصت المادة 45 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:
" **ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها**".[4]

جلي من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري على غرار التقنينات العربية قد إعتبر الأهلية من النظام العام وهي قاعدة آمرة تمنع كل شخص التنازل عن أهليته، أو أن يقوم بتغيير أحكامها بالتقييد زيادة أو إنقاصا فيها.

وهذا ما جاء في القانون المدني الأردني، حيث نصت المادة 47 منه على ما يلي:
"ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية، ولا عن أهليته أو التعديل في أحكامها".

بناءً على هذا النص يقع باطلا كل إتفاق على تعديل أهلية شخص, أما إدعاء شخص أهلية ليست له فلا أثر له إلا في حالة الغش, إذ يكون للمتعاقد الآخر الرجوع عليه بالتعويض وهذا ما نصت عليه المادة 134 من القانون المدني الأردني:
" **1- يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد.**

---

[1] ـ عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات " دراسة مقارنة** مرجع سبق ذكره، ص 118.

[2] ـ على على سليمان، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص50.

[3] ـ عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية " الإلتزامات " دراسة مقارنة** مرجع سبق ذكره, ص 114.

[4] ـ قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75 – 98 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن **القانون المدني** المعدل والمتمم.

2- غير أنه إذا لجأ إلى طـرق إحتيالية لإخفـاء نقص أهليته لزمه التعويض."[1]

أي أنه وفقا لهذا النص لا يكفي أن يدعي الشخص كمال الأهلية للرجوع عليه بالتعويض، بل يجب أن يلجأ إلى وسائل تدليسية لإخفاء نقص أهليته كتقديم شـهادة ميلاد مزورة تدل على بلوغه سن الرشد .[2]

كما نصت المـــادة 163/03 من القـــانون المـــدني الأردني على ما يلي: "**ويعتـبر من النظـام العـام بوجه خـاص الأحكـام المتعلقة بـالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث**..."

التمييز بين أهلية الأداء وحالات المنع القانونيـة: هنـاك حـالات يجد الشـخص فيها نفسه كامل الأهلية بالغا لسن الرشد غـير أنه ممنـوع من مباشـرة تصرف من التصرفات لأسباب لا ترجع إلى التميـيز والإدراك، بل تقـوم على أسس أخرى وفيما يلي مجالات المنع القانونية:

- الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القـانون، كـأملاك الدولة فهي محبوسة عن التعامل فيها.

- المنع الخـاص ببعض الطوائف من مباشــرة بعض الأعمــال القانونية ومن ذلك منع القانون رجال القضاء وأعوانهم شراء الحقـوق المتنـازع فيهـا, مـتى كـان النظر في النزاع يدخل في إختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم في دائرتها[3](المادتـان 406 و403 من القـانون المـدني الجزائـري) وبالتـالي فـالمنع قصد به مراعاة مصلحة عامة أو خاصة، ولا يرجع بحال من الأحوال إلى الأهلية.

التمييز بين أهلية الأداء والولاية:

الأصل أن الأعمـال القانونية الـتي يبرمها الشـخص تنتج آثارها في ذمته هـو، فإذا أبرم شـخص عقد معين فـإن آثـار ذلك العقد تنصـرف إليه فقـط، فالأهلية كما سبق القول هي قدرة الشخص على مباشـرة الأعمـال القانونية الـتي تـرتب آثارها بالنسبة إليه, لكن قد يقوم الشـخص بالأعمـال القانونية دون أن يـترتب أي أثر في ذمته بل تنصرف آثارها إلى ذمة شخص آخر كـالولي والوصـي، فالأعمـال القانونية التي يقوم بها تنصرف آثارها في ذمة القاصر وهذه هي الولايـة؛ صـلاحية الشـخص للقيام بالأعمال القانونية الـتي تنتج آثارها في حق الغـير, بينما الأهلية كما رأينا هي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية لتنصرف آثارها في حقه فقط.[4]

إلى جـانب تـأثر الأهلية بالسن وإنقسـامها إلى ثلاثة أدوار, فإنها تتـأثر كـذلك بعوامل أخرى غير السن، إذ قد يتعرض الشخص بعد بلوغه سن الرشد لعـارض من العوارض فيؤثر على أهليته ويـؤثر على تصـرفاته القانونية فيحد منها أو ينقصـها أو يفقدها حسب الأحوال.

---

[1] - المملكة الأردنية الهاشمية، **القانون المدني وتعديلاته، قانون مؤقت رقم (43) لسنة 1976**، إعداد مهند أحمد الصانوري, 2006.

[2] - أنور سلطان، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**- مرجع سبق ذكره, ص36.

[3] - محمد صبري السعدي، **النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، مرجع سبق ذكـره ص 171.

[4] - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 171- 172.

والعوارض جمع عارض، وهي أوصاف تعترض الإنسان فتؤثر في أهليته,[1] أو هي أحوال تعتري الشخص فتنقص عقله أو تفقده بعد كماله,[2] وهذه العوارض في حقيقتها صفات غير ذاتية للإنسان بل طارئة تشوب أهلية الأداء، فيحصل أن يبلغ سن الرشد تام التمييز ولكن يطرأ على تمييزه ما يخل به فتخل تبعا لذلك أهليته، وهذه العوارض هي الجنون، العته، الغفلة والسفه.

سنتطرق بالتفصيل للعارض الأول- الجنون- مع إشارة بسيطة إلى بقية العوارض الأخرى.

الجنون: يعتبر عارضا من العوارض السماوية وهي تلك التي لم يكن للشخص فيها إختيار وإكتساب, ويعرف بأنه آفة تصيب العقل فتذهب به وتنعدم معه بالتالي أهلية الأداء، لأن أهلية الأداء منوطة بالعقل, والمجنون فاقد لعقله والمرجع في ذلك هو خبرة المختصين في الأمراض العقلية وشواهد الحال التي تبدو من الشخص أو تظهر في أعماله وأقواله.[3]

فالجنون إختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب، ويظهر هذا الإختلال في إتيان المجنون أفعالا لا يقصدها أو لا يقصد إحداث نتائجها.[4]

والجنون نوعان: جنون دائم؛ لا يفيق منه صاحبه ليلا ولا نهارا, ويسمى جنونا مطبقا، ومن يصاب به لا يصح منه قول ولا يترتب عليه أثر فهو والصبي غير المميز سواء.

النوع الثاني: جنون متقطع؛ يصيب الإنسان في بعض الأوقات ويزول عنه ويفيق منه في بعضها الآخر, ويختلف الحكم في هذا النوع بإختلاف الحالة التي يكون عليها الشخص، فحين يعرض له الجنون يكون حكمه حكم المجنون جنونا مطبقا، وحين إفاقته ورجوع عقله إلى طبيعته يكون حكمه حكم العاقل الرشيد,[5] حيث تجدر الإشارة هنا أن الجنون نوع غير العته والفرق بينهما أن الجنون مرض يستر العقل، ويحول بينه وبين الإدراك الصحيح ويصاحبه هيجان وإضطراب, أما العته فهو مرض يستر العقل ويمنعه من الإدراك الصحيح ويصاحبه هدوء- فهو نوع من أنواع الجنون بحيث يتميز صاحبه بعدم اللجوء إلى العنف, فهو لا يضرب ولا يشتم- وقد يكون معه تمييز، فالأول كالصبي المميز والثاني كالصبي غير المميز والمجنون دائما كالصبي غير المميز.[6]

أما السفه: فهو عارض يصيب الإنسان في تدبيره فهي حالة تقوم بالشخص تجعله لا يحسن القيام على تدبير ماله فينفق في غير مواضع الإنفاق، فالسفيه عاقل ولكنه غير رشيد لأنه يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع,

---

[1] - محمد سراج، **أصول الفقه الإسلامي**، مرجع سبق ذكره، ص 83.

[2] - محمد أبو زهرة، **أصول الفقه**، مرجع سبق ذكره، ص 316.

[3] - أحمد فراج حسين، **المدخل للفقه الإسلامي تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد**، مرجع سبق ذكره، ص223.

[4] - محمد سراج، **أصول الفقه الإسلامي**، مرجع سبق ذكره، ص83.

[5] - أحمد فراج حسين، **المدخل للفقه الإسلامي تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد**، مرجع سبق ذكره، ص224.

[6] - محمد أبو زهرة، **أصول الفقه الإسلامي**، مرجع سبق ذكره، ص 315.

سواء كان ذلك في وجوه الخير أو الشر,[1] فالسفه لا ينافي الأهلية ولا يخل بمناطها وهو العقل.[2]

أما ذو الغفلة: فهو من لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن لسلامة قلبه.[3]

نص القانون المدني الجزائري في المادة 42/01 على أن العته والجنون يعدمان الأهلية ونص في المادة 43 على أنه من كان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية, أما نص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري فجاء فيها أنه: **"تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافدة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"**, ثم أضافت المادة 101 من نفس القانون أنه: **"من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"** حيث نصت المادة 107 من نفس القانون على حكم تصرفات المحجور عليه: **" تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة, و قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".**[4]

من خلال مجموع هذه النصوص نستخلص أن عوارض الأهلية هي ؛ الجنون, العته ،السفه وذو الغفلة, كذلك نلاحظ أن المشرع في القانون المدني يعتبر الجنون والعته معدمين للأهلية بحيث تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا بل وحتى قبل الحجر عليهما.

أما في قانون الأسرة فنجد أنه يقضي ببطلانها إذا صدرت منهما بعد الحجر عليهما, أما قبل الحكم فهي صحيحة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته ظاهرة وفاشية فتكون حينئذ باطلة, وبالتالي هناك تعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، وبما أن قانون الأسرة لاحق للقانون المدني فلا مناص من القول بأنه هو الذي يعتمد حكمه, وطبقا لنص المادة 43 من القانون المدني يعتبر السفيه وذو الغفلة ناقص الأهلية فقط وتأخذ تصرفاتهما حكم تصرفات الصبي المميز.

أما قانون الأسرة فقد ألحق السفيه بالمجنون والمعتوه ولم يتعرض لذي الغفلة, كذلك وطبقا لنص المادة 101 من قانون الأسرة يلحق السفيه بالمجنون والمعتوه, فتكون تصرفاتهما بعد الحكم بالحجر عليهما باطلة وقبل الحكم صحيحة إلا إذا كانت حالة السفه والغفلة ظاهرة وفاشية وهذا طبقا لنص المادة 107 من نفس القانون.

بهذا نجد بأن أحكام قانون الأسرة تختلف عن أحكام القانون المدني وبالتالي على المشرع تفادي هذه الاختلافات.

أما في القانون المدني الأردني فقد نصت المادة 44 الفقرة الأولى على ما يلي: **" 1- لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"**. من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الأردني جعل صغير السن والمعتوه والمجنون فاقدي التمييز, في حين جاء في نص المادة 128 ما يلي:

---

[1] - محمد صبري السعدي، **النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، مرجع سبق ذكره ص 169.

[2] - أحمد فراج حسين، **المدخل للفقه الإسلامي**، مرجع سبق ذكره، ص 227.

[3] - أنور سلطان، **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**- مرجع سبق ذكره، ص 40.

[4] - قانون 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن **قانون الأسرة**, معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

" 1- المعتوه هو في حكم الصغير المميز.
2-أما المجنـون غـير المطبق فتصـرفاته في حـال إفاقته كتصـرف العاقل."[1]

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الأردني جعل المعتـوه في حكم الصـغير المميز، أما المجنون المطبق الذي يكون مرضه مستمرا فيـدخل في حكم الصـغير غير المميز والمجنون غـير المطبق أي متقطع المـرض فتصـرفاته في حـال إفاقته صحيحة حكمها حكم تصرفات العاقل.

وجاء في نص المادة 527 من نفس القانون:

"1- الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم.
2- أما السـفيه وذو الغفلة فتحكم عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون".

خلاصة القول في هذا المبحث الذي تضـمن الحـديث عن الأهلية وأنواعها هو أن العلاقة المنطقية بين أهلية الوجـوب وأهلية الأداء هي العمـوم والخصـوص المطلق, كالعلاقة بين الحيوان والإنسان لأن الأفراد الذين تثبت لهم أهلية الوجوب يدخل في عمومهم من تثبت لهم أهلية الأداء، فكل من عنده أهلية أداء عنـده أهلية وجـوب والعكس غـير صـحيح , ذلك أن أهلية الوجـوب أعم، إذ قد يوجد من عنـده أهلية وجوب وليس عنده أهلية أداء ولا يوجد من عنده أهلية أداء وليس عنـده أهلية وجوب.

كذلك توصلنا إلى دراسة المراحل التي تمر بها أهلية الأداء وحصـرناها في 3 أدوار تعرضـنا من خلالها إلى الإختلافـات الموجـودة في تحديد سن التميـيز وسن الرشد بين المشـرع الجزائـري وبعض التقنينـات العربيـة, إلا أنهم إتفقوا على أن الأهلية من النظام العام لا يجـوز المسـاس بها أو التغيـير فيها أو التنـازل عنهـا, ثم فرقنا بين الأهلية و حالات المنع القانونية، وبين الأهلية والولاية, وأخيرا تطرقنا إلى العوارض التي يمكن أن تشوب أهلية الإنسان.

تطرقت إلى هذه الحالات العامة في موضوع دراستي نظـرا لعلاقتها الوثيقة بـه, فقبل أن نخـوض في أهلية الـزواج إرتـأيت أن تكـون الإنطلاقة من العمـوم ومعرفته وتحليله حتى نصل إلى الخصوص الذي هو موضوع المبحث الثاني.

المبحـث الأول: الأهلية في عقد الزواج

لما كـان لعقد الـزواج من آثـار: حقـوق وواجبـات تسـتلزم أن يكـون كل من الطـرفين على قـدر من المسـؤولية؛ فإنه يشـترط أن يكـون المتعاقـدين كـاملي الأهلية، فكما سبقت الإشارة أن للإنسان بمجرد ولادته حيا أهلية وجـوب لأنها ترتبط

[1] ـ المملكة الأردنية الهاشمية، **القانون المدني وتعديلاته، قانون مؤقت رقم (43) لسنة 1976**، إعداد مهند أحمد الصانوري, 2006.

بوجوده وتستمر معه حتى الموت، وإن كان الفقهاء يعتبرونها مستمرة إلى حين تسديد ديونه, وببلوغه سنا معينة ومحددة في القوانين الوضعية يكون قد إكتسب أهلية أداء شرط إنتفاء العوارض, وبتمتعه بهذه الأهلية تصبح له القدرة على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، وبالتالي يصبح صالحا لإكتساب حقوق من تصرفاته وإنشاء حقوق لغيره بهذه التصرفات.

إلى هنا نجد بأن الأهلية من المسائل الهامة في عقد الزواج، على هذا الأساس نتعرض لها في الفقه الإسلامي (مطلب أول)، وفي القوانين الوضعية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

إن الأهلية الكاملة في الفقه الإسلامي تثبت للشخص العاقل الراشد الذي لا تعتريه أي عوارض، لأن الرشد شرط أساسي يقيد التصرفات ويفترض في الإنسان ألا يتصرف بعكس ما يمليه عليه عقله، بمعنى أن يكون أدرى تجاه التصرفات التي تصدر منه.[1]

وإذا ما ألقينا نظرة على الكتب الفقهية نجد أنها لا تأخذ في الأصل بفكرة السن في الزواج وإنما بالبلوغ الذي يكون بظهور علامات وأمارات طبيعية أي البلوغ الجنسي, وهذا لإرتباط سائر التكاليف الشرعية به إستنادا لقول رَسُولِ **اللهِ** صَلَّى **اللهُ** عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاَثٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ, وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ, وَعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ".[2]

أهلية الأداء في الفقه الإسلامي تتم وفقا لما يأتي:

- الحلم.
- بلوغ النكاح, والرشد.[3]

وهذا بحسب المعنى الوارد في قوله **تعالى**: "وَابْتَلُوا اليَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ، فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُم".[4]

فدفع المال أو أهلية الأداء الكاملة مشروطة بشرطين لا بد من تحققهما، وهما بلوغ النكاح وإيناس الرشد، هذا وقد ذهب سعيد بن جبير والشعبي والضحاك إلى أنه يعتبر يتيما من لم يأنس رشده, فقد جاء في تفسير القرطبي: " قال سعيد بن جبير والشعبي أن الرجل ليأخذ بلحيته، وما بلغ رشده فلا يدفع لليتيم ماله وإن كان شيخا حتى يؤنس منه رشده", وهكذا قال الضحاك: "لا يعطى اليتيم وإن بلغ المائة سنة حتى يعلم فيه إصلاح ماله".[5]

أما الإبتلاء فالمراد به بلوغ النكاح وهو بلوغ الحلم عند الفتى والحيض عند الفتاة وهو حد التكليف وإلتزام الأحكام، وذلك يكون إما بالاحتلام أو الحيض وإما بالسن كما هو محدد عند الفقهاء كإستثناء كما سنرى، فالرشد هو الإهتداء إلى وجوه الخير والإهتداء هو حفظ المال.[6]

---

[1]- عيسى حداد، **عقد الزواج، دراسة مقارنة**، د ط، منشورات باجي مختار، عنابة، 2006, ص82.

[2]- أخرجه أبو داوود والنسائي.

[3] - عيسى حداد، **عقد الزواج، دراسة مقارنة**, مرجع سبق ذكره، ص 82.

[4] - سورة النساء: الآية 6.

[5] - محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، مرجع سبق ذكره، ص371.

[6] - عيسى حداد، **عقد الزواج، دراسة مقارنة**، مرجع سبق ذكره، ص83.

ولما كان الزواج ميثاقا غليظا، فهو من الأمور الجدية التي لا تحتمل التأويل أو الهـزل، الأصل فيه الديمومة والإسـتمرارية, لهـذا وجب أن يكـون الشـخص بالغا راشـدا؛ وفي الفقه الإسـلامي لا يوجد تحديد لسن الـزواج، بل أحكامه عامة قاضـية ببلوغ الرشد حين البلوغ الجنسي فعلا.[1]

والمراد بالرشد: القدرة على تدبير الأمور المالية وإستغلال الأموال إسـتغلالا حسنا ويراد به صلاح العقل وحفظ المـال, لـذا يقصد بالرشد القـدرة على إسـتغلال الأمـوال وحسن التصـرف فيها والحيـاة كلما كـانت معقـدة كلما إختلفت وتعقـدت طـرق الإسـتغلال وأمـور الحيـاة الإقتصـادية والإجتماعية على هـذا الأسـاس تتبـاين الأعمار وتختلف بحسب الأزمـان لما يفرضه كل زمن من قيـود التصـرف بـالمجتمع البـدائي البسـيط الـذي لا يحتمل تـأخير سن الرشد لسـهولة الحيـاة وعـدم تطلبها للمسائل الشائكة أما تطـور المجتمع وتعقد مسـار الحيـاة فيها فيعـوض تـأخير سن الرشد.[2]

أما بالنسبة للبلوغ: فقد إتخذت المذاهب الإسلامية بشأنهم معيارين:

الفــرع الأول: المعيــار الشخصي؛ وهو الــذي يظهر من واقع كل حالة حيث تظهر علاماته وتختلف بحسب الذكورة والأنوثة.

والبلوغ لغة: الإدراك، بلغ الصبي، يبلغ بلوغا وبلاغا، بلوغ حد التكليف.

أما في الإصطلاح: فهو إنتهاء حد الصغر في المرء،[3]

أما في إصـطلاح الفقهـاء: فهو قـوة تحـدث في الصـغير يخـرج فيها من حالة الطفولة إلى حالة الرجولـة,[4] فبالنسـبة للـذكر : يعـرف بـالإحتلام مع الإنـزال،[5] أو بالإنزال بأي سبب كان أو بالإحبال والأصل هو الإنزال، فإن الإحتلام لا يعتبر إلا معه، والإحبال لا يتأتى إلا به.

وبالنسـبة للأنـثى يعـرف بـالحيض أو الحبل أو الإحتلام مع الإنـزال,[6] والإحتلام من العلامـات الـتي تسـتدل بها أم المؤمـنين عائشة – رضي الله عنها – على بلـوغ المــرء سن التكليف حيث قــالت: إذا إحتلمت المــرأة فعليها ما على أمهاتها من الستر، ذلك أن المرء إذا بلغ فعليه ما على الكبار من التكاليف الشرعية.[7]

وأقل سن تحيض فيه المــرأة تسع سـنين، حيث قـال الشـافعي رحمه **الله**: "أعجل من سمعت من النساء تحتضن نساء تهامة؛ يحضن لتسع سنين",[8]وبالنسـبة للصبي اثنتا عشرة سنة.[9]

هذا ويعتبر البلوغ باءة على الزواج, حيث قال رَسُولُ **اللهِ** صَلَّى **اللهُ** عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " عَلَيْكُمْ بِالبَاءَةِ, فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيَصُمْ فَـإِنَّ الصَّـوْمَ لَـهُ وِجَـاءٌ"، فسّـرنا الوجـاء في

---

[1] ـ مصطفى السباعي، **المرأة بين الفقه والقانون**، ط6, المكتب الإسلامي، بيروت، 1984, ص59.

[2] ـ عيسى حداد، **عقد الزواج، دراسة مقارنة**, مرجع سبق ذكره، ص 84.

[3] ـ سعيد فايز الدخيل، **موسوعة فقه عائشة أم المؤمنين حياتها وفقهها**،ط1, دار النفائس, 1989, ص189.

[4] - 27.08.2010 / http://islamlight..net/index.php

[5] ـ محمد بن علي بن محمد الشوكاني, **نيل االأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار صلى الله عليه وسلم**, طبعة جديدة مضبوطة محققة معتنى بإخراجها, مكتبة الكليات الأزهرية, مصر, 1398هـ/1978م, ج5، ص421.

[6] ـ محمد زيد الأبياني، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**،د ط ، مكتبة النهضة، بيروت- بغداد، ج2, ص29.

[7] ـ سعيد فايز الدخيل، **موسوعة فقه عائشة أم المؤمنين حياتها وفقهها**, مرجع سبق ذكره, ص189- 190.

[8] ـ سالم عبد الغني الرافعي، **مختصر المجموع شرح المهذب**، ط1, مكتبة السواري للتوزيع، جدة, المملكة العربية السعودية 1415/1995, ج2, ص169.

[9] ـ أحمد فراج حسين، **المدخل للفقه الإسلامي تاريخ الفقه إسلامي، الملكية ونظرية العقد**، مرجع سبق ذكره، ص220.

المناسك، والباءة : النكاح على وزن الباعة لأن من تزوج إمرأة بوّأها منزلا، والوطء سمي باءة أيضا، والمني أيضا سمي باءة كذلك.[1]

من خلال ما تقدم نجد أن الرؤية الحاكمة على الفقهاء والتي تطبق فعليا هو أن" السن الشرعية" للتكليف والمسؤولية – وبالتالي الإقدام على الزواج- هو البلوغ، والمقصود به البلوغ الجنسي والمؤكد أن **القرآن الكريم**، الذي يعتبر مصدرا أساسيا لأحكام الشريعة والنظام الحقوقي الإسلامي لم يتطرق إلى سن البلوغ بشكل صريح ومحدد.

قَالَ **تَعَالَى**: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلاَةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلاَةِ الْعِشَاءِ ثَلاَثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلاَ عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللهُ لَكُمُ الآيَاتِ وَاللهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ {58}ـ وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللهُ عَلِيمٌ حَكِيم {59}".[2]

إذن **فالقرآن** لم يحدد " العمر" بالنسبة إلى"سن البلوغ"، وإنما أكد أن البلوغ من شرط المسؤولية والتكليف، حيث نجد أن الموسري الغروي بعد أن ذكر أقوال الفقهاء وبعض الأحاديث والإستدلالات الفقهية والقرآنية في ذلك يستنتج بأن معيار البلوغ الشرعي هو الاحتلام (خروج المني والإستعداد الجنسي) عند الأولاد الذكور، وظهور الحيض(والإستعداد الجنسي) عند البنات ويرفض أن يكون تحديد العمر هو المعيار في البلوغ.

أما من الناحية العلمية فالواقع أن البلوغ يختلف حسب الواقع الجغرافي للأفراد, فالأفراد الذين يعيشون في المناطق الحارة (كالجزيرة العربية) يصلون إلى سن البلوغ (الجنسي) قبل الأفراد الذين يعيشون في المناطق الباردة(كالدول الأوروبية), ففي المناطق الحارة أغلب البنات يصلن إلى البلوغ (الجنسي) منذ سن التاسعة والأولاد منذ سن الحادية عشرة سنة، أما المناطق الباردة فالبلوغ يظهر عندهم في سن متأخرة, ذكرت موسوعة britannica أن حوالي 97 % من البنات يصلن إلى مرحلة الحلم الجنسي في الأعمار ما بين 14– 15 سنة، وأن الاحتلام يظهر في المناطق الحارة أسرع منه في المناطق الباردة.[3]

إلى هنا نستنتج بأنه لا يمكن تحديد عمر معينة للبلوغ، فالبلوغ تابع للظروف الجغرافية والطبيعية وعوامل الصحة والغذاء للأفراد، فسن البلوغ قضية تابعة للعلوم الحيوية والطبيعية، ولا يمكن تحديده حتى يتحول إلى قانون عام يطبق على الجميع، وقد يكون هذا هو السبب الذي جعل القرآن الكريم قد تطرق إلى موضوع البلوغ، ولكنه لم يحدد لذلك عمرا محددا وإنما أوكل أمر تحديد رشد وبلوغ الأطفال إلى الآباء عبر التجربة والإبتلاء كما ورد في الآية 6 من سورة النور.

الفرق بين البلوغ والرشد العقلي: ليس كل من وصل إلى سن البلوغ الجسمي (أي البلوغ والنضج الجنسي: كالإحتلام والحيض) أصبح رشيدا وناضجا

---

[1] ـ نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي الحنفي، **طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، علق عليه ووضح حواشيه أبو عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي**،ط 1 ،دار الكتب العلمي, بيروت, لبنان، 1418/ 1997, ص76.

[2] ـ سورة النور: الآية 58- 59.

[3] - 15-08-2010 http://www.anhri.net/reports/e3dam/03.Shtml-

عقليا, فسن التكليف والمسؤولية – كما هو الحال في الزواج – لا يمكن أن يكون تابعا للبلوغ الجسمي فقط، والدليل أن ما جاء في الروايات والأحكام الفقهية هو تلازم "البلوغ" مع "العقل"، ولذلك أستثنى "المجنون" الفاقد للعقل من المسؤوليات والتكليف الشرعي حتى ولو كان "بالغا جسميا" لأنه فقد العقل والرشد وتمييز الأمور, فالفرد إما عاقل أو مجنون والعقلاء على نوعين: رشيد وغير رشيد، فالرشيد في المصطلح الفقهي لا يرتبط بالجسم فقط وإنما هو نوع من الكمال الروحي والفكري, مثلا: من شروط سلامة عقد الزواج أنه لابد للفرد أن يفهم ويدرك هدف الزواج وقيمته ونتائجه, وأن تكون عنده المقدرة على تحمل الأعباء الزوجية والإلتزامات والواجبات.

علميا هناك فرق بين "البلوغ" و"الرشد"، والقرآن يشير أيضا إلى هذا الفرق حيث يضع هذا الرشد شرطا لصحة المعاملات المالية إضافة إلى شرط البلوغ، حيث جاء في الآية: "وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُم",[1] فالآية تصرح بأنه قبل بلوغ الولد سن الحلم والزواج، وقبل أن تعطى لهم أموالهم يجب إخضاعهم للإمتحان والتجربة لإكتشاف الرشد العقلي عندهم.[2]

لكن فيما يتعلق بالزواج فالأمر متعلق بالبلوغ الذي يكون بظهور علاماته وأماراته الطبيعية حيث تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى الإختلاف بين الفقهاء فيما يتعلق بالإنبات هل يكون بلوغا أم لا؟ فأبو حنيفة وأصحابه ما جعلوه بلوغًا, في حين الشافعي جعله كذلك, كما أعتبر في البلوغ الطول وهو أن يبلغ الإنسان في طوله خمسة أشبار، وهو قول مروي عن السلف، لما روي عن علي عليه السلام أنه قال: "إذا بلغ الغلام خمسة أشبار، وقعت عليه الحدود ويقتص له، ويقتص منه".

وعن ابن سرين عن أنس قال: " أتى أبو بكر بغلام قد سرق، فأمر به فشبر فنقص أنملة فخلى عنه", وهذا المذهب أخذ به الفرزدق, إلا أن أكثر الفقهاء لا يقولون به لأن الإنسان قد يكون دون البلوغ، ويكون طويلا، وفوق البلوغ ويكون قصيرا فلا عبرة به.[3]

خلاصة القول في هذا المعيار الشخصي أننا لا نجد لا في القرآن ولا في السنة سنا محددة بصفة دقيقة وواضحة ومعلومة الحدود سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، كما أن الفقه الإسلامي كذلك لا يأخذ بفكرة السن، وإنما القضية كلها مبنية على البلوغ: الاحتلام بالنسبة للفتى، والحيض بالنسبة للفتاة وإذا كان هذا هو الأصل، فإنه وفي حالات إستثنائية يتم تحديد سن للزواج، ويكون هذا في حالة تخلف هذه الأمارات والعلامات بالظهور، لأنه قد يحدث وأن يصل الشخص إلى سن معينة ولا تظهر عليه أمارات البلوغ، وهذا سواء بالنسبة للفتى أو الفتاة، حيث إختلف الفقهاء في تحديد هذه السن وهو ما سنتطرق إليه في المعيار الثاني وهو المعيار الموضوعي.

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي: حيث جعل الفقه الإسلامي إكتمال أهلية الزواج ببلوغ سن محددة وهذا كحالة إستثنائية تكون عند تأخر علامات البلوغ

---

[1] - سورة النساء: الآية 6.

[2] - 15-08-2010 http://www.anhri.net/reports/e3dam/03.Shtml-

[3] - 27-08-2010 http://estsharat.ahlamontada.com/montada.f1/topic.t137.htm

الجنسية بالظهور، وقد إختلف الفقهاء في تحديد هذه السن، فحددها أبو حنيفة بـ 18 سنة للفتى، و17 سنة للفتاة,[1] لأن الأنثى أسرع بلوغا من الفتى والمراد بالنسبة فيما ذكر السنة الهجرية، لأنها أساس التقدير في المسائل الشرعية,[2] بينما حددها الشافعية والحنابلة والأحناف في الرأي المشهور عنهم بخمسة عشرة سنة للفتى والفتاة معا، وحددها أخيرا الفقه المالكي بثماني عشرة سنة لكلا الجنسين.[3]

وهكذا نجد بأن الفقهاء يربطون أهلية الزواج بعلامات تدل على قدرة الفتى والفتاة على التناسل، وعند تأخر هذه العلامات حددوا لذلك سنا يعتبر حدا أدنى يختلف بحسب المذاهب الفقهية – كما تقدم- وذلك منهم مراعاة لبيئتهم ومجتمعهم الذي يعيشون فيه, مع العلم أن حصول البلوغ هو في الواقع إعلان طبيعي لأهلية الشخص وإستعداده الفيزيولوجي والنفسي للزواج.

أما فيما يتعلق بالعقل، فإن جمهور الفقهاء لا يشترطونه لصحة عقد الزواج، فيجوز عندهم أن يتزوج المجنون أو المجنونة، والمعتوه أو المعتوهة، كما سنرى لاحقا.

بعد معرفتنا موقف الشريعة الإسلامية من أهلية الزواج بعدم وجود سن معينة وإنما مرتبطة بالبلوغ الجنسي, وكحالة استثنائية محددة بسن إختلف الفقهاء بشأنها، ننتقل الآن لدراسة موقف قانون الأسرة الجزائري من المسألة إلى جانب مجموعة من القوانين الوضعية في المطلب الثاني على النحو التالي:

المطلب الثاني: أهلية الزواج في القانون الوضعي

من خلال المبحث الأول توصلنا إلى أنه: طبقا للأحكام العامة لقواعد الأهلية لا يجوز إبرام العقد إلا من ذي أهلية على ذي أهلية، وهذا ينطبق أيضا على عقد الزواج باعتباره عقد رضائي,[4] ولا ينعقد إلا بتوفر أهلية الرجل والمرأة وعلى أساسها يتحدد وجود الرضا من عدمه.

إذا كان الزواج في الفقه الإسلامي لم يكن موقوفا على سن معينة، ولا معلقا على شرط بلوغ عدد من السنين مضبوط ومتفق عليه، فإن النصوص القانونية الوضعية تناولت المسألة بشكل آخر، باعتبارها تحافظ بقوانينها على سلامة الفرد والمجتمع وتحميهما، مبررة عملها بما أثبته الأطباء وعلماء الاجتماع من أن زواج الصغار يترتب عليه كثير من الأضرار الجسمانية والنفسية والإجتماعية, وكم نشأ جراء ذلك من مآسي إجتماعية وأضرار خلقية وإضطرابات عائلية وذلك لتعقد الحياة وصعوبة طرق المعيشة، فالزوج مطالب بتأمين النفقة على الأسرة الناشئة، والزوجة تنال من جسمها وصحتها تبعات الزوجية، وفوق هذا وذاك فإن الزواج أبدي به نشأة الأسرة ورعاية الأولاد، وكل هذه التبعات التي يفرضها عقد الزواج تفترض أن يكون المتعاقد جسميا قادرا على تحملها، ومتمتعا بقدر كاف من التمييز يستطيع معه

---

[1] ـ محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون**، ط2, دار النهضة العربية، بيروت،1397- 1977، ص9.

[2] ـ أحمد فراج حسين، **المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد**، مرجع سبق ذكره، ص220.

[3] ـ محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، مرجع سبق ذكره، ص 271.

[4] ـ نصت المادة الرابعة (04) من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 05-02 على ما يلي: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

إدراك نتائج وعواقب ما هو مقدم عليه، وهذه الأمور كلها لا تكون إلا ببلوغ الشخص سنا معينة،[1] ندرسها في قانون الأسرة الجزائري و كذا بعض القوانين الأخرى.

من خلال هذا المطلب سندرس أهلية الزواج في القوانين الوضعية، مع العلم أن عدم تحديد الشارع الحكيم سنا معينة للزواج، فإن هذا لا يمنع ولي الأمر من أن يحدد للرشد سنا متى رأى المصلحة في ذلك، وله أن يزيد فيه أو ينقص منه حسبما تقتضيه المصلحة، وما يكتنف الحياة الإجتماعية من تعقيد أو بساطة.

سنتطرق إلى سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري (فرع أول) ثم القوانين المقارنة في (فرع ثان).

الفرع الأول: سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري

من خلال دراستنا للأحكام العامة لقواعد الأهلية نجد أن المشرع الجزائري قد إعتمد فترة التسلسل المرحلي لتحديد بلوغ الشخص سن الأهلية القانونية:

فحدد في مرحلة أولى بداية الشخصية القانونية للإنسان, إذ نص في المادة 25 من القانون المدني على أن شخصية الإنسان تبدأ بولادته حيا.

وفي مرحلة ثانية – وجدنا- أن المشرع الجزائري حدد سن التمييز بـ13 سنة كاملة وهذا طبقا لنص المادة 42 من نفس القانون ، حيث يكون الشخص خلال هذه المرحلة ذو أهلية غير كاملة لمباشرة حقوقه، حيث يتضح من نص المادة 43 أن الشخص يعد فاقد التمييز في حالة صغر سنه أو مصاب بعته أو جنون، ورغم تحديد وإبراز الحالات التي تعيق بلوغ الشخص سن التمييز، فإن المشرع الجزائري إعتبر من بلغ سن التمييز ناقص الأهلية، فأهلية الصبي المميز تقضي بصحة تصرفاته إذا كانت نافعة نفعا محضا، وبطلانها نسبيا إذا كانت دائرة بين النفع والضرر, ثم بينت المادة 44 الأحكام التي يجب أن يخضع لها فاقد الأهلية, وهي أحكام الولاية والوصاية والمنظمة ضمن قانون الأسرة الجزائري.

وفي مرحلة أخيرة حدد المشرع السن القانونية للأهلية المدنية -أو ما يسمى سن الرشد- بإكتمال 19سنة كاملة,[2] حيث أنه في حدود هذه السن يفترض كمال التمييز لدى الإنسان مما يؤدي إلى إعتبار إرادته كاملة الوعي, وقادر على أن يباشر كل التصرفات القانونية من نافعة وضارة ومترددة بين النفع والضرر.

وكمال الأهلية يحصل بقوة القانون ولا يحتاج إلى قرار بذلك من أي سلطة، ولكن هذا لا يعني أن كل من يبلغ سن الرشد يتمتع فعلا بالأهلية الكاملة, فقد يكون الشخص قد بلغ سن الرشد ولكنه مجنون أو معتوه, عندئذ إذا أريد حرمانه من الأهلية التي يجعلها له القانون بمجرد بلوغه 19 سنة يجب أن يصدر قرار من المحكمة بحرمانه من هذه الأهلية وإستمرار الوصاية عليه، والملاحظ أن المشرع الجزائري في تحديده سن الرشد لم يميز بين المرأة والرجل، فما موقفه فيما يتعلق بسن الزواج.[3]

المقصود بأهلية الزواج : صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج.[4]

إذا كان الشارع الحكيم لم يحدد سنا معينة للزواج، فإن هذا لا يمنع ولي الأمر من التحديد ومن الزيادة فيه أو الإنقاص متى رأى المصلحة في ذلك، وتماشيا مع

[1] عيسى حداد، **الأهلية في قانون الأسرة الجزاري**، مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، عدد 09، 1996، ص 53.- 2

[2] - لوعيل محمد لمين، **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**، د ط، دار هومه، الجزائر، 2004, ص 42-43- 44.

[3] - لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 44.

[4] - بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية**، ط1، دار الخلدونية الجزائر، 1429-2008, ص60.

الحياة الاجتماعية من تعقيد أو بساطة,[1] حيث إعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من الإلتزامات المالية والواجبات الإجتماعية العائلية, وذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري وقدرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية.[2]

لقد مر سن الزواج بالنسبة للمرأة والرجل في الجزائر بعدة مراحل وأطوار، (ويعزى الأمر في ذلك إلى مرور الجزائر بفترات تاريخية متباينة، ولوقوع الجزائر تحت حكم الاستعمار الفرنسي مما أحدث نوعا من التضارب في التشريعات) تتمثل في:

<u>قانون رقم 30-323 بتاريخ 02 ماي 1930:</u>[3]

يمثل هذا القانون المرحلة الأولى من مراحل تطور تشريعات قانون الأسرة الجزائري ونصه قصير جدا، إذ لا يحتوي إلا على ثلاثة مواد، حيث تناول مسألة تحديد السن في المادة الأولى منه نصها كالتالي:" **إن الأهالي القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين لا يمكن لهم إبرام الزواج قبل إتمام السن الخامسة عشر(15) كاملة ولكن يمكن للحاكم العام منح الإعفاء من السن من أجل أسباب خطيرة بعد أخذ رأي لجنة تتألف من: مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر رئيسا وقاضي الصلح بالقبائل وطبيب.**

ويعين أعضاء هذه اللجنة في بداية كل سنة بقرار من الحاكم العام ".

أما المادة الثانية فنصت على أنه: " **لا يمكن إبرام عقد الزواج المشار إليه في المادة 01 من طرف الأهالي القبائل بدون تصريح مسبق بالخطبة أمام الموظف المختص، يتلقى تصريحات الزواج حسب نص المادة 17 من قانون 23 مارس 1882 من طرف الزوج أو الزوجة أو ممثلهما.**

ولابد أن يبرر الأطراف ذلك للموظف بالهوية وسن الخطيبين, وتبرير العمر لا يمكن إلا بشهادة الحالة المدنية أو بحكم يحل محلها.

وبعد الاستظهار بهوية وسن الخطيبين يسلم لهما الموظف المختص شهادة لتمكينهم من إبرام عقد الزواج.

وعدم إحترام الأطراف أو ممثليهم لهذه الشكليات ينتج عنه بطلان عقد الزواج زيادة على عقوبة من ستة أيام إلى ثلاثة أشهر حبسا، وغرامة من 16 إلى 500 فرنك أو بإحدى العقوبتين تطبيقا للمادة 463 من قانون العقوبات بالنسبة للجنح المتعلقة بهذا القانون زيادة على التبعات التي تنتج عن الزواج المبكر".

أما المادة الثالثة فقد كان نصها كالتالي: **"ستصدر فيما بعد قرارات من الحاكم العام والمتخذة في مجلس الحكومة لتوضح آجالا لتطبيق وتنظيم إجراءات وتنفيذ هذا القانون".**

على هذا الأساس وتوضيحا لتفصيلات وتنظيما لإجراءات تطبيق وتنفيذ قانون 02 ماي 1930 على إثر التصريح بالخطوبة والعمر بالنسبة لزواج القبائل، صدر

[1] ?- أحمد فراج حسين، **المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد**، مرجع سبق ذكره, ص222.

[2] - عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، ط1، دار الخلدونية، الجزائر, د ت ن, ص88.

[3] - قانون رقم 30- 323 بتاريخ 02 ماي 1930 يتعلق بالتصريح بالخطوبة وسن زواج القبائل.

القرار الذي سنتعرض فقط ما جاء في الفصل الأول منه تاركين الفصل الثاني إلى حينه حيث نصت المـــادة الأولى من الفصل الأول على مـــايلي: خطوبة وزواج القبائل البالغ سنهم أكثر من 15 سنة.

الفقـرة الأولى: **"كل أهـالي القبائل من كلا الجنسـين الـراغب في الـزواج حسب القواعد والعـادات المحلية يجب عليه قبل ذلك التصـريح بالخطوبة سواء بنفسهما أو بواسطة ممثلهمـا، وذلك حسب الشـروط المذكورة في المادة 02 من قـانون 02 مـاي 1930 إلى رئيس البلدية أو" الحاكم" القائم بالشـؤون الإدارية بها أو إلى قائد الـدوار إذا كـان هذا الأخير مخولا من طرف رئيس البلدية بتلقي هذه التصريحات".**

الفقرة الثانية: "**كما للأطراف أن يبرروا أمام هذه السلطة هـويتهم ونسبهم وعمـرهم، وذلك بإسـتظهارهم بشـهادة من الحالة المدنية أو نسخة من حكم صدر من المحكمة المدنية يحل محلها**".

يتضح من تحليل قانون 02 ماي 1930 ما يلي:

1- لم يضع القانون معيارا لتحديد سن الزواج بين الفـتى والفتـاة، حيث أن العمر بينهما محـــدد بسن الخامسة عشـــرة ســـنة على الـــرغم من إختلاف الطبيعة الفيزيولوجية لكليهما.

2- قصر تطبيق هـذا النص على المواطـنين الـذين لا يتمتعـون بحقـوق الفرنسـيين، بمعـنى شـكلا تطـبيق نظـام خـاص عليهم مسـتوحى من الشـريعة الإسلامية بـالرغم من الخـروج عن تلك القواعد كما رأينا في تحديد السن بـــ15 سنة دون تفرقة بين الجنسين.

3- فـرض القـانون التصـريح السـابق بالخطبة أمـام الموظف المختص بتصـريحات الـزواج ويعـني ذلك تقييد حقـوق المـواطن الـذي لا يتمتع بحقـوق المواطنين الفرنسيين وهـذا تفريق بين المسـلمين على أسـاس نزعة عنصـرية بـالرغم من قواعد العدالة والمسـاواة الـتي ينص عليها ديننا الحـنيف، مصـداقا لحديث رَسُول **اللهِ** صَـلَّى **اللـهُ** عَلَيْـهِ وَسَـلَّمَ: "لاَ فَـرْقَ بَيْنَ عَـرَبِيٍّ وَأَعْجَمِّي إِلاَّ بِـالتَّقْوَى", والتقـوى بين المواطـنين الجزائـريين عنـدهم تقـوم على أسـاس الموالاة.

4- أباح القانون للسـلطة الفرنسـية الإعفـاء من بعض أو كل الشـروط السابق ذكرها في حالة وجود مبررات موضوعية وترك الأمر للسـلطة التقديرية للحاكم العام.[1]

قانون رقم 59-274:[2]

حيث يمثل هذا القانون المرحلة الثانية من التطور التشـريعي الجزائـري في قانون الأسرة الجزائري, وهو قانون خاص بعقـود الـزواج الـتي يعقـدها الأشـخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحليـة، وذلك في عمـالات الجزائر والواحـات والساورة (ج ر11-02-1959) حيث نصت المادة الخامسة[3] منه على مايلي:

---

[1] - عيسى حداد، **عقد الزواج، دراسة مقارنة**، مرجع سبق ذكره، ص 87-88.

[2] -ـ قانون رقم 59- 274 في 4/2/1959 خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشـخاص الـذين يخضـعون للأحـوال الشخصـية المحليـة وذلك في عمالات الجزائر والواحات والساورة، جريدة رسمية 11/02/1959.

[3] - ألغيت هذه المادة بالقانون رقم 63- 224 الصادر بتاريخ 29/06/1963.

"- لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة، ولا للمرأة التي لم تبلغ 15 سنة أن يعقدا زواجا إلا أنه يجوز لرئيس المحكمة الإبتدائية أن يعفيهما من شرط السن إن رأى لذلك أسبابا خطيرة".

بتحليل نص هذه المادة يتضح مايلي:

1- لم يغير هذا النص التشريعي الأحكام التي سبق ذكرها في المرحلة الأولى إذ أن هناك تحديد لسن الزواج، وهناك استثناء وارد للإعفاء من هذه السن.

2- أضاف هذا النص تعديلا جزئيا فقط بزيادة سن الزواج بالنسبة للرجل حيث رفعها إلى الثامنة عشر, بينما أبقى السن بالنسبة للمرأة دون تعديل بمعنى خمسة عشرة سنة.

3- يسري هذا القانون على عقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الخاضعون لنظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات[1] الجزائر، الساورة والواحات، وهذا حسبما نصت عليه المادة 1/1 من نفس القانون: "**مع مراعاة المادة 10 من هذا الأمر تطبق أحكامه على الأشخاص الذين يخضعون في أحوالهم الشخصية وأهليتهم لإحدى نظم الأحوال الشخصية المحلية السارية المفعول في عمالات الجزائر الساورة والواحات".**

كل ما سبق يتعلق بالنصوص التي صدرت في ظل فترة الإحتلال الفرنسي للجزائر، حيث كان المشرع الفرنسي يهدف من وراء هذه التشريعات إلى إحكام قبضته على الأسرة الجزائرية وإحصاء كل تصرفاتها وإلى إحداث تمييز عنصري بين أبناء المجتمع الجزائري، حيث جاء في نص المادة العاشرة من نفس القانون ما يلي: "**لا تطبق أحكام هذا الأمر على عقود الزواج التي أبرمت وفقا لمذهب الإباضية" (**ألغيت هذه المادة بموجب القانون رقم63-224 الصادر بتاريخ 29/06/1963).

أما بعد إسترجاع السيادة الوطنية وإستقلال الدولة الجزائرية، فقد ظهرت قوانين تنص على المحافظة على وحدة الشعب والأمة الجزائرية المسلمة المتحررة من التبعية الإستدمارية.[2]

<u>قانون 63-224:</u>[3]

يمثل هذا القانون المرحلة الثالثة من التطور التشريعي الجزائري الخاص بقوانين الأسرة, وهو أول نص قانوني يصدر بعد الإستدمار الفرنسي، حيث نص هذا القانون على عدة أحكام أساسية معدلا بذلك بعض الأحكام التي سبق ذكرها في المرحلتين الأولى والثانية، ففيما يتعلق بتحديد سن الزواج نصت المادة الأولى (01) منه على مايلي: " **لا يجوز للرجل الذي لم يكمل 18 سنة ولا للمرأة التي لم تكمل 16 سنة أن يعقد زواجهما**".

من خلال هذه المادة نجد أن سن الزواج بالنسبة للرجل حُدد بـ18 سنة, أما بالنسبة للمرأة فقد تم رفع هذه السن إلى ستة عشرة سنة بدلا من خمسة عشرة سنة، مع إعطاء رخصة لرئيس المحكمة بمنح الإعفاء في حالة الضرورة، وهذا ما

[1] - يقصد **بالعمالة** الولاية حاليا، وهذه التسمية كانت موجودة قبل صدور الأمر رقم 69/38 بتاريخ 23 ماي 1969، المتضمن قانون الولاية المعدل والمتمم بقانون رقم 90/09 المؤرخ في 12 رمضان 1410 الموافق 07 أفريل 1990.

[2] - راجع: قانون 31 ديسمبر 1962، الذي يقضي بتمديد سريان التشريعات القديمة كافة ماعدا النصوص المخالفة للسيادة الوطنية الداخلية والخارجية أو ذات طابع استعماري أو تمييز عنصري.

[3] - قانون رقم 63-224 بتاريخ 29/06/1963 **خاص بتحديد سن الزواج**، المنشور بالجريدة الرسمية 02, سبتمبر 1963.

ورد في الفقرة الثانية من نص المادة الأولى من نفس القانون: **" يجوز لـرئيس المحكمة الإبتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى أسـبابا خطيرة وبعد أخذ رأي وكيل الدولة".**

لكن على الرغم من وجود هذا القانون 63-224 إلا أن الشعب الجزائري لم ينل جزءا من إستقلاله التشريعي وظل طوال هذه المدة -21 سنة- بلا قانون للأحوال الشخصية إلى أن صادق البرلمان الجزائري على قانون الأسرة مستمدا من الشريعة الإسلامية وأصبح ساريا في 09/06/1984 وهو القانون 84/11, الذي إشتمل على (04) كتب، عالج الكتاب الأول منها عقد الزواج وإنحلاله, الثاني النيابة الشرعية, الثالث الميراث والرابع التبرعات.

قانون 84-11: [1]

يمثل هذا القانون أول قانون للأسرة صدر في 09 جوان 1984 نجد من خلال هذا القانون النص الرابع الوارد بشأن سن الزواج وهو المادة السابعة حيث جاء فيها ما يلي: " **تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، وللمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة**".

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري برفعه سن الزواج فإنه إفترض أن يكون في حدود هذه السن بلوغ مستوى معين من الثقافة والنضج الاجتماعي، فلا يعتبر أنه مس بحرية زواج المواطن، إذ أنه من المحتمل يكون قد راعى الناحية الإقتصادية الحالية للمجتمع الجزائري من حيث زيادة عدد السكان زيادة مذهلة دون أن تقابلها زيادة موازية في الإنتاج, أو قد يكون راعى الناحية الإجتماعية للمواطنين، من حيث تربية الأجيال القادمة وتعليمها وتوفير الصحة والأمن والعدل للجميع، بالإضافة إلى إعتبار أن الفتيان والفتيات دون هذه السن لا يكونون قادرين على أعباء الحياة الزوجية، ولا على الوفاء بالإلتزامات الأدبية والإجتماعية وما ينتج عن ذلك من علاقات أبوية وعائلية وإنسانية, ولاسيما في الفترة من الزمن التي إرتفعت فيها تكاليف الحياة وإشتبكت فيها المصالح وتعقدت العلاقات البشرية في مختلف المستويات،[2]على هذا الأساس رفع سن الزواج لكلا الجنسين وللقاضي الترخيص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن القانون لم يكن في مستوى الواحد والعشرين سنة من الدراسة, حيث إشتمل على ثغرات عديدة كانت محل نقذ ونقاشات حادة، الأمر الذي إستدعى حتمية التعديل لسد هذه الثغرات، وأسندت هذه المهمة للجنة متكونة من 52 عضوا باشرت عملها في شكل ورشات على مستوى المحكمة العليا، كانت ثمرتها وضع مشروع تمهيدي لتعديل قانون الأسرة، بعدها تمت المصادقة على هذا المشروع وصدر الأمر 05-02 المعدل للقانون 84-11.

أمر 05-02:[3]

[1] - قانون 84-11 مؤرخ في 9 جوان1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[2] - عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط3، مدعمة بالإجتهادات القضائية، دار هومه ، الجزائر, ص97.

[3] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

أدخل المشرع الجزائري بموجب هذا الأمر المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون 84-11، تعديلا على سن الزواج لكلا الجنسين، بحيث أصبح موحدا بينهما ومحددا في 19 سنة كاملة, (وهو نفسه سن الرشد المدني الوارد في المادة 42 من القانون المدني الجزائري)، طبقا لنص المادة السابعة الفقرة الأولى:

" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج".

جاء في أسباب تعديل نص المادة السابعة من القانون 84-11:

وجود تعارض كبير في إحتساب سن الرشد من جهة وأهلية الزواج من جهة أخرى, فالمرأة التي تعتبر كاملة الأهلية بتمام 18 سنة في قانون الأسرة تكون قاصرة بموجب أحكام المادة 40 من القانون المدني الذي يحدد سن الرشد بتمام 19 سنة للجنسين، وكذا بالنسبة للرجل الذي يعتبر كامل الأهلية في القانون المدني بتمام 19 سنة يكون قاصرا لإبرام عقد زواج المحدد بـ 21 سنة, وكلاهما (الرجل و المرأة) قاصر بموجب أحكام قانون الحالة المدنية الذي يحدد سن 21 سنة بالنسبة للشهود في شهادات الحالة المدنية حيث نصت المادة 33 من قانون الحالة المدنية على مايلي : "**يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين**".[1]

كذلك من جهة أخرى نجد في المجال الجزائي سن إكتمال الأهلية والمسؤولية الجزائية هو 18 سنة للرجل والمرأة، وفي جرائم الإرهاب: 16 سنة؛ وهذه فوضى في النصوص، وبالتالي فالإصلاح التشريعي يقتضي توحيد السن بجعل سن الرشد لدى الزوجين محددا بـ 19 سنة.

هذا التعديل الجديد هو فاتحة لتوحيد السن في سائر التشريعات لاحقا (قانون الجنسية والعقوبات)، فضلا عن أن هذا التحديد لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية لأن البلوغ الذي تكلم عنه الفقهاء بجميع مذاهبهم هو البلوغ البيولوجي، أما التمييز والتكليف الشرعي فيبدأ شرعا من سن السابعة المحددة لتعليم الصلاة ويتأكد بسن العاشرة المحددة للتأديب على تركها وبالتالي: لا مانع شرعا من تقدير سن الرشد بتمام 19 سنة, ضف إلى هذا أن تحديد السن إنما يخضع تقديره لظروف كل بلد إقتصاديا وإجتماعيا.[2]

إلى هنا ندرك أن المشرع الجزائري لم يجعل أحكام البلوغ منوطة بحقيقته بل ناطها بسن معينة ومناسبة من عمر الإنسان، بمعنى أن المادة السابعة المعدلة لم تجعل إكتمال أهلية الزواج بالبلوغ الطبيعي أي الجنسي فعلا - كما هو الحال في الشريعة الإسلامية – وإنما التقديري، فقدرت تلك السن وجعلتها 19 سنة لكلا الجنسين توحيدا مع سن الرشد المدني.

---

[1] - أمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق **بالحالة المدنية** .

[2] - بن داود عبد القادر، **دليل الأسرة، دورة تكوينية حول " منازعات شؤون الأسرة"** الفترة الزمنية الممتدة من 07 إلى 11 جوان 2008, الجزائر، قرص مضغوط, ص7-8.

على هذا الأساس كل من بلغ سن 19 سنة يتمتع بحق التزوج وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري وهو حق معترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بموجب نص المادة 16 منه الفقرة الأولى:" **للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند إنحلاله".**[1]

إلا أن هذا التعديل في حقيقته جاء تحت ضغوط بعض المحظيات من بعض المسايسات- وهي مساواة شكلية أكثر منها جوهرية- خاصة إذا علمنا جميعا أن المشكلة التي يشكو منها المجتمع الجزائري ليست الزواج المبكر، بل هي مشكل العنوسة بالنسبة للمرأة ومشكلة البطالة والعجز على تحمل تكاليف الزواج بالنسبة للرجل,[2] هذا ومن جهة أخرى نتساءل حول جدوى هذا التوحيد بين سن الرشد المدني وسن الزواج، بل أكثر من هذا ما جدوى مساواة سن الرجل بالمرأة خاصة إذا علمنا أنه:

- فيما يخص مساواة الرجل بالمرأة في سن الزواج لا يخدم مصلحة المرأة حيث أنه من الثابت فقها وعلميا أن المرأة تبلغ قبل الرجل، وتصبح مؤهلة قبله إضافة إلى عاداتنا وأعرافنا السائدة عندنا وفي كل الدول العربية والتي تميل كلها إلى زواج الفتاة قبل الفتى، وإلى الزواج المبكر لتفادي الإنحرافات الأخلاقية والإجتماعية.

- وفيما يخص توحيد سن الرشد المدني مع سن الزواج، فإنه يعتبر مبالغا فيه ذلك أنه بالنظر إلى أغلب بلدان العالم نجد أن سن الزواج فيها يختلف عن سن الرشد المدني، وهذا لما يتميز به عقد الزواج من ميزات جعلته يختص بها عن بقية العقود، حيث أنه يفترض البلوغ والعقل أكثر من الرشد حيث أكد الفقهاء على صحة زواج المميز.

ومنه يكون مشروع التعديل قد حل- حسب البعض- إشكالية إختلاف سن الزواج عن سن الرشد، إلا أنني أرى أنه لم يكن ملزما أو مجبرا لا في أن يساوي بين الرجل والمرأة من حيث سن الزواج، ولا أن يساوي بين أهلية الزواج وسن الرشد المدني, ذلك أن تحديد سن الزواج يجب أن يخضع لدراسة إجتماعية للبيئة الجزائرية، يقوم بها علماء الإجتماع وأطباء وعلماء الشرع ورجال القانون، وهذا للوصول إلى الأفضل وتفادي الحالات العديدة التي يُلجأ فيها للزواج رغم عدم توافر السن القانونية ولما يتبع ذلك من مشاكل بالنسبة للأسرة بكاملها.

هذا ويكون تقدير السن الشرعي للزواج وقت إنعقاد العقد وليس وقت الدخول.[3]

حيث تجدر الإشارة إلى أن أهلية الزواج تتعلق بالنظام العام إذ لا يمكن إبرام عقد زواج دون مراعاة السن القانوني.

---

[1] - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صادر في 10 ديسمبر 1984، الأمم المتحدة، إدارة شؤون الإعلام.

[2] - عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، ط2، دار هومه، الجزائر، 2009 ص 25.

[3] - بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الزواج والطلاق)**, د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر, 1999 ج1, ص63.

ويقصد بالنظام العام: "كل ما يمس مصلحة الجماعة أو مصلحة الفرد يتصل مباشرة بمصلحة الجماعة"، وفكرة صيانة مصلحة المجتمع تدور حول تحقيق المصلحة بالرؤية التي تنظر بها كل دولة إنطلاقا من الأسس الإجتماعية، والإقتصادية والسياسية التي تقوم عليها الدولة لتحقيق المصلحة العامة وبالتالي فلا تضرها أن التضحية بمصلحة الفرد إذا تعارضت مع مصلحة الجماعة والتي يقصد بها "مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية".

بيد أن مفهوم النظام العام هي مسألة نسبية تختلف من مجتمع إلى آخر، ومن دولة إلى أخرى تبعا لنظام الحكم بإعتباره الضابط لقواعد سلوك المجتمع القائم عليه من قواعد أخلاقية وإجتماعية وإقتصادية، والهادف إلى تحقيق المصلحة العامة، لأن ما هو نظام عام في الدولة الإسلامية ليس هو نفسه في الدولة الغربية، وبناء على هذا فالنظام العام له ضوابط تحكمه:

- المصلحة العامة وهي الفكرة التي تراعي فيها المصلحة العامة وتقدم على المصلحة الخاصة للمجتمع، بل وقد تضحي بها.
- قواعد النظام العام تقوم على فكرة النسبية والمرونة بإعتبارها غير ثابتة، ومتغيرة تبعا للظروف ونظام الدولة.
- تحديد فكرة النظام العام من قبل الدولة بناء على معتقدات المجتمع، وعاداته وتقاليده وإيديولوجيته.[1]

في الأخير نشير إلى أن المشرع الجزائري جعل أهلية الزواج منتهية بسن الحضانة في الحالات العادية، وهو بهذا حافظ على الفتاة التي تكون أمها مطلقة فجعلها تنتقل من بيت أمها الحاضنة إلى بيت زوجها دون بقائها في بيت أهلها محافظة عليها من زوجة الأب, حيث نصت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:

"ـ تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه(10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية,
على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".[2]

هذا فيما يخص سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري، أما بالنسبة لبعض الدول فسنعالجه في:

الفرع الثاني: سن الزواج في القانون المقارن

نتعرض في هذا الفرع إلى موقف بعض الدول من سن الزواج ومن مسألة تحديده, حيث سنركز في دراستنا المقارنة للأهلية في عقد الزواج على ما يلي:

القانون المغربي- مدونة الأسرة:

الزواج يتطلب أهلية ونضجا وقدرة لإدراك قدسية ومدى جسامة مسؤوليته وتحمل تبعاته من أجل تكوين أسرة مبنية على أسس سليمة تكفل لها الحفاظ على تماسكها وإستقرارها ومؤهلة لأن يتقاسم فيها الزوجان مسؤولية تدبيرها بما يسعدها ويخلق أجواء الألفة والمودة والمعاشرة بالمعروف، لهذه الغاية رفع المشرع المغربي في مدونة الأسرة سن الزواج بالنسبة للفتاة من 15 إلى18 سنة وسوى بينها وبين الفتى تحقيقا لما ذكر وتفاديا للأخطار الجسمية والنفسية

[1] ـ عيسى حداد، **عقد الزواج, دراسة مقارنة**، مرجع سبق ذكره، ص 100-101.

[2] ـ أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

والإجتماعية الـتي قد تـترتب عن الـزواج المبكر وإنسـجاما مع المواثيق الدوليـة,[1] حيث إعتــبرت الإتفاقية الدولية لحقــوق الطفل الصــادرة بتــاريخ 20/11/1989 المصادق عليها بموجب الظهير المؤرخ في 14/06/1993 أن الطفل هو كل إنسان لم يبلغ حد الثمانية عشـرة سـنة، كما أوجبت المـادة 24 من الإتفاقية على الـدول إتخاذ كل التدابير الفعالة والمناسبة من أجل القضاء على كل الممارسـات التقليدية الضارة والمضرة بصـحة الأطفـال، في حين إعتـبرت لجنة حقـوق الطفل من جهتها أن زواج الأطفال والزواج الجبري هي ممارسات تقليدية مضرة, ويبدو أن المشـرع المغربي بتوحيده لسن الزواج بين الفتى والفتاة ورفعها إلى 18 سـنة كـانت غايته ملاءمة التشريع الوطني مع التشـريع الـدولي، إلا أنه سـمح بإمكانية الـترخيص قبل بلوغ هذه السن كما سيأتي البيان فيما بعد.

نص المشــرع المغــربي على سن الــزواج في مدونة الأســرة في القسم الثــاني: الأهلية والولاية والصــداق، البــاب الأول: الأهلية والولاية في الــزواج في المـادة 19 **:" تكتمل أهلية الـزواج بإتمـام الفـتى والفتـاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية".**[2]

أما في القانون المدني الفرنسي:

فقد نصت المادة 144 منه على ما يلي:

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

من خلال هذا النص نجد بـأن المشـرع الفرنسي سـاوى في سن الـزواج بين الرجل والمرأة وحددها بثمانية عشرة سنة كاملة.

وفي مجلة الأحوال الشخصية التونسية:

إلى جـــانب خلو الطـــرفين من الموانع الشـــرعية، يشـــترط الفصل الخامس(نقح بالمرسوم عدد1 سنة 1964 المـؤرخ في 20/02/1964 المصـادق عليه بالقـانون عـدد1 سـنة 1964 المـؤرخ في 21/04/1964) سن الأهلية بــ20 سنة للرجال و 17 سنة للنساء.[4]

وفي القــانون الكويــتي: في المــادة 26 منه منع توثيق عقد الــزواج والمصادقة عليه ما لم تتم الفتاة 15 سنة والفتى 17 سنة وقت التوثيق.[5]

أما في قانون الأحوال الشخصية المصري:

فجاء في القـانون رقم 1 لسـنة 2000 بإصـدار قـانون تنظيم بعض أوضـاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحـوال الشخصـية,[6] جـاء في البـاب الثـالث (رفع الدعوى ونظرها) في الفصل الأول (في الولاية على النفس) في المادة 07/01 منه ما يلي:

"لا تقبل الدعاوى الناشـئة عن عقد الـزواج إذا كـانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى".

---

[1] - محمد الشتوي، **المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة** ،ط1,المطبعة والوراقة الوطنية،مراكش،2001،ص 217.

[2] - يتضمن مدونة الأسرة 23/05/2010 .www.amanjordan.org

[3] -2011 /2 /5 www.legifrance.gouv.fr/affichcodeArticle

[4] - مجلة الأحوال الشخصية، **منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية**، 2007, ص13.

[5] - بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية**, مرجع سبق ذكره, ص61.

[6] - الجريدة الرسمية – العدد 4 (مكرر) في 29 يناير سنة 2000.

وبنـاءً على هـذا فإنه لا يجـوز للموظف الرسـمي المختص بمباشـرة عقـود الـزواج أن يقـوم بتحرير عقد زواج رسـمي بين زوجين إذا كـانت سـنهما أو سن أحدهما أقل من السن المحددة للزواج قانونا وقت العقد, وهي: 18 سـنة بالنسـبة للرجل و16 سنة بالنسبة للمرأة,[1] وعليه فالمشرع المصري جعل بلـوغ هـده السن شرطا لسماع دعوى الزوجية وشرطا لتوثيق عقد الـزواج أمـام الموظف المختص، إلا أنه فرق بين الرجل والمرأة بدعوى بُنية الأنـثى تسـتحكم وتقـوى قبل إسـتحكام بُنية الصبي فكان من المناسب أن يناط سن زواج الأنثى ببلوغها ستة عشـرة سـنة، والصبي ببلوغه ثمان عشرة سنة.

والمنع من سماع دعوى الزوجية بالنسبة لتحديد سن الـزواج ، هو منع مطلق سـواء كـان الـنزاع في ذات الزوجية أو فيما يـترتب عليه من آثـار بخلاف المنع من سماع الدعوى لعدم توثيق عقد الزواج والذي يقتصر فقط على حالة الإنكـار ، فـإن لم يكن هنـاك إنكـار من الخصـوم تسـمع الـدعوى ويحكم فيها ولو لم تكن الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية.[2]

وقد قصد المشرع المصري – في عـدم سـماع دعوى الزوجية إذا كـانت سن الزوجة تقل عن ستة عشرة سنة ميلادية أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانية عشرة سنة ميلادية – تحقق الأمور الآتية:

الأمر الأول: دفع الأضـرار الاجتماعية والصـحية المترتبة عن تـزويج صـغار السن إذ قلما يحسن صـغار السن القيـام بما يتطلبه تكـوين أسـرة، والمعيشة الزوجية وتربية الأولاد، حيث لا يوجد لديهم في الأعم الأغلب من الحالات الإسـتعداد الكافي للقيـام بـالحقوق والواجبـات وتحمل أعبائها على الوجه المطلـوب شـرعا,[3] كما تنقصهم القدرة على العناية بالنسل والقيام بتربية الأولاد ورعـايتهم على الوجه الأكمل، وقد رأى المشرع المصري أن السن المحددة بالنص يغلب عنـدها إسـتعداد كل من الـزوجين للحيـاة الزوجية وقـدرتهما على تحمل أعبائهـا، وقد إسـتأنس المشرع في تحديد هذه السن بما ذهب إليه ابن شـبرمة,[4] وأبو بكر الأصم[5]، من أنه لا ولاية في الزواج على الصغير لعـدم حاجتهما إليه لأن الحاجة إلى الـزواج لا تكـون إلا بعد البلـوغ وفي تزويجهما قبله إضـرارا بهمـا، إذ يبلغ الواحد منهما فيجد نفسه مربوطا بعقد دائم لم يكن له رأي في إنشائه.[6]

الأمر الثـاني: إقتضـاء المصـلحة تحديد عقد الـزواج بسن الرشد المـالي (ثماني عشرة سـنة) وإقتضـاؤها أيضا تحديد سن الأنـثى بما دون سن الرشد (سـتة عشرة سنة).

---

[1] - عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، **أحكـام الأسـرة في الشـريعة الإسـلامية (فقهـا وقانونـا)**, د ط، مكتبـة ومطبعـة الإشـعاع الفنيـة, مصـر 1998، ص31.

[2] - عبد الفتاح إبراهيم بهنسي, المرجع السابق, ص31.

[3] - رمضان علي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، د ط, الدار الجامعية, مصر، 2001، ص119-120.

[4] - **ابن شبرمة**- كان قاضيا بالكوفة في عهد الخليفة المنصور.

[5] - **أبو بكر الأصم**- كان كبار شيوخ المعتزلة البصريين في صدر الدولة العباسية.

[6] - محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية**، ط9, دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1999 ص107-108.

الأمر الثالث: أن لـولي الأمر حق في تخصـيص القضـاء بالزمـان والمكـان والحادثة، وله أن يأمر بسماع الدعوى فيما منع سماعها فيه.

هذا وقد واجه هذا التشريع إبان صدوره عاصفة من النقد الفقهي جـادلت في دعائمه وحـاولت نقض أدلته بـدعوى مخالفته للشـريعة، ويبـدو أن الفقه الإسـلامي الحديث بعد ذلك هـدأت ثورته وإسـتوعب مقاصد التشـريع وأدرك أهميتها وجـديتها, فبقي تشـريع تحديد سن الـزواج قائمـا، وأصـبح نصا في غالبية تشـريعات الأحـوال الشخصية للدول العربية.

وحقيقة الأمر أن النص لا يصادم قواعد قطعية في الشريعة، ولا يحرم الحلال كما قـال البعض من نقـاذ القـانون، فالمـادة السـابقة صـدرت بعبـارة "**لا تسـمع دعوى الزوجية**" ولم يقل القانون أن الزواج قبل هـذه السن باطـل، فهو تصـرف فيما أذن الشرع فيه لولي الأمر.[1]

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني:

فقد جعل إكتمال أهلية الزواج ببلوغ الثامنة عشرة سنة للفتى والفتاة معـا, طبقا لنص المادة 05 منـه: " **يشترط في أهلية الـزواج أن يكـون الخـاطب والمخطوبة عاقلين، وأن يكون كل منهما قد أتم 18 سنة شمسية**..."[2]

أما القانون السوري:[3]

فقد جعل إبتـداء الأهلية في الفـتى والفتـاة بـالبلوغ، وإكتمـال الأهلية بإكمـال الفتى ثمانية عشرة سنة، والفتاة سبعة عشرة سنة حيث نصت المـادة 15 على ما يلي: "**يشـترط في أهلية الـزواج العقل والبلـوغ**", وفي المـادة 16 نجـد: "**تكتمل أهلية الـزواج في الفـتى بتمـام الثامنة عشـرة والفتـاة بتمـام السابعة عشرة من العمر**".

أما في مشروع القانون العربي:

فقد جاء في نص المادة 08 منه ما يلي: " **تكتمل أهلية الزواج بالعقل وبلوغ الفـتى سن الرشد القـانوني، وإتمـام الفتـاة الثامنة عشـرة من العمر**".[4]

بعد تعرضـنا لسن الـزواج في القـانون المقـارن، نجد أنه يختلف من دولة لأخرى وهذا بحسب تقدير الحاكم لأن الرشد يختلف بإختلاف المناطق والبيئـات, إلا أنه بالرجوع إلى الدراسات الطبية نجد أنها توصلت إلى أن أفضل سن للزواج يكون بين الثامنة عشرة والخامسة والعشرين, حيث قال الدكتور محمد عدار- إستشاري أمراض النساء والأورام- أن: جسم البنت يحتاج ما بين خمس إلى ستة سنوات بعد البلوغ لتصل إلى سن النضج الجسدي والنفسي والجنسي، كما أشار إلى أن البلـوغ يحـدث في الغـالب ما بين 11 و13 سـنة، وقد يحـدث نـادرا في سن التاسـعة أو العاشـرة, وقد يتـأخر إلى السادسة عشـرة, وأبـان أن معظم الدراسـات الطبية

---

[1] - محمد كمال الدين إمام، **الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية**، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، منشأة المعارف الإسكندرية, 1998، ص97.

[2] - قـانون معـدل لقـانون الأحـوال الشخصـية الأردني رقم 82 لسـنة 2001، المنشـورين بالجريـدة الرسـمية تـاريخ 01/01/2002 ص5998. أما نص المادة السابق فقد كان: " يشترط في أهلية الزواج أن يكـون الخـاطب والمخطوبـة عـاقلين، وأن يتم الخـاطب السـنة السادسة عشرة، وأن تتم المخطوبة الخامسة عشرة من العمر".

[3] - قانون الأحوال الشخصية المعدل: وزارة العدل، ص 24. قانون الأحوال الشخصية السوري, الكويفي، ص27.

[4] - جميل فخري محمد جانم، **مقومات عقد الزواج في الفقه و القانون**، ط 1، دار الحامد، عمان، 2008, ص202.

أشـــارت إلى أن أفضل سن للـــزواج هو ما بين سن الثامنة عشـــرة والخامسة والعشـرين، فيفضل عـدم تـأخير الـزواج إلى سن ما بعد الخامسة والعشـرين، ولا تقديمه إلى ما قبل الثامنة عشرة عاما.

كما أثبتت الدراسـات الطبية جميعها أن الحمل في سن مبكـرة دون الثامنة عشـرة من العمر يصـاحبه الكثـير من المشـاكل الطبية على الأم والجـنين، وبعد الإنجاب تواجه الفتاة الصغيرة مشاكل عديدة في رعاية طفلها والإهتمام به، وتزداد مشاكل ضعف نمو الأطفال، وزيادة المشاكل الطبية لديهم وتكرر حدوث الإلتهابات والعـدوى بحيث يصـعب على الأم الصـغيرة إكتشـاف أي تغـيرات غـير طبيعية في الطفل تحتـاج لعلاج مبكر حـتى لا تتفـاقم المشـكلة, كما يصـعب عليها الرضـاعة والتغذية الجيـدة للطفـل، على هـذا الأسـاس أفضل سن للـزواج هو ما بين الثـامن عشرة والخامسة والعشرين,[1] وفي رأيي المشرع الجزائري كـان موفقًا إلى حد ما في تحديده لسن الزواج بـ19 سنة للجنسين.

كخلاصة إذا ما جمعنا بين تشـريع **الله** سـبحانه وتعـالى للـزواج- دون إعتبـار لتحديد السن- وبين موقف قوانين الأحوال الشخصية والدراسات العلمية نجد:

* أن الإمتثال لقوله صَـلَّى **اللـهُ** عَلَيْـهِ وَسَـلَّمَ: "إِذَا خَطَبَ مِنْكُمْ مَنْ تَرْضَـوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَانْكِحُوهُ إِلاَّ تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الأَرْضِ وفَسَادٌ عَظِيمٌ"، يجعلنا نؤمن أن المعيار الوحيد في تحديد سن قبول المتقدم للزواجَ هو إرتضاء الـدين والخلق منـه، وأن النضج الـديني والخلقي هو السن الأمثل للـزواج سـواء بلغ العشـرين أو أقل أو أكثر.

* أن أعباء الحياة المادية والمعنوية لا يتحملها إلا من كـان في الغـالب قد بلغ من السن ما يؤهله للزواج.

كما تنبغي الإشارة إلى أمرين مهمين هما:

- أن التناسب في سن الـزواج وكـذلك النضج العقلي بين الـزوجين يعد سـببا رئيسيا في إستمرار وقوة هذا الزواج وتماسكه.

- إن تجاوز السن الذي حدده الإجتماعيون المختصـون دون زواج يقلل فرصة الرغبة النفسـية في الـزواج مسـتقبلا مقارنة بالتحـديات المعاصـرة، فكثـير من الباحثين الإجتماعيين يرون أن السن الأمثل للزواج هو ما بين 18-25 سنة, ويمكن إعتبار من يتجاوز سن 25 سـنة بلا زواج من العـوانس وربما تعـرض الشـخص في حالة عدم الزواج في هذه السن إلى عدم الإسـتقرار النفسي والإجتمـاعي أو عـدم الإتزان العاطفي، مما يجعله يتثبط عن الزواج كلية.[2]

غير أنه وفي مقابل كل ما ذكرنـاه بشـأن مسـألة تحديد سن الـزواج نجد مثلا للدكتور مصطفى السباعي موقفا مغايرا حيث ذكر أن عدم السماح للفـتى والفتـاة بالزواج إلا بعد بلوغ سن معينة غير مسـتمد من آراء الفقهـاء الإسـلاميين ولكنه أخذ عن القوانين الغربية، وللغربيين بيئتهم وأوضاعهم الخاصة، كما يرى أن هـذا التحديد غير متفق مع مرحلة البلوغ الجنسي لكل من الفتى والفتـاة، ولا يتفق مع المصـلحة الأخلاقية العامـة, فيجب أن يسـمح بـالزواج منذ البلـوغ الجنسـي، والفـتى والفتـاة وأوليائهم أدرى بالمصلحة متى تكون بالزواج، أهو بمجرد البلوغ أم بإنتظـار سـنوات

[1] - http://www.amanjordan.org/a-news/wmview 25/09/2010

[2] - المشرف العام فضيلة الشيخ: د/ محمد بن عبد الله الهمدان http://islamlight.net/index.php 13/8/2010

بعد ذلك، وتدخل القانون في هذا الموضوع لا معنى له بعد أن فتح الباب بالسماح بالزواج بمجرد البلوغ الجنسي ولكن عن طريق إقتناع القاضي بأن جسم الفتى أو الفتاة يحتمل الزواج, وكأن القاضي أغير على مصلحة الفتى والفتاة منهما أو من أوليائهما، كما ذكر أيضا أنه لم يجد فائدة لتدخل القاضي في هذا الموضوع.[1]

إلا أنني لا أؤيد الدكتور في ما توصل إليه, بحيث أرى فائدة كبيرة جدا – وخاصة في الزمن الذي نحن فيه - في تدخل المشرع في تحديد سن للزواج, لما في ذلك- على سبيل المثال - من منع لتعسف الأولياء في تزويج الولد بمجرد البلوغ وخاصة الفتاة, وما يُثبت هذا ما يحدث حاليا في السعودية من مطالبات لتحديد سن للزواج منعا لزواج القاصرات الذي أصبح موضوع الساعة.

المبحث الثاني: الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية

إنطلاقا مما سبق نجد أن الفقه الإسلامي لم يحدد سنا معينة للزواج وإنما ربطها بالبلوغ الذي يكون بظهور علاماته وأماراته الطبيعية, أما في القانون الوضعي فقد وجدنا أن المشرع الجزائري على غرار القوانين الوضعية التي تطرقنا لها على سبيل المثال قد حدد سنا للزواج.

إلا أن هذه القاعدة – وجود سن محددة للزواج - يرد عليها إستثناء يقضي بإمكانية الزواج قبل بلوغ هذه السن المحددة في القانون الوضعي، وكذا إمكانية الزواج قبل البلوغ المحدد في الفقه الإسلامي، بمعنى أنه على الرغم من وجود تحديد لسن الزواج إلا أنه يمكن أن تكون هناك حالات إستثنائية تستدعي الزواج قبل بلوغ هذه السن، على هذا الأساس أجازت جل القوانين هذا الزواج بإعتبارها تحافظ على سلامة وراحة الفرد والمجتمع.

نتعرض في هذا المبحث إلى الزواج قبل البلوغ في الفقه الإسلامي في (مطلب أول), بعدها نفصّل في الزواج قبل سن الأهلية في القانون الوضعي (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الإذن بالزواج قبل البلوغ في الفقه الإسلامي

رأينا فيما سبق أن الفقه الإسلامي لا يأخذ في الأصل بفكرة السن في الزواج، وإنما بالبلوغ أي البلوغ الجنسي الذي يكون بظهور علامات وأمارات بالنسبة للفتى والفتاة، وهي إثنان يشترك فيها الذكر مع الأنثى كالإنزال وإنبات شعر العانة، وتنفرد الأنثى بزيادة الأمور التالية: الحيض، الحمل الثديين، ومن ثم يصعب تحديد سن معينة تطبق على جميع الأشخاص لأن وقت ظهور تلك الأمارات يختلف بإختلاف نموهم, ومع ذلك يلاحظ أن الفقه الإسلامي قد جعل إكتمال أهلية الزواج بسن كحالة إستثنائية حين تتأخر تلك الأمارات الطبيعية في الظهور، وقد إختلف الفقهاء في تحديد هذه السن كما سبق الذكر.

وإذا كانت هذه هي القاعدة في الزواج في الفقه الإسلامي فإننا نجد إستثناءً عليها يقضي بصحة زواج الصغير والصغيرة، حيث إنقسم الفقهاء في صحة زواجهم إلى ثلاثة آراء:

[1] - مصطفى السباعي، **المرأة بين الفقه والقانون**، ط6، المكتب الإسلامي، بيروت, 1984، ص59.

1- الجواز مطلقا 2- التفرقة بين زواج الصغيرة والصغير 3- عدم الجواز مطلقا

نلخص فيما يلي أقوال الفقهاء وأدلتهم في ذلك ثم نرجح الأقوى دليلا بحيث سنبحث في كل رأي ودليله على حدى.

الفرع الأول: الجواز مطلقا

ذهبت الآراء الإجتهادية في المذاهب الأربعة وغيرها إلى صحة زواج الصغار ممن هم دون سن البلوغ، وإستندوا في ذلك إلى إجتهادات من نصوص **القرآن الكريم** وإلى وقائع حدثت في عهد النَّبِّي صَلَّى **الله** عَلَيهِ وَسَلَّمَ والصحابة والتابعين:[1]

* من **القرآن الكريم** لقوله **تعالى**: "وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمُ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ"[2]، من خلال هذه الآية الكريمة نجد أن عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر وبطبيعة الحال هذه العدة لا تكون إلا بعد زواج صحيح يعقبه طلاق، ولِما ثَبُت من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه من بعده، ولِما قد يكون فيه تحقيق مصلحة في بعض الحالات، فقد يجيء الكفء ليطلب زواج الصغيرة ومادام الولي حريص على مصلحة إبنته الصغيرة فيزوجها حتى لا يفوت الكفء.[3]

* من **السنة**: أنَ رسُولَ **اللهِ** صَلَّى **اللهُ** عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَزَوَّجَ عَائِشَةَ رَضِيَ **اللهُ** عَنْهَا وهي صغيرة ففي الصَّحِيحِ عَنْ عَائِشَةَ قالت: "تَزَوَّجَنِي رَسُولُ **اللهِ** وَأَنَا بِنْتُ سِتِ سِنِينَ, وَبَنَى بِي وَأَنَا بِنْتُ تِسْع وَقَبَضَ وَأَنَا ابْنَةُ ثَمَانِ عَشَر".[4]

* وقد أثر عن الصحابة تزويج الصغار، ومن ذلك:

- تزوّج قدامه بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت,[5] وقال: إن مت عن خير ورثتني، وإن عشت فهي بنت الزبير.
- زَوّج ابن عمر رضي الله عنهما بنتا له صغيرة، من عروة بن الزبير رضي **الله** عنه.
- زَوّج عروة بن الزبير بنت أخيه إبن أخته وهما صغيران.
- ووهب رجل إبنته الصغيرة من عبد **الله** بن الحسن فأجاز ذلك علي رضي **الله** عنه.
- وزَوّجت إمرأة ابن مسعود رضي **الله** عنهما بنتاً لها صغيرة إبنا للمسيب بن نخبة فأجاز ذلك عبد **الله** بن مسعود رضي **الله** عنه.

* لأن النكاح من جملة المصالح في حق الذكور والإناث جميعا، وهو يشتمل على أغراض ومقاصد لا تتوافر إلا بين الأكفاء، والكفء لا يتفق في كل وقت،

---

[1] ـ مصطفى السباعي، **المرأة بين الفقه والقانون**، المرجع السابق، ص97.

[2] ـ سورة الطلاق: الآية 04.

[3] ـ محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون** ،ط2 ،دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص 127.

[4] ـ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، **صحيح البخاري**، دط، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده مصر,1345 هـ, ج5، ص1973.

[5] ـ شمس الدين السرخسي، **المبسوط**, دط, دار المعرفة, بيروت, لبنان,1406 هـ / 1986 م، ج4, ص212.

فكـانت الحاجة ماسة إلى إثبـات الولاية للـولي على الصـغيرة لأنه لو إنتظر بلوغها لفات ذلك الكفء.[1]

إذا كانت هذه هي أدلة الجمهور في جـواز تـزويج الصـغار، إلا أننا نجـدهم قد إختلفوا في أمور أخرى مثل:

- من هو الولي الذي له حق تزويج الصغار.
- هل العقد على الصـغيرة أو عقد الصـغير يلزمه بعد البلـوغ أو يكـون له الخيار إذا بلغ.
- وهل للولي أن يزوج الصـغار من الـذكور والإنـاث معـا، أم على أحـدهما دون للآخر.

آراء الجمهور في تزويج الصغار:

1/ الجواز مطلقا: قال بذلك الجمهور، غير أنهم إختلفـوا في الـولي الـذي له حق التزويج وبلزوم العقد إلى عدة أقوال:

القول الأول: للرجل أن يزوج إبنه الصغير وليس ذلك لغير الأب من الأوليـاء، وبالتالي فإن الولي الوحيد الذي يجوز له تـزويج الصـغار هـو:الأب فقط[2] وهو قـول المالكية والحنابلة حيث قـالوا: إن تـزويج إبنته الصـغيرة جـائز إذا زوجها من كفء، ويجوز له تزويجها مع كراهتها وإمتناعها، وليس هذا لغـير الأب, لأن غـير الأب قاصر الشفقة, ولأن الجد يلي بولاية غيره فأشـبه سـائر العصـبات وفـارق الأب لأن الأب يدلي بغير واسطة، ويسقط الإخوة والجد.[3]

وللوصي عند مالك من إنكـاح الطفل مثل ما للأب، وقد روي عنه جـواز عقد الـولي والوصي على الصـغير، وأنهما في ذلك كـالأب في العقد والمبـاراة عليـه,[4] وللجد والأخ عنـدهم حق تـزويج الصـغيرة إذا بلغت عشر سـنوات وخيف فسـادها، فتزوج بمشاورة القاضي فإذا ثبت عنده موجبـات الـتزويج أي؛ من خـوف فسـادها بزنـا، أو ضـيعة لفقرهـا، أو فسـاد حالها بعـدم الـتزوج إن بلغت عشـرا فـأكثر جـاز لعاصبها تزويجها.[5]

القـول الثـاني: إن الأوليـاء الـذين لهم حق تـزويج الصـغار همـا: الأب والجد فقط، وهو قول الشافعية[6], وهذا سواء كان الزواج بمهر المثل أو بدونه، لأن حرص الأب على إبنته وشفقته عليها يدل على أن العقد يكون لمصلحة الصغيرة والصغير، وإستدلوا في ذلك بقوله صَـلَّى **اللهُ** عَلَيْـهِ وَسَـلَّمَ: "لاَ تُنْكَحُ اليَتِيمَـةُ حَتَّى تُسْـتَأْمَرَ" واليتيمة هي الصغيرة التي لا أب لها.

وحدد اليُتم بالصغر لقوله صَلَّى **اللهُ** عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" لاَ يُتْمَ بَعْـدَ اِحْتِلاَمٍ"[7] وجه الدلالة من الحـديث: أن نكـاح اليتيمة لا يتم إلا بإسـتئمارها، وهـذا لا يكـونُ إلا بعد

---

[1] ـ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص213.

[2] ـ خالد عبد الرحمن العك، **موسوعة الفقه المالكي**، المجلد الأول، ط1، دار المحكمة، دمشق، سوريا, 1993, ص656.

[3] ـ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، **المغني**, دط, دار الكتاب العربي, بيروت،1403هـ / 1983م، ج7, ص383.

[4] ـ خالد عبد الرحمان العك، **موسوعة الفقه المالكي**, مرجع سبق ذكره, ص656.

[5] ـ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ط1, دار الكتب العلمية، بيروت, لبنان, 1416 هـ / 1995 م, ج3, ص428.

[6] ـ محمد الخطيب الشربيني, **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، دط, دار الفكر, بيروت،د ت ن, ج3, ص149, 169.

[7] ـ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، **المغني**، ج7، مرجع سبق ذكره، ص312.

البلـوغ، لأنه لا معـنى لإسـتئمار الصـغيرة لأن مـزوج اليتيمة قاصر الشـفقة عليهـا، ولقصور شفقته لا تثبت ولايته في المال، وحاجتها إلى التصرف في المال أكـثر من حاجتها على التصـرف في النفس، فـإذا لم تثبت للـولي حق التصـرف في مالها مع الحاجة إلى ذلك فعدم ثبوت التصرف في نفسها أولى.[1]

ومما يشهد لذلك أن رَسُـولُ **اللهِ** صَـلَّى **اللـهُ** عَلَيْـهِ وَسَـلَّمَ رد نكـاح إبنة أخ عثمان بن مظعون عندما زوجها عمها عثمان من إبن عمر رضي **الله** عنهما وقـال: إنها يتيمة ولا تنكح حتى تستأمر فإن سكتت
فقد أذنت، وإن أبت فلا جواز عليها,[2] فـالأب والجد لهما حق تـزويج الصـغار، لوجود شفقتهما على الصغار، أما غيرهما فليس له مثل هذا الحرص.

القول الثالث: إن تـزويج الصـغار جـائز لجميع الأوليـاء[3]- وهو قـول الحنفية - ولكنه يكـون عقد غـير لازم في حق الصـغار إلى حين البلـوغ، فلكل واحد منهم أو لكليهما حق الفسـخ، إذا كـان العاقد لهما غـير الأب والجد وذلك أن غيرهما نـاقص الشفقة.
ولكن لإعتبار أصل الشفقة، قال الحنفية " أبو حنيفة ومحمد" إن العقد جائز لأي ولي على الصغار، ولنقصان تلك الشفقة يثبت الخيار للصغار بعد البلوغ, بحيث ثبتت الولاية في تزويج الصغيرة مع ثبوت الخيار لكي لا يفوت الكفء الذي خطبها، ويتم هذا النظر بإثبات الخيار للصـغار بخلاف الأب لأنه وافر الشـفقة، وكـذلك الجد فهو بمنزلة الأب، ولذا تثبت ولايته في المال والنفس معا.[4]
وخيار البلوغ يكـون للـذكر والأنـثى، وهو لـدفع ضـرر خفي وإذا كـان الضـرر بالنسبة للأنثى كون الزوج كفء أو غير كفء، والمهر تام أو غير تـام، فخيـار الأنـثى هناك يحتاج إلى القضاء، فإذا علمت الأنثى بعد البلوغ بالنكاح وسكتت كان سـكوتها رضاء، سواء أكـانت تعلم أن لها الخيـار أم لا فـإن إختـار أحد الصـغيرين الفرقة بعد البلوغ ومات أحدهما قبل أن يفرق القاضي بينهما، فإنهما يتوارثان لأن أصل النكاح كان صحيحا والفرقة لا تقع إلا بقضاء القاضي.[5]
وفيما يلي تفصيل لخيار البلوغ:
إذا زوج الأب أو الجد, الصغير أو الصغيرة جبرا عليهما فلا خيـار لهما بـالبلوغ بل يقع العقد لازما سواء كان الزواج بكفء وبمهر المثل أم لم يكن، وسواء أكـانت الصغيرة بكرا أم ثيبا، وذلك متى كان الأب أو الجد غير معروف بسـوء الإختيـار لأنه لوفور شفقته وشـدة حرصه وحسن رأيه لابد أن يكـون قد أمعن النظر وإختـار ما فيه المصلحة وعوّض الصغير عن الكفاءة والمهر ما هو أنفع له وأبقى, أما إذا كـان الأب أو الجد الـذي زوجهما معروفا بسـوء الإختيـار قبل العقد فـإن كـان قد زوج الصغيرة بكفء وبمهر المثل، كان العقد لازما أيضا وليس للصغير أو الصغيرة خيـار الفسخ عند البلوغ.

---

[1] - شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، ج4، مرجع سبق ذكره، ص214.
[2] - أبي العباس تقي الدين أحمد ابن عبد الحليم الشهير بـابن تيميـة المتـوفى في 728،- **الفتـاوى الكـبرى**، دار المعرفـة بـيروت، لبنـان د ت ن، ج4, ص70.
[3] - محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام**, حقق نصوصه وخـرج أحاديثـه ورقمه وعلق عليه مأمون شيحا, ج3, ط3, دار المعرفة، بيروت، لبنان, 1417-1997, ص188.
[4] - شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، ج4، مرجع سبق ذكره، ص215.
[5] - شمس الدين السرخسي, المرجع السابق, ص217.

أما إذا كان بغير كفء أو بغبن فاحش في المهر فلا يكون العقد صحيحا، لأنه لسوء إختياره لا يوثق بأنه فوت الكفاءة أو مهر المثل إلى ما هو خير منه، فإن زوجها غير الأب والجد من الأولياء الأقارب أو القاضي بالولاية العامة، وكان الزواج بكفء وبمهر المثل صح العقد ونفذ، ولكنه لا يكون لازما بل لهما خيار الفسخ عند البلوغ ولو بعد الدخول، لقصور الشفقة وبعد القرابة، وإذا كان الزواج بغير كفء أو بغبن فاحش في المهر فإن العقد يكون غير صحيح من أصله.

ومن إختار فسخ الزواج عند بلوغه أو علمه لا ينفسخ بمجرد إختياره، بل لابد أن يرفع دعوى يطلب فيها الحكم بفسخ الزواج بناءً على أنه لم يرض بهذا الزواج لا صراحة ولا دلالة، وقبل أن يصدر الحكم بفسخ الزواج فهو صحيح نافذ تترتب عليه آثاره من لزوم المهر والتوارث.

أما إذا رضي به حين بلوغه أو علمه صراحة أو دلالة فلا تسمع منه دعوى الفسخ.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الرضا بالزواج عند البلوغ يختلف بإختلاف من له الخيار:

فبالنسبة للصغير الذي بلغ يكون رضاه بالزواج بالقول الصريح أو بفعل يدل على هذا الرضا كأن يطلب زفاف إمرأته إليه أو يدر عليها من نفقات الزوجية ولا يبطل خياره بالسكوت، لأن سكوت الرجل لا يعتبر رضا بالعقد، والثيب مثل الصغير في هذا, حيث يكون رضاها بالزواج بالقول أو الفعل ولا يعد سكوتها رضا بالزواج.

وما دام السكوت لا يعد رضا من الصغير إذا بلغ ولا من الأنثى التي بلغت وهي ثيب فإن خيارهما يمتد إلى آخر المجلس وبعد إنتهائه, ولا يبطل خيارهما حتى يكون منهما ما يدل على الرضا بالزواج من قول أو فعل.[1]

أما الصغيرة البكر فيعتبر سكوتها عند البلوغ أو عند العلم بالزواج رضا به كما في حالة الإبتداء, فمتى سكتت ولم تطلب فسخ العقد يلزم الزواج ولا يكون لها خيار فسخه لهذا السبب بعد ذلك ولا يمتد خيار البكر إلى آخر مجلس البلوغ أو مجلس العلم بالزواج بعد البلوغ، بل متى تراخت ولو لحظة قصيرة بعد العلم أو بعد البلوغ ولم تطلب فسخه تعتبر راضية به.

فإذا لم تعلم بهذا الزواج ولو بمدة طويلة، فلا يبطل خيارها إلا إذا علمت وسكتت حين العلم هذا ولا يعتبر جهلها بثبوت هذا الحق لها شرعا عذرا يمنع من بطلان الخيار بالسكوت حال البلوغ أو حال العلم بالزواج بل يبطل خيارها بالسكوت عند ذلك، سواء كانت عالمة بثبوت هذا الحق لها شرعا أم كانت جاهلة به.[2]

القول الرابع: إن تزويج الصغار جائز لجميع الأولياء وليس للأب والجد فقط, وإنه ليس للصغير إذا بلغ حق الفسخ أي أن عقد الزواج لازم في حقهم، وهذا القول هو لأبي يوسف من الحنفية وحجته في ذلك أن عقد الزواج على الصغير والصغيرة عقد بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيها خيار البلوغ كعقد الأب والجد وهذا لأن القرابة سبب كامل لإستحقاق الولاية، والقريب الولي ينظر إلى الصغيرة أو الصغير لا لنفسه وهو قائم مقام الأب في التصرف بالنفس، كالوصي في

---

[1] - بدران أبو العنين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة الفقهية والمذهب الجعفري والقانون**, دط, دار النهضة العربية، بيروت، د ت ن، ج1, ص153.

[2] - أحمد فراج حسين، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، دط, دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية, 1997, ص174.

التصـرف بالمـال فكما أن عقد الوصي يلـزم ويكـون كعقد الأب فيما فعله مقامه فكذلك عقد الولي.[1]

الفرع الثاني: التفريق بين الصغير والصغيرة

للولي الأب أن يزوج إبنته الصغيرة ولا يجوز له إنكـاح الصـغير حـتى يبلغ فـإن زوجه فهو زواج مفسوخ، وهو رأي الإمـام إبن حـزم الظـاهري وحجته في ذلـك: أن الأدلة التي وردت في إنكاح الصغار كانت في الأنثى فقـط، أما قيـاس الصـغير على الصغيرة فهو قياس غير صحيح لأنه إذا أجيز هذا القياس عارضه قيـاس آخر وهو أن الصـغير إذا بلغ فلا ينعقد النكـاح إلا بعبارته ولا دخل لأبيه ولا لغـيره عليه في نكاحـه، وهو بذلك يخالف الأنثى التي تبقى مسـؤولية الأب وولايته ثابتة عليها بعد البلـوغ إما بإنكاحها أو بإذنها في النكاح أو بمراعاة الكفء، فلما كان حكم الذكر والأنثى مختلفا بعد البلوغ كذلك يجب أن يكون حكمهما مختلفا قبله.

حيث ورد في المحلى في المســـألة رقم 1822: " وللأب أن يـــزوج إبنته الصـغيرة البكر ما لم تبلغ بغـير إذنها ولا خيـار لها إذا بلغت فـإن كـانت ثيبا من زوج مات عنها أو طلقها لم يجز للأب ولا لغـيره أن يزوجها حـتى تبلغ ولا إذن لها قبل أن تبلغ وإذا بلغت البكر والـثيب لم يجز للأب ولا لغـيره أن يزوجها إلا بإذنها فـإن وقع فهو مفسوخ أبدا، فأما الـثيب فتنكح من شـاءت وإن كـره الأب، أما البكر فلا يجـوز لها النكاح إلا بإجتماع إذنها وإذن وليها، وأما الصـغيرة الـتي لا أب لها فليس لأحد أن ينكحها لا من ضرورة ولا من غير ضرورة حتى تبلغ.

وقـال مالـك: أما البكر فلا يسـتأمرها والـدها بلغت أولم تبلـغ, عنست أو لم تعنس, وينفذ إنكاحه لها وإن كـرهت وكـذلك إن دخل بها زوجها إلا أنه لم يطأها فـإن بقيت معه سنة وشهدت المشاهد لم يجز للأب أن ينكحها بعد ذلك إلا بإذنها وإن كـان زوجها لم يطأها.

قـال: وأما الـثيب فلا يجـوز إنكـاح الأب ولا غـيره عليها إلا بإذنها قـال: والجد بخلاف الأب فيما ذكرنا لا يـزوج البكر ولا غيرها إلا بإذنها كسـائر الأوليـاء، وإختلف قوله في البكر الصغيرة التي لا أب لها فأجـاز إنكـاح الأخ لها إذا كـان نظـرا لها في رواية إبن وهب ومنع منه في رواية إبن القاسم وقـال أبو حنيفة وأبو سـليمان ينكح الأب الصغيرة ما لم تبلغ بكـرا كـانت أو ثيبـا، فـإذا بلغت نكحت من شـاءت ولا إذن للأب في ذلك إلا كسـائر الأوليـاء، ولا يجـوز إنكاحه لها إلا بإذنها بكـرا كـانت أو ثيبا وقال أبو حنيفة والجد كالأب في كل ذلك.

وقــال الشــافعي: يــزوج الأب والجد للأب إن كــان الأب قد مــات عن بكر صغيرة، ولا إذن لها إذا بلغت، وكذلك البكر الكبـيرة، ولا يـزوج الـثيب الصـغيرة أحد حتى تبلغ سواء بإكراه ذهبت عذرتها أو برضا بحرام أو حلال، أما الـثيب الكبـيرة فلا يزوجها الأب ولا الجد ولا غيرهما إلا بإذنها ولها أن تنكح من شاءت إذا كانت بالغا.[2]

قال أبو محمد: الحجة في إجازة إنكاح الأب إبنته الصغيرة البكـر، إنكـاح أبي بكر رضي الله عنه النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْـهِ وَسَـلَّمَ مِنْ عَائِشَـةَ رَضِـيَ اللـهُ عَنْهَا وهي بنت ستة سـنوات، وهـذا أمر مشـهود ومن إدعى أنه خصـوص لم يلتفت لقوله **عز وجل**: "لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُـولِ **اللهِ** أُسْـوَةٌ حَسَـنَةٌ لِمَنْ كَـانَ يَرْجُو اللـهَ وَاليَـوْمَ

[1] - شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، ج4، مرجع سبق ذكره، ص215.

[2] - أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد إبن حزم، **المحلى**، طبعة مصححة ومقابلة على عدة مخطوطات ونسخ معتمدة، منشورات المكتب التجاري، بيروت، ج9, ص 458-459.

الآخِرَ", فكل ما فعله عليه الصّلاة والسّـلام فلنا أن نتأسى به فيه إلى أن يـأتي نص بأنه له خصوص".[1]

وفي المسألة رقم 1823 ما يلي:(" ولا يجوز للأب ولا لغيره إنكـاح الصـغير الذكر حـتى يبلغ فـإن فعل فهو مفسـوخ أبـدا، وأجـازه قـوم ولا حجة لهم إلا قياسه على الصغيرة", قال: "والقياس كله باطل ولو كـان القيـاس حقا لكـان قد عـارض هذا القيـاس قيـاس آخر مثله وهو أنهم قد أجمعـوا على أن الـذكر إذا بلغ لا مـدخل لأبيه ولا لغيره في إنكاحه أصلا، وأنه في ذلك بخلاف الأنثى الـتي له فيها مـدخل إما بالإذن وإما بالإنكاح وإما بمراعاة الكفء، فكـذلك يجب أن يكـون حكمهما مختلفين قبل البلوغ".

قال أبو محمـد: مـانع من موانع جـواز عقد أحد على أحد إلا أن يـوجب إنفـاذ ذلك نص من القرآن أو السنة، ولا نص ولا سنة في جواز إنكـاح الأب لإبنه الصـغير, وقد قال بهذا طائفة من السـلف", روينا من طريق عبد الـرزاق عن معمر عن إبن طـاووس عن أبيه قـال:" إذا أنكح الصـغيرين أبواهما فهما بالخيـار إذا كـبرا ولا يتوارثان إن ماتا قبل ذلك", وبه إلى معمر عن قتادة قال: "إذا أنكح الصبيين أبوهما فماتا قبل أن يـدركا فلا مـيراث بينهما قـال معمر سـواء أنكحهما أبواهما أو غيرهما وهو قول سفيان الثوري").[2]

الخلاصة في تزويج الصغار عند الجمهور:

لم يشـترط الفقهـاء لإنعقـاد الـزواج: البلـوغ والعقـل، وقـالوا لصـحة زواج الصغير والمجنون.

الصـغر: قـال الجمهـور منهم أئمة المـذاهب الأربعـة، على جـواز تـزويج الصغيرة من كفء وإستدلوا على ما يلي:

1- بيـان عـدة الصـغيرة وهي ثلاثة أشـهر كما هو مـذكور في الآية 4 من سورة الطلاق وكما هو معلوم أن العدة لا تكون إلا بعد زواج وفـراق فـدل النص على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها.

2- الأمر بنكاح الإناث في قوله **تعالى**:" وَإِنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ ", والأيّم الأنثى التي لا زوج لها صغيرة كانت أو كبيرة.

3- زواج النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من عَائِشَـةَ وهي صـغيرة، وتزويجه لإبنة عمه حمزة من أبي سلمه وهما صغيران.

4- آثـار من الصـحابة؛ فقد زوج علي ابنته أم كلثـوم وهي صـغيرة من عـروة بن الزبـير وزوج عـروة بن الزبـير بنت أخيه من إبن أخيه وهما صـغيران، ووهب رجل بنته الصغيرة لعبد **الله** من الحسن بن علي، فأجـاز ذلك علي رضي الله عنهمـا، وزوجت إمـرأة إبن مسـعود بنتا لها صـغيرة لإبن المسـيب بن نخبة فأجاز ذلك زوجها عبد **الله** بن مسعود رضي **الله** عنه.

5- قد تكون هناك مصلحة بـتزويج الصـغار، ويجد الأب الكفء فلا يفـوت إلى وقت البلوغ.

6-(إشترط أبو يوسف ومحمد في تزويج الصـغار الكفـاءة ومهر المثـل، لأن الولاية للمصلحة ولا مصلحة في التزويج من غير كفء ولا مهر مثل.

---

[1] - إبن حزم، المرجع السابق، ص 459- 460.

[2] - إبن حزم, المرجع السابق, ص462-463.

7- إشـترط الشـافعية في تـزويج الأب الصـغيرة أو الكبـيرة بغـير إذنها شروطا سبعة وهي:

- ألا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة.
- أن يزوجها من كفء.
- أن يزوجها بمهر مثلها.
- أن يكون من نقد البلد.
- ألا يكون الزوج معسرا بالمهر.
- ألا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى أو شيخ هرم.
- ألا يكـون قد وجب عليها الحج، فـإن الـزوج قد يمنعهـا، هـذا ويجـوز أن يزوج الصغير أكثر من واحدة.

8- وأجاز المالكية للأب تزويج البكر الصغيرة ولو بـدون صـداق المثل ولو لأقل حـال منها ولو لقـبيح منظـر، وتـزوج البـالغ بإذنها إلا اليتيمة الصـغيرة الـتي بلغت عشرة سنوات فتزوج بعد إستشارة القاضي على أن يكـون الـزواج بكفء وبمهر المثل.

9- ورأى الحنابلة أن يزوج الأب إبنه الصغير والمجنون بمهر المثل وغــيره ولو كرها لأن للأب تزويج إبنته البكر بدون صداق مثلها، وهذا مثلـه، لأنه قد يـرى المصلحة في تزويجـه, فأجـاز له بـدل المـال فيه كمداواته فهـذا أولى، وإذا زوج الأب إبنه فيزوجه بإمرأة واحدة لحصول الغرض بها، وله تزويجه بأكثر من واحدة إن رأى فيه مصلحة، وضعف بعض الحنابلة هذا؛ إذ ليس فيه مصلحة بل مفسـدة وصـوب أنه لا يزوجه أكـثر من واحـدة, أما الوصي فلا يزوجه أكـثر بلا خلاف لأنه تــزويج لحاجة والكفاية تحصل بـه, إلا أن تكـون غائبة أو صـغيرة أو طفلـة، وبه حاجة فيجوز أن يزوجه ثانية، ولسائر الأولياء تزويج بنت تسع سـنين فـأكثر بإذنها لما روى أحمد عن عائشة: " إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي إمــرأة" أي في حكم المرأة).[1]

العقل: لا يعتبر شرطا للزواج بالإتفاق.

إذ يجوز للولي أبا كان أو غيره عند الحنفية، أن يزوج المجنون أو المجنونـة, المعتوه أو المعتوهة, صغيرا أو كبيرا، بكرا أو ثيبا.[2]

وللأب عند المالكية[3] تزويج المجنون أو المجنونة ونحوهما في حال الصغر أو الكـبر ولو ثيبا لعـدم التمييـز, ولا كلام لولـدهما معه إن كـان لهما ولد رشـيد إلا من يفيق أو تفيق من جنونها أحيانا فتنتظر إفاقتها لتستأذن ولا تجبر, وذلك إذا لم يلــزم على تزويج المجنونة ضرر عادة كتزويجها من ذي عاهة.

أما الشافعية[4] فقالوا بعدم تزويج المجنون صـغيرا أو كبـيرا إلا لحاجة الـزواج, ويزوج إمـرأة واحـدة فقط الأب ثم الجد ثم السـلطان، دون سـائر العصـبات كولاية المال, ويـزوج الأب أو الجد المجنونة الصـغيرة أو الكبـيرة إن ظهـرت مصـلحة في

---

[1] ـ وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، ط1، دار الفكر، طبع في الجزائر بإذن خاص من دار الفكر في دمشق، الجزائر,1992 ج 7, ص 182-183.

[2]ـ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**, ط2, دار الكتاب العربي, بيروت، 1402هـ 1982م ج 2, ص241.

[3] ـ أبـو البركـات أحمـد بن محمـد بن أحمـد الـدردير العـدوي, **الشـرح الصـغير على أقـرب المسـالك إلى مـذهب الإمـام مالك**, دار المعارف،القاهرة,1986, ج2, ص 355.

[4] ـ محمد الخطيب الشربيني, **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**, ج3،مرجع سبق ذكره، ص168 وما بعدها.

ذلك, فإن لم يكن أب أو جد لم تـزوج في صـغرها فـإن بلغت زوجها السـلطان في الأصح للحاجة للزواج.

ويمـيز الشـافعية الجنـون في الـذكر والأنـثى، إذا كـان متقطعا لم يزوجهما الولي حتى يفيقا، فإن كانت أنثى بكـرا فللأب والجد ولاية إجبـار، وإن كـانت ثيبا فلا بد من رأيها، وأما الذكر إن أفاق وكان بالغا زوج نفسه وإن كـان صـغيرا زوجه وليه المجبر في حال الإفاقة، وأما الصـغيرة المجنونة فلا يزوجها غـير الأب والجـد، فـإن بلغت زوجها إن كانت هناك حاجة.

أما في حالة الجنــون فللــولي المجــبر الأب والجد تــزويج الأنــثى البالغة والصغيرة التي أطبق جنونها إذا كانت محتاجة للزواج ولو كانت ثيبا لإكتسابها المهر والنفقــة، لأنه ربما كـان جنونها من شـدة الشـبق فـإن لم يكن ولي مجـبر زوجها السلطان.

وليس للولي المجبر تزويج مجنون أطبق جنونه صغيرا كـان أو كبـيرا إلا إذا ظهرت حاجته للنكاح، ويكون ذلك لعدة علامات منها:

1- ظهور رغبته في النكاح، إما بدورانه حول النساء أوتعلقه بهن.
2- توقع شفائه بشهادة عدلية من الأطباء.
3- وكذلك يزوجه الـولي ولو لم تظهر حاجته للـزواج، وإنما كـانت هنـاك مصلحة له، كما لو إحتاج من يخدمه وليس في محارمه من يقوم بخدمته.

أما إذا كـانت المجنونة صـغيرة فلا يلـزم الـولي بتزويجها أو بـتزويج الصـغير المجنون لعدم الحاجة في الحال.[1]

وقال الحنابلة[2] لسائر الأولياء تزويج المجنونة إن ظهر منها ميل إلى الرجــال وبالتالي لها حاجة إلى الزواج لدفع ضرر الشـهوة عنها وصـيانتها عن الفجـور, حيث يعــرف ميلها إلى الرجــال من كلامها وتتبعها لهم, وكـذا إن قـال الأطبـاء إن علتها تزول بتزويجها فإن لم يكن لها ولي إلا الحاكم زوجها.

وإن إحتاج المجنـون البـالغ أو الصـغير العاقل إلى الـزواج زوجه الحـاكم عند عدم الأب والوصي، وليس لغير الأب أو الوصي أو الحاكم التزويج، ولا يجوز التزويج إن لم يحتج المجنون والصغير إليه، لأنه إضرار بهما لا منفعة.[3]

الفرع الثالث: عدم الجواز مطلقا

ليس لأحد من الأولياء تـزويج الصـغار ذكـورا أو إناثا حـتى لو كـان الـولي هو الأب أو الجد فزواج الصغار باطل ولا يترتب عليه أثر من آثار عقد الزواج، وهـذا هو رأي شبرمة وأبي بكر الأصم, حيث إستدلوا بقوله **تعالى**:" وَإِبْتَلُوا اليَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَإِدْفَعُوا إِلَيْهم أَمْوَالَهُم".[4]

ووجه الدلالة من الآيـة: أنه لو جـاز الـتزويج قبل البلـوغ لم يكن لـذكر هـذه الغاية فائدة, فقد دلت الآية على أن بلوغ سن النكاح هو علامة على إنتهـاء الصـغر، وبالتالي قبل بلوغ هذه السن لا يجوز النكاح و إلا فقد التحديد معناه هذا من ناحيــة، من ناحية أخرى نجد أن الولاية على الصغير تكون لحاجته ولـذلك لا ولاية عليه فيما

---

[1] - محمد الخطيب الشربيني, **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**, ج3،المرجع السابق, ص159.

[2] - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي, **كشاف القناع عن متن الإقناع**, دط، دار الفكر, بيروت, 1402هـ/1982م, ج5, ص46 وما بعدها.

[3] - حسن أيوب، **فقه الأسرة المسلمة**, **الموسوعة الإسلامية الميسرة**, دط, دار التوزيع والنشر الإسلامية, د ب ن, 1999,ص48.

[4] - سورة النساء: الآية 6.

لم يكن له فيه حاجة ومصلحة كالتبرعات مثلا، فلا ولاية لأحد في التبرع من مال الصغير لأنه لا مصلحة له بذلك,[1] وكذلك لا حاجة ولا مصلحة في نكاح الصغير لأن مقصود النكاح طبعا هو قضاء شهوة، وشرعا التناسل والصغير ينافي كلا المقصودين؛ مقصود الطبع ومقصود الشرع لأنه لا شهوة ولا تناسل.

ثم إن عقد الزواج عقد العمر ويلزم الصغيرين أحكامه بعد البلوغ، وليس لأحد أن يلزمهما ذلك، إذ لا ولاية لأحد عليهما إلا بعد البلوغ.[2]

وقد ردوا على من يستشهد بزواج عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة، بأن ذلك خاص بالرسول عليه الصّلاة والسّلام، ثم إن زواجها كان قبل الهجرة وقبل تشريع إستئذان البكر وإستئمار الثيب فليس فيه زواج عائشة دليل على زواج الصغير.

ويمكن أن نجيب على هذا الرأي بأن الحاجة والمصلحة للصغار إن لم تتحقق في الذكر فإنها ممكنة التحقق في الأنثى، من وجود الكفء الذي قد يفوتها بفواته خير كثير وكذلك قد تكون يتيمة فتجد العائلة والكافل والولي، فإن كانت الحاجة هي العلة فهي موجودة في الأنثى.

هذا مجمل آراء الفقهاء في تزويج الصغار وأدلتهم في ذلك، وبالنظر فيها نرى أن الأدلة متظافرة في تزويج الصغار، ولكن الأدلة الواردة كلها كانت في تزويج الصغيرات، ثم إن خوف فوات الكفء يتحقق في الصغيرة دون الصغير، وكذلك بالنسبة للأولياء فإن حرص الأب والجد لا يقارن بحرص غيرهم، وشفقتهم تدعوهم إلى ألا يزوجوا إلا إذا رأوا مصلحة حقيقة في ذلك، وعلى هذا الأساس فالذي يميل المرء إليه لقوة دليله هو جواز تزويج الأب والجد للصغيرة دون الصغير.

مسألة الثيب الصغيرة

بقي أن نذكر هنا مسألة إختلف فيها الفقهاء، وهي الثيب الصغيرة التي مات عنها زوجها، أو فارقها زوجها بطلاق هل يزوجها وليها؛ أو بمعنى آخر هل تجري عليها أحكام الصغار في الزواج أم تجري عليها أحكام الثيب فلا تزوج إلا برأيها وليس للولي منها أمر.

إتفق الحنفية والشافعية على جواز تزويج الولي الصغيرة، لكن الشافعية حددوا الولي بالأب والجد، والحنفية قالوا ذلك لجميع الأولياء غير أن عقد الأب والجد لازم بعد البلوغ ولا خيار فيه وعقد بقية الأولياء غير لازم فالصغير والصغيرة إذا بلغا يكون لهما الخيار في المضي في العقد أو فسخه ثم إختلفوا في الثيب الصغيرة.

قال الشافعية والظاهرية أن للأب تزويج الصغيرة البكر بغير إذنها وليس للأب ولا لسواه تزويج ثيب صغيرة حتى تبلغ، وحجتهم في ذلك قول رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا فِي

[1] - محمد سمارة, **أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية**، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2008, ص108.

[2] - شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، ج4، مرجع سبق ذكره، ص212.

نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صِمَاتُهَا", وقوله صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسلَّمَ: "لَيْسَ لِلْوَلِيّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْر",[1] فخرجت الثيب عن عموم الحديث صغيرة كانت أو كبيرة، ثم إن إذن الصغيرة غير معتبر فإمتنع تزويجها إلى البلوغ، وسبب عدم إعتبار إذنها أن الإستئذان لا يكون إلا للبالغ العاقل وهي ليست كذلك، ويدل على هذا حديث رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاَثٍ" وذكر منهم الصغير حتى يبلغ,[2] فهم قد علقوا الحكم بالثيوبة دون الصغر.

أما الحنفية والمالكية وقول للحنابلة فأجازوا نكاح الصغيرة إذا زوجها الولي بكرا كانت أو ثيبا وحجتهم في ذلك أن الشرع بإعتبار صغرها أقام رأي الولي مقام رأيها كما في حق الذكر، وكما في حق المال, وبالثيوبة لا يزول الصغر ولا يحصل لها رأي بهذه الثيوبة فيقام رأي الولي مقام رأيها كما لما كانت عاجزة عن التصرف بالمال في ملكها أقيم تصرف الولي مكان تصرفها.

وقد حملوا الأحاديث الواردة في الثيب على الثيب البالغة لأنه عُلق به ما لا يتحقق إلا بعد البلوغ وهو المشاورة، وكونها أحق بنفسها من وليها - هذه الأمور لا تتحقق إلا في البالغة.[3]

بالنظر إلى الرأيين نرى أن رأي الحنفية أقوى حجة، وأظهر دليل لأن الأحاديث الواردة يتعلق بها الحكم متى وجدت الصفة، فالثيب أحق بنفسها عندما تكون إمكانية ذلك متحققة وهي مكلفة بالعقل والبلوغ، أما الصغيرة فلا، ثم كيف تمنع الثيب الصغيرة من الزواج حتى تبلغ وقد يخطبها الكفء وتفقد فرصتها, على أية حالة فإن ما حددته الأحاديث تدل على أن المقصود بها الثيب بعد البلوغ، أما الصغيرة فيسري عليها حكم الصغار.

أمام هذه الآراء أرى أنه في الوقت المعاصر يستعصي إبرام عقد زواج بين شخصين أحدهما أو كلاهما غير بالغ بمعنى صغيرين، لأن الزواج يحتوي على تكاليف لا نجدها في عقد آخر بل هو عقد من العقود التي تكون فيها ذاتية الشخص محل إعتبار، فهو عقد أساسه تكوين أسرة ورعاية أولاد، وأن هذه المسائل تشترط أن يكون الشخص بالغا وقادرا على تحمل تلك التكاليف ويكون قادرا على التمييز على ما هو مقبل عليه.

فالزواج شرع للمعاشرة والتناسل وتكوين أسر، ولا يتحقق شيء من ذلك في زواج الصغار فيكون ضربا من اللهو والعبث، بل قد يترتب عليه الضرر فلا فائدة إذا من إقدام الأولياء عليه, على هذا الأساس حتى البلوغ الطبيعي غير كاف بل يجب أن يكون المقبل على الزواج بالغا سنا معينة.

المطلب الثاني: الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في القانون الوضعي

بعد أن ألقينا نظرة على الفقه الإسلامي وموقفه من زواج الصغار، نتطرق في هذا المطلب إلى موقف القانون الوضعي، حيث وجدنا قاعدة في غالبية قوانين الأحوال الشخصية بشأن أهلية الزواج وهي وجود سن محددة ومعينة له, إذ

[1] - أبو داوود سليمان بن الأشعث السجستاني, **سنن أبي داوود**, ط1, مطبعة مصطفى بابي الحلبي و أولاده, مصر, 1371هـ/1952م ص525.

[2] - محمد الخطيب الشربيني, **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**, ج3،مرجع سبق ذكره، ص149.

[3] - شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، ج4، مرجع سبق ذكره، ص215.

لا يستطيع أي شخص ذكر أو أنثى الإقدام على عقد الزواج إلا بعد بلوغ هذه السن، يرد على هذه القاعدة إستثناء يقضي بإمكانية الإعفاء من بلوغ هذه السن والسماح بإبرام عقد الزواج, هذا ما سنقوم بالتفصيل فيه في قانون الأسرة الجزائري (فرع أول) والقانون المقارن (فرع ثان).

الفرع الأول: الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في قانون الأسرة الجزائري

إعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، وكقاعدة عامة فإن أهلية الزواج تستلزم توفر سن معينة حددها المشرع في الفقرة الأولى من المادة 7 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 بتسعة عشرة سنة كاملة بالنسبة للرجل والمرأة معا، وبالتالي لا يجوز لأحد منهما أن يعقد قرانه دون بلوغ هذه السن حتى لو كان بالغا بلوغا جنسيا.[1]

لكن المشرع لم يأخذ الناس جميعا مأخذا واحدا سواء كانوا ذكورا أو إناثا، وإنما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في السماح والإذن بالزواج- لمن كانت ظروفه وأحواله تستدعي ذلك - قبل إكتمال السن القانونية,[2] وهذا من السياسة الشرعية ضمانا لمصلحة الشباب ولمصلحة المجتمع ككل.[3] وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 05-02:ـ "**وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج**".[4]

والحكمة من ذلك هو الحيلولة دون اللجوء إلى إبرام العقود العرفية التي لا تخضع لأية رقابة رسمية سوى رقابة الضمير.[5]

من خلال ما سبق نجد أن المشرع الجزائري منع زواج الصغار من جهة وذلك بتحديده سن للزواج، ومن جهة أخرى منح القاضي سلطة تمكنه من الترخيص بالزواج قبل بلوغ هذه السن.

غير أن خروج المشرع عن القاعدة العامة للسن المحدد هو خروج مقيد بتعليقه على طلب إعفاء[6] مسبق يقدم إلى القاضي الذي يتعين عليه دراسة الطلب دراسة جدية، وفحصه بعناية تامة تمكنه من معرفة ما إذا كان في هذا الزواج مصلحة أو كانت هناك ضرورة لتزويج الفتى أو الفتاة، وذلك يعني أن المشرع قد جعل من القاضي رقيبا على تزويج الأشخاص الذين لم يبلغوا السن القانونية المحددة، وجعل منه وليا غير مباشر لهم وأمينا على مصالحهم ومقدرا عادلا لظروفهم الخاصة.[7]

على هذا الأساس نجد أن الزواج قبل السن المحددة له خاضع للسلطة التقديرية للقاضي في منح الترخيص من عدمه؛

---

[1] ـ جيلالي تشوار، **سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء 37، رقم4, 1999، ص75.

[2] ـ محمد محده، **الخطبة والزواج- دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية**،ط2 ، دار شهاب، الجزائر، 2000, ص136.

[3] ـ بلحاج العربي، **الوجيز شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول(الزواج والطلاق)**, مرجع سبق ذكره، ص62.

[4] ـ أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[5] ـ جيلالي تشوار، **حماية الطفل عبر الإذن بالزواج**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم1, سنة2000، ص21.

[6] ـ أنظر الملحق رقم 01.

[7] ـ عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، مرجع سبق ذكره، ص89.

مفهوم السلطة التقديرية للقاضي:

دراسة مفهوم السلطة التقديرية للقاضي بوجه عام تهتم في المقام الأول ببيان كيف يسلك القاضي عند إصداره للعمل القضائي، وكيف يواجه الواقع المجرد.[1]

1/ **السُّلْطَة لغة**: سَلِطَ، يَسْلُطُ، سَلاَطَةً، وسَلُط سَلاَطَةً، وَالسَّلاَطَةُ: القَهْرُ وَالحِدَّةُ.

والتَّسْلِيط: إِطْلاَقُ السُّلْطاَنِ، وَقَدْ سَلَّطَ اللهُ عَلَيْهِ فَتَسَلَّطَ وَالاِسْمُ سُلْطَةٌ.

وَالسُّلْطَةُ: التَّسَلُّطُ وَالسَّيْطَرَةُ، وَالتَّحَكُمُ.

وَالسُّلْطاَنُ: الحُجَّةُ وَالبُرْهَانُ وَقُدْرَةُ المَلِكِ، وَسُلْطاَنُ كُلِّ شَيْءٍ شِدَّتُهُ وَحِدَّتُهُ وَسَطْوَتُهُ, وَسُمِّيَ السُّلْطاَنُ سُلْطاَنًا إِمَّا لِتَسَلُّطِهِ أَوْ لأَنَّهُ حُجَّةٌ مِنْ حُجَجِ **اللهِ** فِي أَرْضِهِ وَيُقَالُ لِلأُمَرَاءِ سَلاَطِين لأَنَّهُمُ الذِّينَ تُقَامُ بِهِمُ الحُجَّةُ وَالحُقُوقِ.[2]

فالسلطة إذا تدل على القوة والقهر والتمكن وإن كان التمكن لازما للقوة والقهر، وتدل على التسليط وعلى إطلاق السلطة وضبط النظام ولو بالقوة.

أما إصطلاحا : فالسلطة لا تخرج عن القوة والتمكين من تنفيذ أحكام **الله تعالى** على وجهٍ الإلزام كما يشهد بذلك **القرآن** في قوله **تعالى**: " فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا",[3] فالقول بمنح القاضي سلطة ينبغي أن يعني منح القاضي القوة والصلاحية، وأن يُمَكّن من إستعمالها على الشكل الصحيح، وأن ينفذ ثمراتها ولو بالقوة، وأن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية والنفاذ ما يجعلها مفيدة ومستقلة.[4]

2/ **التقدير لغة:** من قَدَرَ يَقْدِرُ، وَبَابُهُ نَصْرٌ وَضَرْبٌ وَالقَدْرُ وَالقُدْرَةُ، وَالمِقْدَارُ: القُوَّةُ, والقَدْرُ: الغِنَى وَاليَسَارُ، وَهُوَ مِنْ ذَلِكَ لأَنَّهُ كُلُّهُ قُوَّةٌ، وَقَدُرَ كُلُّ شَيْءٍ وَمِقْدَارُهُ، مِقْيَاسُهُ، وَقَدَرَ الشَّيْءَ بِالشَّيْءِ وَقَدَّرَهُ: قَاسَهُ، وَالتَّقْدِيرُ عَلَى وُجُوهٍ مِنَ المَعَانِي:

* التَّرَوِّي وَالتَّفْكِيرُ فِي تَسْوِيَةِ أَمْرٍ وَتَهْيِئَتُهُ.
* تَقْدِيرُهُ بِعَلاَمَاتٍ يَقْطَعُهُ عَلَيْهَا.
* أَنْ تَنْوِيَ أَمْرًا بِعَقْدِكَ، تَقُولُ: قَدَّرْتُ أَمْرًا كَذَا وَكَذَا أَيْ نَوَيْتُهُ وَعَقَدْتُ عَلَيْه، وَيُقَالُ قَدَرْتُ لِأَمْرِ كَذَا أَقْدِرُ لَهُ وَأَقْدُرُ قَدْرًا: إِذَا نَظَرْتُ فِيهِ وَدَبَّرْتُهُ وَقَايَسْتُهُ، وَقَدَرْتُ: أَيْ هَيَّأْتُ وَأَطَفْتُ وَمَلَكْتُ وَوَقَّتُ.[5]

والتقدير إصطلاحا: تبيين كمية الشيء وهو من المعاني اللغوية، والتقدير تحديد كل مخلوق بجده الذي يوجد من حسن وقبح ونفع وضرر وغيرهما.

---

[1] - نبيل إسماعيل عمر, **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)**، د ط، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2008, ص9.

[2] - محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور, **لسان العرب (س ل ط)**, ط5، دار صادر، بيروت, لبنان, 2005, ج7, ص231.

[3] - سورة النساء: الآية 65.

[4] - محمود محمد ناصر بركات، **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي**، تحت إشراف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، دار النفائس، الأردن،2007، ص79-80.

[5] - محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور, **لسان العرب (ق د ر)**, ج12, ص 248.

يستنتج مما سبق أن (السلطة التقديرية) تدل على القوة والصلاحية التي تمنح للقيام بتقدير أمر ما بالتفكير فيه وتهيئته والتدبر فيه، بحسب نظر العقل ومقايسه على أمور أخرى.

بمعنى آخر أن السلطة التقديرية هي عملية ذهنية تتعلق بنشاط يقوم به القاضي لتقدير واقع النزاع المطروح أمامه في ضوء المعطيات القانونية.[1]

وإذا أضيف مصطلح (السلطة التقديرية) للقاضي، فإن معناها سيكون: "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة حل للأمور المعروضة أمامه فالسلطة التقديرية للقاضي أساسها العمل العقلي والنشاط الذهني بمختلف وجوهه.[2]

يتمتع القاضي بالكثير من السلطات التي تنبثق من طبيعة وظيفته, فهو يتمتع بسلطة القضاء أي إصدار أحكام قضائية فاصلة في نزاع نتيجة خصومة قضائية وبعد تحقيق كامل, وذلك من خلال الدعاوى القضائية.

كما أن القاضي يتمتع بسلطة الأمر أي إصدار أوامر ملزمة، وذلك بعد أن تقدم له عريضة يطلب فيها صاحب المصلحة إستصدار أمر حسب طلباته، ويرفق بها المستندات المؤيدة لهذه الأخيرة.[3]

بمعنى هناك حالات تقتضي الضرورة فيها الإلتجاء إلى القاضي لا لحسم نزاع قائم وإنما لإتخاذ تدابير معينة، وللحصول عليها منح المشرع القضاة سلطة الأمر بهذه التدابير بناء على طلب صاحب المصلحة، لإستصدار أمر حسب طلباته يرفق بها المستندات المؤيدة لهذه الأخيرة.[4]

كما يتمتع القاضي كذلك بسلطة الإدارة -إدارة الأعمال القضائية- وهي أعمال يمارسها القاضي وتتعلق بتنظيم مرفق القضاء في الدولة وحسن سيره، ومنها على سبيل المثال: توزيع المهام على القضاة، تحديد جدول الجلسات وساعات إفتتاحها.

من خلال ما سبق نجد أن هناك أسلوبين لأداء الحماية القضائية المطلوبة للحقوق والمراكز القانونية هما: أسلوب العمل القضائي وهو النشاط الأصيل والأساسي للمحاكم، والعمل الولائي والذي يرتكز أساسا على فكرة الإختصار وعدم التقيد بأشكال معينة في ذاتها.

وما يهمنا بالدراسة هو النوع الثاني من السلطات - سلطة إصدار أوامر- حيث يجمع الفقه على أن القاضي في إصداره لهذه الأوامر التي تهدف إلى إتخاذ تدابير وقتية لا يستند على سلطته القضائية، لأن القضاء هو حسم للمنازعة، وهنا لا توجد منازعة أو حسم, وبناء على ذلك يجري الفقه أن هذه السلطة هي السلطة

---

[1] ـ أحمد محمود سعد، **مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني "ماهيتها، ضوابطها، وتطبيقاتها"**، ط1، دار النهضة العربية القاهرة, 1988، ص13.

[2] ـ محمود محمد ناصر بركات، **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، مرجع سبق ذكره**،ص 81-82.

[3] ـ مزعزع موسى، **العمل القضائي والولائي لرئيس المحكمة**، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة17, الجزائر 2006/2009، ص4.

[4] ـ نبيل إسماعيل عمر، **الأوامر على عرائض ونظامها القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية**، د ط، دار الجامعة الجديدة القاهرة، 2004، ص21.

الولاية وهي من طبيعة مغايرة لطبيعة السلطة القضائية, فهي سلطة إصدار أوامر للأفراد يكون المقصود منها المحافظة على وضع معين.
بمعنى أن السلطة الولائية يعترف بها المشرع على أساس أن هناك مراكز قانونية معينة قد تصادفها عقبات أو تتعطل فعاليتها، إذ لا يجوز حل هذه المشاكل عن طريق الإرادة الذاتية لأصحاب الشأن, بل لابد من صدور أمر بذلك من القاضي إعمالا لسلطته الولائية,[1] هذه الأخيرة تقوم على فكرة عدم وجود نزاع بين طرفين, فالقاضي في إطار وظيفته الولائية يتدخل لإزالة العقبة القانونية التي وضعها المشرع والتي شلت إرادة الأفراد وجعلتها غير قادرة على إنتاج الأثر القانوني.

رغم صعوبة حصر الأعمال الولائية نظرا لتعددها وتنوعها، إلا أن أغلب الفقه يتفق على تقسيم الأعمال الولائية إلى ثلاثة أصول هي كالآتي:
- أعمال التصديق والتوثيق - الإذن والإجازة - أعمال الرقابة والضبط

وما يهمنا بالدراسة هو النوع أو القسم الثاني من الأعمال الولائية، حيث يشمل الإذن والإجازة: الأعمال الرامية إلى إزالة عائق يحول بين صاحب الشأن فيمنعه من إتخاذ إجراء أو إبرام تصرف فيلجأ إلى القضاء ليصرح له بذلك.[2]

من بين هذه الأعمال نجد الإعفاء من شرط سن الزواج طبقا لما يقضي به قانون الأسرة حسب نص المادة 07 الفقرة الثانية: "**وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج**", وبالتالي من لم يبلغ سن الزواج -19 سنة- لا يمكنه إبرام عقد زواج إلا بعد الحصول على ترخيص, حيث تعتبر رخصة الترشيد لإبرام الزواج من الأعمال الولائية التي تدخل ضمن الولاية على النفس، طبقا لنص المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: **" يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا".**[3]

*** تعريف الترخيص والإذن عند أهل اللغة:**
ورد تعريف الترخيص في **المعجم الوسيط**:
(رَخَّصَ) لَهُ فِي الأَمْرِ: سَهَّلَهُ وَيَسَّرَهُ, وَيُقَالُ: رَخَّصَ لَهُ فِي كَذَا، وَرَخَّصَهُ فِيهِ: أَذِنَ لَهُ فِيهِ بَعْدَ النَّهْيِ عَنْهُ: (تَرَخَّصَ) فِي الأُمُورِ: أَخَذَ فِيهَا بِالرُّخْصَةِ.
(الرُّخْصَةُ) وَ (الرُخُصَةُ) التَّسْهِيلُ فِي الأَمْرِ وَالتَّيْسِيرُ. وَ- (فِي الشَّرْعِ): مَا يُغَيِّرُ مِنَ الأَمْرِ الأَصْلِيّ إِلَى يُسْرٍ وَتَخْفِيفٍ.[4]

وهو نفس التعريف الوارد في **القاموس الفقهي** (لغة واصطلاحا)، في أن المقصود بالترخيص: التَّسْهِيلُ وَالتَّيْسِيرُ فِي الأَمْرِ وَالإِذْنُ بَعْدَ النَّهْيِ عَنْهُ.
وَالرُّخْصَةُ شَرْعًا : حُكْمٌ شَرْعِيٌّ سَهْلٌ أُنْتُقِلَ إِلَيْهِ عَنْ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ صَعْبٍ لِعُذْرٍ مَعَ قِيَامِ السَّبَبِ لِلْحُكْمِ الأَصْلِيِّ(الدُّوسُقِي).

---

[1] -- نبيل إسماعيل عمر, المرجع السابق، ص23-25.

[2] - هادف مسلم، **الطبيعة القانونية للأوامر على العرائض وآثارها القانونية**، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 17, الجزائر، 2006/2009، ص 18-19-20.

[3] - قانون رقم08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.

[4] - إبراهيم أنيس، عطية الصوالحي وآخرون، **المعجم الوسيط**، مرجع سبق ذكره، ص336.

أما اِصْـطِلاَحًا: الحُكْمُ الثَّابِتُ عَلَى خِلاَفِ دَلِيـلِ الوُجُـوبِ، أَوْ الحُرْمَـةِ, لِعُـذْرٍ. (الشوكاني).[1]

وفي **لسان العرب المحيط لإبن منظور**:

رَخَّصَ لَهُ فِي الأَمْرِ: أَذِنَ لَهُ فِيهِ بَعْدَ النَّهْيِ عَنْهُ, وَالِاسْمُ الرُّخْصَةُ. والرُّخُصَـةُ وَالرُّخْصَةُ: تَرْخِيص. وَالرُّخْصَةُ فِي الأَمْـرِ: وَهُـوَ خِلاَفُ التَّشْـدِيدْ، وَقَـدْ رَخَّصَ لَـهُ فِي كَذَا تَرْخِيصًا فَتَرَخَّصَ هُو فِيهِ أَيْ لَمْ يَسْتَقْصِ. وَتَقُولُ رَخَّصْتُ فُلاَنًا فِي كَـذَا وَكَـذَا أَيْ أَذِنْتُ لَهُ بَعْدَ نَهْيِ إِيَّاهُ عَنْهُ.[2]

وفي **معجم النفائس الوسيط**:

أُذِنَ بِالشَّـيْءِ: إِذْنًا وأَذْنًا وَأَذَانًا وَأَذَانَـةً؛ عُلِمَ بِـهِ- وَلَـهُ فِي الشَّـيْءِ إِذْنًا وَأَذِينًـا: أَبَاحَهُ لَهُ.

الإِذْنُ: الإِجَازَةُ وَالإِرَادَةُ وَالعِلْمُ، وَيُقَالُ فَعَلَهُ بِإِذْنِي أَيْ بِعِلْمِي.

رَخَّصَ: لَه فِي كَذَا: يَسَّرَهُ- وَسَـهَّلَهُ وَ- أَذِنَ لَـهُ فِيـهِ بَعْـدَ النَّهْيِ عَنْـهُ، وَتَقُـولُ: رَخَّصْتُ فُلاَنًا فِي كَذَا وَكَذَا.

تَرَخَّصَ فِي الأَمْرِ، أَخَذَ فِيهِ بِالرُّخْصَةِ، وَ- فِي كَذَا: رَخَّصَ لَهُ فِيهِ.

الرُّخْصَةُ: الرُّخْصَـةُ فِي الأَمْـرِ: التَّخْفِيـفُ وَ- فِي الشَّـرْعِ: مَا يُغَيِّرُ الأَصْـلَ إِلَى يُسْرٍ وَتَخْفِيفٍ.[3]

من خلال ما سـبق نجد أن كل التعـاريف تـدور حـول معـنى واحد وهـو: التسهيل، الإذن، التيسير للأمر والإباحة.

مسألة الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية، هذا الإستثناء الوارد على قاعـدة عدم إمكانية إبرام عقد الـزواج إلا بعد بلـوغ سن 19 سـنة، ليس بالجديد في الأمر 05-02 المعـدل للقـانون 84-11 المتعلق بقـانون الأسـرة الجزائـري بل مسـألة سابقة؛ فمنها ما صدر قبل فترة الإحتلال ومنها ما صدر بعـده, وكلها حـافظت على الإسـتثناء الـذي يمكّن من إبـرام عقد الـزواج قبل بلـوغ السن القانونية المحـددة فنجد:

- قانون رقم 30-323 بتـاريخ 02 مـاي 1930:[4] ورد في نص المـادة الأولى منه إمكانية منح الحاكم العام الإعفاء من السن من أجل أسباب خطيرة بعد أخذ رأي لجنة تتـألف من مستشـار لـدى مجلس قضـاء الجزائـر، ورئيسا وقاضي الصـلح بالقبائل وطـبيب - ويعين أعضـاء هـذه اللجنة في بداية كل سـنة بقـرار من الحاكم العام – تقدم هذه اللجنة تقريرا إستشـاريا لهـذا الأخـير الـذي يقـوم بـدوره تقـديم الرخصة (الحـاكم العـام كـان يعتـبر ممثلا لـرئيس الجمهورية الفرنسـية بالجزائر).

من خلال هذه المـادة نجد أن القـانون أبـاح للسـلطة الفرنسـية الإعفـاء من سن الزواج (15 سنة للفـتى والفتـاة), في حالة وجـود مـبررات موضـوعية وتـرك الأمر للسلطة التقديرية للحاكم العام.

---

[1] - سعدي أبو حبيب، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**، مرجع سبق ذكره، ص 146.

[2] - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم إبن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب**، المجلد السابع، دار صادر، دار بـيروت 138 8هـ/1968م, ص40.

[3] - أحمد أبو حاقة، **معجم النفائس، الوسيط**، ط 1، دار النفائس، بيروت، لبنان، 1428هـ/2007م، ص23، 444.

[4] - قانون رقم 30-323 بتاريخ 02 ماي 1930، يتعلق **بالتصريح بالخطوبة وسن زواج القبائل.**

- قـانون رقم 59-274:[1] حيث جـاء في نص المـادة الخامسة منه على إمكانية الـزواج قبل بلـوغ السن القانونية المحـددة لـذلك (18 سـنة للرجـل، و15 سنة للمرأة) حيث يجوز لرئيس المحكمة الإبتدائيـة، بنـاء على دوافع قوية الإعفـاء من شرط السن.

- قـانون رقم 63-224:[2] حيث جـاء في نص المـادة الأولى أنه بإمكـان رئيس المحكمة الإبتدائية أن يمنح بناء على دوافع قوية بعد أخذ رأي مفـوض الدولة إذن بالإعفاء من شروط السن (18 سنة للرجل و16 سنة للمرأة).

- قانون 84-11:[3] نصت المادة 7 منه على إمكانية الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية (21 سنة للرجل، 18 سنة للمرأة) في حالة ما إذا كانت هناك مصـلحة أو ضرورة, إلى جانب التأكد من قدرة الطرفين على الزواج.

- أمر 05-02 المعدل للقانون 84-11:[4] عُـدّلت المـادة السـابعة فيما يتعلق بتوحيد سن الزواج بين الرجل والمرأة (19 سنة) مع الحفاظ على الإستثناء. (إمكانية الإذن بالزواج قبل هذه السن بناء على وجود مصلحة وضـرورة إلى جـانب التأكد من قدرة الطرفين على الزواج).

حيث إفترض المشرع الجزائري أنه في حدود التاسعة عشرة سنة المحـددة للـزواج سـيكون الشـخص على مسـتوى معين من الثقافة والنضج الإجتمـاعي ولا يعتـبر هـذا ماسا بحرية المواطـنين وإنما مراعـاة للحيـاة الإقتصـادية في المجتمع الجزائري، والناحية الإجتماعية والتكوين العلمي.[5]

وخروجه عن القاعدة العامة والسـماح بـالزواج دون السن المحـددة لم يكن خروجا سلبيا، وإنما هو خروج مقيد على شرط طلب الإعفاء المسبق من القاضي، هذا الإعفاء ينـدرج ضـمن البيانـات الـواجب إيرادها في عقد الـزواج حسـبما نصت عليه المـادة 73 من قـانون الحالة المدنيـة: "**يجب أن يـبين في عقد الـزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بـأن الـزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون.**

كما يجب فضلا عن ذلك أن يبين فيه ما يلي:

1- الألقاب والأسماء والتواريخ ومحل ولادة الزوجين. 2- ألقـاب وأسماء أبوي كل منهما.

3- ألقـاب وأسـماء وأعمـار الشـهود. 4- الـترخيص بـالزواج المنصـوص عليه بمـوجب القـانون عند الاقتضـاء. 5- الإعفـاء من السن الممنـوح من قبل السـلطات المختصة إذا لـزم الأمر".[6]

---

[1] - أمر رقم 59-274 الصادر بتاريخ 04/02/1959، والمتضمن **قانون الأحوال الشخصية**.

[2] - قانون رقم 63-224 بتاريخ 29 جوان 1963 المتضمن **تحديد سن الزواج**،ج ر2,يوليو 1963.

[3] - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984, يتضمن **قانون الأسرة**.

[4] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[5] - عيسى حداد، **عقد الزواج، دراسة مقارنة**، مرجع سبق ذكره، ص 106-107.

[6] - أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق **بالحالة المدنية**.

من بين التراخيص الواردة في البيان الرابع المذكور في نص المادة نجد: الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية؛ حيث جرى العمل القضائي في كل المحاكم ولمنح الرخصة المسبقة التي يقتضيها القانون لأجل تسجيل الزواج، تقديم ما يلي:

- طلب مكتوب من الولي، يتضمن عرض أسباب الترشيد والضرورة التي إقتضت إلى ذلك.
- شهادة طبية من طبيب محلف لإثبات السلامة العقلية والقدرة البدنية والصحية على متاعب البيت، ومؤكدة بصورة شمسية للقاصر.
- حضور القاصر شخصيا ووليه أمام القاضي بغرض التحقق من القاصر بذاته ومدى موافقته على الزواج.[1]

ضف إلى ذلك شهادة ميلاد الولي- شهادة ميلاد القاصر- شهادة ميلاد زوج القاصر – نسخة من بطاقة التعريف الوطنية للولي- طابع جبائي 500 دج.

الطلب يتقدم به ولي القاصر أو ممثله القانوني مثل وليه أو وصيه إلى قاضي شؤون الأسرة التي يسكن بدائرة إختصاصها المعني نفسه أو وليه وهذا طبقا لنص المادة 11/02 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر05-02: "**يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له**", وكذلك ما جاء في المادة 81 من نفس القانون: "**من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم**";[2] وهو ما ينطبق عليه الترخيص بالزواج.

(القاصر-ة- لا يستطيع أن التقدم بطلب الترخيص لعدم التمتع بأهلية التقاضي).

من خلال المادة 11/02 المذكورة أعلاه نجد أن المشرع قد راعى عنصر الشفقة التي تقوم على أساسها الولاية, فيتولى زواج القاصر أبوه وإن لم يكن تنتقل الولاية إلى الأقربين درجة وفي حالة إنعدامهم يؤول الأمر إلى القاضي الذي يعد ولي من لا ولي له.

وبهذا النص يكون المشرع قد قرر حماية القصر في عقد الزواج ولم يخرج عن القاعدة العامة الموجودة في القوانين الأخرى لما توليه من أهمية لهذه الفئة التي هي بحاجة إلى حماية أكثر, وما يؤكد هذا أن المشرع أخذ بولاية الإختيار فيما يخص البنت القاصرة بمعنى لا يمكن للأب إجبارها على الزواج وهو ما يعرف بولاية الشركة أي المرأة تشارك وليها قرار زواجها,[3] طبقا لنص المادة 13 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر05-02: "**لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج, ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها**".[4]

وبالتالي إذا كان قانون الأسرة يخاطب ويلزم كافة الجزائريين أن لا يجبروا البنت على الزواج سواء كانت ثيبا أو بكرا, بلغت أو لم تبلغ سن الزواج، فإنه إذا ما أجبر الولي إبنته وأبرم العقد في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إجبار البنات على

---

[1] - علي بداوي، **عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني**، العدد الثاني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ص32.

[2] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[3] - عيسى حداد، **عقد الزواج، دراسة مقارنة**، مرجع سبق ذكره, ص141- 142.

[4] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

الزواج فإن مثل هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية لكونه مخالفا للمادة 97 من قانون الحالة المدنية,[1] التي تشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقد خارج الوطن الشروط الأساسية التي يتطلبها قانون بلده لإمكان عقد الزواج في الفقرة الأولى منها: "**إن الزواج الذي ينعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج**",[2] بل الأكثر من كل ما سبق نجد أن القانون قد منح المرأة إن تعرضت إلى حالة الإجبار في الزواج اللجوء إلى القاضي لمنع سلطة الإجبار عليها.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا:" **إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون، وحيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن فسخ عقد الزواج الذي قضى به قاضي الموضوع هو بمثابة حكم التطبيق، كون المطعون ضدها بعد بلوغها سن الرشد هي في حالة إختيار قبل البناء بها، وبالتالي لها الحق الشرعي في طلب فسخ عقد إتمام الزواج أو طلب التطليق.**
وعليه فإن قاضي الموضوع قد أسس حكمه المنتقذ تأسيسا قانونيا، الأمر الذي يجعل الوجه الأول غير مؤسس ويتعين رفضه".[3]

وبالتالي في زواج القاصر الذي لم يبلغ سن 19 سنة لا بد من الرضا على إعتبار أنه الركن الوحيد في عقد الزواج طبقا لنص المادة 9 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02:
"**ينعقد الزواج بتبادل رضا الطرفين**",[4] وعلى القاضي قبل ترخيصه بالزواج أن يتأكد من رضا القاصر ومن عدم وجود إكراه أو أي ضغط عليه، كل هذا حماية للأطفال من إنزلاق أهلهم نحو المنفعة الفردية البحتة في زواجهم، إذ لا مصلحة لهم في هذا العقد بل قد يكون ضررا محضا لهم فعند بلوغ الفتى أو الفتاة يجد نفسه متزوجا بشخص لم يأخذ رأيه فيه، إضافة إلى إختلافهما في الطباع والأخلاق ربما.[5]

بحديثنا عن الولي الذي لا يجوز له الإجبار على الزواج ويقع على عاتق القاضي قبل الترخيص التأكد من عدم وجود أو ممارسة الضغط على القاصر, يتعين علينا ترتيب الولاية بالنسبة للبنت القاصرة.

1- **الأبوة:** هي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليها سواء كان الأب أو الجد، وإن علا لأن الأب والجد لا فرق بينهما من حيث الشفقة على الفروع غير أن الأولوية للأب عند وجوده، فإن لم يكن موجودا فالجد، إلا بسقوط أحد شروطها:
- عجز الولي عن القيام بهذه الولاية.

---

[1] - عيسى حداد، **عقد الزواج، دراسة مقارنة**، مرجع سبق ذكره، ص142.
[2] - أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق **بالحالة المدنية**.
[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 21/02/2001، ملف رقم255711، مجلة قضائية لسنة 2002، عدد 02، ص425-426.
[4] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.
[5] - جيلالي تشوار، **حماية الطفل عبر الإذن بالزواج**، مرجع سبق ذكره، ص19.

- الحجر عليه لإنعدام الأهلية وتوفر سبب الحجر سفاهة أو جنون.
- سقوطها بقوة القانون عند الوفاة سواء كانت الوفاة حقيقة أو حكما.[1]

2- **الأخوة:** هذه القرابة التي تؤهل أصحابها للحصول على سلطة الولاية إلا إذا تعذرت قرابة الأبوة، ومتى ثبتت للأخوة، فإنها تكون حقا للقرابة القوية على القرابة الضعيفة، فتقدم قرابة الأخ الشقيق على قرابة الأخ لأب، وتقدم هذه الأخيرة على قرابة الأخ لأم، طبقا لنص المادة 154 من قانون الأسرة الجزائري:" **إذا كان الموجود من العصبة أكثر من واحد وإتحدوا في الجهة كان الترجيح بينهم بالدرجة فيقدم أقربهم بالدرجة إلى الميت، وإذا إتحدوا في الجهة والدرجة كان الترجيح بقوة القرابة، فمن كان ذا قرابة قدم على من كان ذا قرابة واحدة، وإذا إتحدوا في الجهة والدرجة والقرابة ورثوا بالتعصيب وإشتركوا في المال بالسوية**",[2] وهذا تطبيقا لقاعدة الأقرب يحجب الأبعد.

3- **العمومة:** إذا كانت الولاية تقوم على عنصر الشفقة فإن قرابة العمومة تأتي في الدرجة الرابعة لنيل الولاية على النفس، ومتى تعدد أعمام المولى عليها، تقدم الجهة الأكثر قرابة، فيقدم العم الشقيق على العم لأب، ويقدم العم لأب على العم لأم، طبقا لقاعدة الأقرب يقدم على الأبعد، وهو المبدأ المنصوص عليه في المادة 154 أعلاه التي تقدم صاحب القرابتين على صاحب القرابة الواحدة بحسب درجة الإرث فيكون الأقرب حاجبا للأبعد.

4-**القاضي**: في حالة عدم وجود الأصناف من الأقارب السابق ذكرها، ترجع الولاية للقاضي بإعتباره وليا لمن لا ولي له طبقا لنص المادة 11 من قانون الأسرة.

الحاصل هو أن الولي ضروري في عقد الزواج، سواء كانت المرأة ثيبا أو بكرا، ووجوده في العقد من شروط البناء الأساسية ذلك أن عقد الزواج يتميز عن بقية العقود نظرا لما يرتبه من آثار عظيمة بإعتباره ميثاقا غليظا لذا وجب الحذر فيه وهذا لا يتأتى إلا ممن كانت له خبرة واسعة بشؤون الحياة وأسرار الرجال- والمقصود هنا هو الولي- لأن المرأة كالقارورة كما قالَ رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ أن المرأة سريعة التأثر والإنخداع، والإنسياق وراء العواطف الخادعة.[3]

غير أن طلب الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية الذي يتقدم به ولي القاصر- وحددنا الأولياء كما سبق - يجوز كذلك أن يتقدم به كل شخص له مصلحة، غير أنه في هذه الحالة عند إمتناع الولي من تقديم طلب الترخيص ويتقدم شخص آخر، يدرس القاضي لماذا لم يتقدم ولي القاصر وينظر في الطلب بدقة، ومتى تأكد للقاضي توفر الضرورة والمصلحة التي تستدعي الترخيص منح هذا الأخير حتى ومن دون رضا الولي طبقا لما نصت عليه المادة 124 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: **"يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص، بالسهر على حماية مصالح القصر"**.[4]

---

[1] - محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987، ص119.

[2] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[3] - عيسى حداد، **عقد الزواج، دراسة مقارنة**، مرجع سبق ذكره، ص149-150.

[4] - قانون رقم08 -09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.

وبالتـالي فالقاصر يحصل على الإذن بـالزواج حـتى وإن كـان الـولي رافضا ذلك, وهذا متى رأى القاضي أنه أصلح له.

حيث أنني تناقشت مع قاضي بمحكمة أم البـواقي وهو القاضـي: مسـعودي بشير، حيث أفادني ببعض الحالات الواقعية بهذا الصدد؛ إذا كان الولي رافضا لزواج القاصرة فإن دور القاضي يبدأ في التحقيق حول سبب هذا الرفض، ويتأكد إن كـان متعسفا أم لا, على هذا الأساس نميز بين حالتين:

أولا: إذا كان الولي ظالما متعسفا، ولم يدعِّم رفضه بتـبرير أو سـبب مقنـع، وثبت للقاضي وجود مصـلحة أو ضـرورة في زواج هـذه القاصـرة وتأكـدت قـدرتها على الزواج كـان للقاضي منحها الـترخيص رغم رفض وليهـا, أما إذا لم تكن هنـاك مصلحة أو ضرورة فلا مجال لمنح الرخصة.

ثانيا: إذا تبين للقاضي أن الولي غير متعسف وكان له سبب وعـذر مقبـول، وتأكد من عدم وجود مصلحة وضرورة فلا يرخص بالزواج.

إلى هنا نجد أن الولاية تنتقل إلى القاضي مباشـرة بعد رفض الـولي تـزويج القاصر, وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في منحه الترخيص من عدمه.

وذات الشيء أفادني به قاضي- رفض ذكر إسـمه- بـالمجلس القضـائي بـأم البـواقي بمنح القاضي الـترخيص بـالزواج للقاصـرة الـتي رفض وليها تزويجها دون سبب أو عذر و كانت هناك مصلحة وضرورة.

وهو ما ذكـره محمد أبو زهـرة- الأحـوال الشخصـية- في عضل الـولي:" **إذا إمتنع الـولي عن زواج من هو في ولايتـه، وكـان إمتناعه بغـير سـبب شـرعي يـبرره، فـإن الولاية تنتقل إلى القاضي ولأن الامتنـاع ظلم, وولاية رفع المظـالم للقاضي فهو الـذي يتـولى بالنيابة عن الـولي الممتنع**".[1]

وما ذكـره السـيد سـابق- فقه السـنة-: " **اتفق العلمـاء على أنه ليس للـولي أن يعضل موليته ويظلمها بمنعها من الـزواج، إذا أراد أن يتزوجها كفء بمهر مثلها، فإذا منعها في هذه الحالة كان من حقها أن ترفع أمرها للقاضي ليزوجهـا، ولا تنتقل الولاية في هـذه الحالة إلى ولي آخر يلي هـذا الـولي الظـالم، بل تنتقل إلى القاضي مباشـرة لأن العضل ظلم، وولاية رفع الظلم إلى القاضـي, أما إذا كـان الإمتنـاع بسبب عذر مقبول كـأن يكـون الـزوج غـير كفء أو المهر أقل من مهر المثل، أو لوجود خـاطب آخر أكفء منه فـإن الولاية في هـذه الحـال لا تنتقل عنه لأنه لا يعد عاضلا**".[2]

من خلال ما سبق نجد أنه صحيح يشـترط رضا القاصر وإذن الـولي لكن في حال ما إذا تعسف هذا الأخير نغلب المصـلحة والضـرورة ونـزوّج القاصر حـتى ولو برفض الولي.

بعد عرضنا للوثائق الواجب تقديمها لأجل الحصـول على الإذن بـالزواج وبعد معرفة من يحق له التقـدم بهـذا الطلب و كـذا القاضي المختص بـالترخيص وهو

---

[1] ـ محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، مرجع سبق ذكره، ص117.

[2] ـ السيد سابق، **فقه السنة**, المجلد الثاني، ط 21، المكتبة العصرية، بيروت, 1998، ص205-206.

قاضي شؤون الأسرة - قبل التعديل كان رئيس المحكمة - والمحكمة المختصة هي طبقا لنص المادة 426/07 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " **تكون المحكمة المختصة إقليميا: 7 - في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص**",[1] نبحث الآن في المقصود بالمصلحة والضرورة وكذا القدرة التي على أساسها يمنح قاضي شؤون الأسرة الترخيص بالزواج.

الإذن بالزواج يجب أن يكون سابقا للعقد، وقد علقه المشرع على شرطين:
- أن تكون هناك مصلحة وضرورة.
- أن يتأكد القاضي من قدرة الطرفين على الزواج.

ففي ما يتعلق بالشرط الأول: إستعمل المشرع كلمتي مصلحة وضرورة وهما كلمتان عامتان جدا وجعلهما سببين لجواز تزويج القاصر (ناقص الأهلية), وترك تحديدهما للسلطة التقديرية للقاضي وكما هو معلوم ما يعتبر مصلحة وضرورة عند قاضي يمكن أن لا يعتبر كذلك عند آخر، كما أن المصلحة والضرورة بحد ذاتها تتغير وتتفاوت من حيث الأزمان والظروف.

نتعرض فيما يلي إلى المقصود بالمصلحة والضرورة مع تقديم أمثلة عنها:

معيار المصلحة أو الضرورة لمنح الإذن بالزواج:

إن أحكام الإذن بالزواج قد أرسيت على ركيزة بالغة الأهمية تكمن في وجود مصلحة أو ضرورة وعلى القاضي مراعاتهما في منحه الإذن بالزواج من عدمه، إلا أن المشرع لم يحدد الحالات التي تدخل ضمنهما، لكن ما يمكن قوله هنا هو أن قصد المشرع في عدم تحديده العناصر المكونة للمصلحة أو الضرورة؛ في محله ذلك أن مفهومهما مفهوم نسبي يتغير حسب الأزمنة وحسب المجتمعات وما على القاضي إلا القضاء حسب كل حالة على حدى.

1- وجود مصلحة:

المصلحة لغة - في **لسان العرب** - من صَلُحَ، الصَّلاَحُ، ضِدَّ الفَسَادِ، صَلَحَ ، يَصْلُحُ ويصْلَحُ صَلاَحاً وَصُلُوحًا، وَالإِصْلاَحُ نَقِيضُ الإِفْسَادِ، وَالمَصْلَحَةُ: الصَّلاَحُ، وَالمَصْلَحَةُ وَاحِدَةُ المَصَالِحِ وَالاِسْتِصْلاَحُ نَقِيضُ الإِسْتِفْسَادِ، وَأَصْلَحَ الشَّيْءَ بَعْدَ فَسَادِهِ: أَقَامَهُ.[2]

كما ورد تعريفها في **القاموس الفقهي**: المَصْلَحَةُ: الصَّلاَحُ، (ج) مَصَالِحْ. ــ المَنْفَعَةُ.[3]

وبالتالي نطلق المصلحة في تعريفها اللغوي على المنفعة أو على الفعل الذي فيه صلاح أو نفع ومعنى هذا أن المصلحة في اللغة عبارة عن جلب منفعة أو دفع ضرر وإزالته.

أما التعريف الإصطلاحي لها فهو تحقيق المصالح المقصودة بالشرع والقانون بتحصيل المنافع وإبعاد المفاسد.[4]

---

[1] - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25/02/2008 يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية** .

[2] - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب**، المجلد الثاني، د ط، دار صادر، دار بيروت بيروت، 1388هـ/1968م، ص516-517.

[3]- سعدي أبو جيب، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**، مرجع سبق ذكره، ص 215.

[4]- محمد سراج، **أصول الفقه الإسلامي**، مرجع سبق ذكره, ص208-209.

كمثال عن المصلحة: حالة الفتاة التي بلغت 17 سنة من عمرها وليس لها ولي يأويها ومال يحميها، فالأفضل لها وحفاظا على شرفها أن يُمنح الإذن لها بالزواج.

كذلك الفتاة التي تخشى الوقوع في الفاحشة إذا لم تتزوج وقد تقدم شاب للزواج بها؛ على القاضي السماح لها بالزواج، وإلا كانت خسارة على المجتمع.[1]

2- وجود ضرورة:

الضرورة لغة - في **لسان العرب المحيط** - اِسْمٌ لِمَصْدَرِ الاِضْطِرَارِ وَهُوَ الاِحْتِيَاجُ إِلَى الشَّيْءِ وَقَدِ اضْطَرَّهُ إِلَيْهِ الأَمْرُ، وَتَقُولُ حَمَلَتْنِي الضَّرُورَةُ عَلَى كَذَا وَكَذَا، وَقَدِ اضْطَرَّ فُلاَنٌ إِلَى كَذَا وَكَذَا وَالضَّرَرْ: الضِّيق، وَرَجُلٌ ذُو ضَرُورَةٍ أَيْ ذُو حَاجَةٍ، وَقَدِ اضْطَرَّ لِلشَّيْءِ أَيْ أُلْجِئَ إِلَيْهِ.[2]

وفي **المعجم الوسيط**: الضَّرُورَةُ: الحَاجَةُ. وَ ــ الشِّدَّةُ لاَ مَدْفَعَ لَهَا. وَ ــ المَشَقَّةُ. (الضَّرُورِيُّ): كُلُّ مَا تَمُسُّ إِلَيْهِ الحَاجَةُ. (إِضْطَرَّهُ) إِلَيْهِ: أَحْوَجَهُ وَأَلْجَأَهُ.[3]

وفي **القاموس الفقهي:** الضَّرُورِيُّ: كُلُّ مَا تَمُسُّ إِلَيْهِ الحَاجَةُ. ــ كُلُّ مَا لَيْسَ مِنْهُ بُدٌّ.[4]

وكما عرفها **وهبة الزحيلي**: الضرورة: هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة وضوابطها:

- أن تكون قائمة لا منتظرة.
- أن يتعين على المضطر مخالفة الأوامر وبالتالي على الحاكم مسايرة الأوضاع الخاصة التي يمكن أن تصادف الأفراد لتحقيق مصالحهم ودفع المفاسد عنهم، وعليه لوجود الضرورة يتم السماح بالقيام بما يدفع الضرر ويجلب المصلحة.[5]

من خلال ما سبق نجد أن التعاريف تدور حول معنى واحد للضرورة وهو الحاجة والشدة التي لا مدفع لها و المشقة البالغة والحرج الشديد.

وضعت عدة قواعد في تفسير الضرر المقصود منه إعفاء الناس ورفع الحرج عنهم تتمثل في:

1- الضرر يزال, 2- الضرورات تبيح المحظورات,
3- يرتكب أخف الضررين لدفع أعظمهما, 4- تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام,
5-المشقة تجلب التيسير, 6-الأمر إذا ضاق إتسع.

ما يهمنا هي القاعدة الثانية "الضرورات تبيح المحظورات"، وهي قاعدة فقهية شرعية المقصود منها: الممنوع يصبح مباحا وجائزا عند الضرورة، حيث ذهب الفقيه أبو إسحاق الشاطبي إلى أن الضرورة تستدعي الترخيص، إذا فالإباحة هي حكم الرخصة التي إستدعتها حالة الضرورة.[6]

---

[1] - جيلالي تشوار، **حماية الطفل عبر الإذن بالزواج**، مرجع سبق ذكره،ص 26.

[2] - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب المحيط**, المجلد الثاني من الزاي إلى الفاء أعاد بناءه على الحرف الأول للكلمة يوسف خياط ونديم مرعشلي، **دار لسان العرب**، بيروت، د ت ن، ص525.

[3] - إبراهيم أنيس وعطية الصوالحي وآخرون، **المعجم الوسيط**, ج1، مرجع سبق ذكره، ص537-538.

[4] - سعدي أبو جيب، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا**، مرجع سبق ذكره، ص 224.

[5] - وهبة الزحيلي, **نظرية الضرورة الشرعية**, ط5, مؤسسة الرسالة، بيروت، 1418هـ/1997م, ص68-69 ,311.

[6] - محمود محمد عبد العزيز الزيني، **الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، تطبيقاتها- أحكامها- آثارها، دراسة مقارنة**، د ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1991، ص29-30.

وبالتالي فالمشرع إشترط قيام حالة الضرورة حتى يمنح القاضي الـترخيص بـالزواج قبل سن الأهليـة، بمعـنى أن له السـلطة الكاملة في تقـدير ذلك لأنه من أولى المختصين في مثل هذه القضايا.

وتجدر الإشارة في هذا السـياق إلى أن التشـريع الجنـائي يقـدم أمثلة لحالة الضرورة على النحو التالي:

1- **في حالة الإعتداء:** نصت المادة 326/1 من قانون العقوبـات الجزائـري على ما يلي: "**كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشـرة سـنة، وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شـرع في ذلك فيعـاقب بـالحبس لمـدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2.000 دج**".

2- **في حالة الخطف:** نطبق الفقرة الثانية من المادة 326 من قانون العقوبـات الجزائري: "**وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعـدة من خاطفهـا فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضـد الأخـير إلا بنـاء على شـكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الـزواج ولا يجـوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله**".[1]

قضية رقم 49521 قرار5/01/1988.

- قرار المحكمة العليا:

تشترط المـادة 326 من قـانون العقوبـات لتطبيقها تـوافر فعل الخطف أو الإبعـاد، بحيث إذا ثبت أن القاصـرة تعمـدت الهـروب من بيت والـديها من تلقـاء نفسها دون تدخل المتهم أو تأثير منه انتفت الجريمة.[2]

من خلال نص هـذه المـادة نجد أن الفقـرة الأولى تتعلق بالعقوبة المقـررة قانونا بكل من يخطف أو يحـول فتـاة، أما الفقـرة الثانية تتعلق بإنشـاء عقد زواج وبتكـوين أسـرة بين شخصـين أحـدهما معتـدي وخـاطف، والثـاني معتـدى عليه ومخطوف وهو أمر يصعب هضمه أو إسـتيعابه من أول وهلة نظـرا لما قد ينشأ من حقد وبغض وتنافر بين المعتدي والمعتدى عليها، ولاسيما إذا علمنا أن المادة الثالثة من قـانون الأسـرة المعـدل بمـوجب الأمر 05-02 تقضي بـأن الأسـرة تعتمد على حسن المعاشرة وحسن الخلق ونبد الآفات الإجتماعية وأن المادة الرابعة منه تنص على المـــودة والرحمة والتعـــاون داخلها ضف إلى ذلك وجـــوب تبـــادل الرضا بين الطرفين إيجابا وقبولا طبقا لنص المادة 9 من نفس القانون.

لـذلك يمكن القـول أن قـانون العقوبـات بعد أن وصف فعل الإختطـاف أو الإبعـاد بأنه جريمة معـاقب عليها بـالحبس والغرامة تراجع قليلا إلى الـوراء, بقصد حماية مصـــلحة الضـــحية المخطوفة أو المبعـــدة، وبقصد ســـتر فضـــيحة عملية الإختطـاف على ما يبـدو ذلك أنه إذا ما تـزوجت القاصـرة من خاطفها فلا يمكن أن تتخذ ضـده إجـراءات المتابعة الجزائيـة، إلا بنـاء على شـكوى ممن لهم صـفة في طلب بطلان عقد الـزواج، ثم تراجع خطـوة ثانية إلى الـوراء وقـال لا يجـوز الحكم على الخاطف إلا بعد القضاء ببطلان العقد وكأن إعلان رغبة المخطوفة في الزواج

[1] - أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966, يتضمن قانون العقوبات.

[2] - المرجع السابق.

من خاطفها وإبـــرام عقد الـــزواج بينهما عمل يزيل الصـــفة الجرمية عن فعل الإختطاف أو الإبعاد, إذا كان هذا العقد قد تم بنـاء على رغبة حقيقية وشخصـية من الضـحية وقبـول غـير مشـوب بـالإكراه المعنـوي من الخـاطف ودون معارضة ولي المخطوفة على عقد زواج من في ولايته مع خاطفها أو مبعدها.

لكن إذا خطف أو أبعد شـخص فتـاة لم تبلغ سن 18 سـنة من عمرها ثم أعلنت رغبتها في الـزواج منه وقبل هو تلك الرغبة وتزوجا أمـام الموثق أو أمـام ضـابط الحالة المدنية بالبلدية دون أن تكـون النيابة العامة قد حـركت الـدعوى الجزائية ودون أن تكـون إجـراءات المتابعة قد وقعت مباشـرتها فـإن ممثل النيابة العامة أو وكيل الجمهورية لا يستطيع إقامة الدعوى العامة ضد المتهم الخـاطف أو المبعـد، ولا يسـتطيع تقديمه إلى المحكمة وطلب الحكم عليه بالعقوبة المقـررة قانونا لجريمة الإختطاف إلا إستنادا أو إستماعا لشكوى مقدمة إليه شفاهة أو كتابة من أي شخص من الأشـخاص الـذين منحهم القـانون سـلطة أو حق طلب القضـاء ببطلان هـذا العقد الواقع بين المخطوفة وخاطفهـا، ولخلل أو لعيب من العيـوب المبطلة لعقد الـزواج مثل تخلف ركن الرضـا، ومثل تخلف بلـوغ السن القانونية لأهلية الزواج أو عدم الحصول على الإعفاء منه من الجهة المختصـة, ومثل الـزواج مع غير المسلم ومع غير الكتابية.[1]

ومع ذلك فإنه إذا كـــان العقد بين المخطوفة وخاطفها إنعقـــد، وأن من له صـــلاحية طلب البطلان قد قـــدم شـــكوى إلى وكيل الدولة أو إلى أي جهة مخولة بصلاحية تلقي الشكاوي ثم طلب الحكم ببطلان هذا العقد، وأن النيابة تبعا لذلك قد باشـرت إجـراءات المتابعة الجزائيـة، وأن دعـوى بطلان العقد مطروحة على جهة من الجهات القضائية فإن الفصل في الدعوى العامة والحكم بالعقوبة المقررة في جريمة الإختطاف لا يجوز النطق به إلا بعد القضـاء ببطلان عقد الـزواج وصـيرورته نهائيا.

من خلال ما ســـبق يمكن القـــول بـــأن زواج المخطوفة من خاطفها يمنع متابعته جزائيا إلا بنـاء على شـكوى مقدمة ممن له حق طلب بطلان هـذا الـزواج، وأن تسليط العقاب على الخـاطف لا يمكن وقوعه إلا بعد الحكم نهائيا ببطلان عقد الـــزواج، إذا كـــان هـــذا هو المفهـــوم الظـــاهري من نص المـــادة 326 من قـــانون العقوبـــات، فإنه يتحتم علينا وضع المســـألة في قالبها الصـــحيح وأن نتعـــرض إلى الحالات التي يمكن أن تطرأ قبل إنجاز وقائع جريمة الإختطاف ونجملها على النحو التالي:

1 **- حالة ما قبل إنعقاد الـزواج:** إذا وقعت الجريمة وبلغ أمرها إلى رجال الشرطة القضائية ومنها إلى وكيل الجمهورية، فإن هذا الأخير يكـــون بإمكانه جمع الأدلة الكافية وتحريك الـــدعوى العامة ثم إحالة المتهم إلى الجهة القضـــائية المختصة للفصل فيها حسب ما هو مقرر في الفقرة الأولى من المادة 326 قانون العقوبات، دون حاجة إنتظار تقديم شكوى من أي أحد كان.

2 **- حالة ما بعد إنعقـاد عقد الـزواج:** إذا وقعت جريمة الإختطـاف والإبعـــاد وفقا للأوضـــاع المحـــددة في الفقـــرة الأولى من المـــادة 326 قـــانون العقوبات، وبعد ذلك مباشرة أعلنت المخطوفة رغبتها في الزواج من خاطفها، وتم إنعقاد عقد الزواج وفقا للقواعد المحددة في قانون الأسرة، ثم حصل بعد ذلك كله

[1] - عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**, ط3، دار هومه, الجزائر, 1999, ص67-68.

أن بلغت النيابة العامة أو وكيل الجمهورية عن طريق الشـــرطة القضـــائية أو عن طريق آخر فإن ممثل النيابة العامة لا يستطيع أبدا أن يحرك الدعوى العامة ضد الخـــاطف من تلقـــاء نفسه إعتمـــادا على ما نصت عليه المـــادة 36 من قـــانون الإجـــراءات الجزائية وإنما يجب عليه في مثل هـذه الحالة أن يـتريث وأن يـترقب تقديم شكوى من أحد الذين وردت الإشارة إليه في الفقرة الثانية من المـادة 326 قـانون العقوبـات, ذلك أن سـلطة وكيل الجمهورية في ممارسة الـدعوى العامة مقيدة بشرط تقديم شكوى من الغير.[1]

3- حالة تقديم شكوى ضد الخاطف: الجـزء الثـاني من الفقـرة الثانية من المادة 326 ق ع فتح الباب واسـعا أمـام ممثل النيابة ليقـوم بإتخـاذ إجـراءات المتابعة الجزائية ضد الخـاطف مـتى تـوفر له شـرط تقـديم الشـكوى المصـحوبة بطلب بطلان عقد الزواج الذي كان قد أبـرم بين المخطوفة وخاطفهـا، إلا أنه كـان هنـاك قيد على سـلطة القاضي بحيث أنه لا يجـوز الحكم على الخـاطف وتسـليط العقـــاب عليه رغم إتخـــاذ إجـــراءات المتابعة إلا بعد الفصل في طلب بطلان عقد الزواج والقضاء نهائيا ببطلانه من الجهة القضائية المختصة.[2]

لكن الملاحـــظ؛ أن هـــذا النص قد حمله بعض قضـــاة الحكم والنيابة ما لم يحتمل وحكموا ببراءة الخاطف بمجرد الإستظهار بعقد الزواج وربما بعد أن يكونـوا قد واعـدوه وهـددوه بأنه سيقضي بعقوبته ويـدخل السـجن إذا لم يعقد زواجا على ضحيته، هذا العقد الذي كثـيرا ما يخضع لمسـاومات بين النيابة والمتهم أحيانا وبين المتهم وولي الضحية أحيانا أخرى.

وعلى الرغم من أن مثل هذا العقد يعتبر عقدا مشوبا بعـدم الرضا الحقيقي، وليس الهـدف منه إرتبـاط رجل بـامرأة إرتباطا شـرعيا من أجل حيـاة مشـتركة، مسـتقرة دائمة بقـدر ما هي إفلات المتهم من العقـاب بسـبب عقد زواج من هـذا النوع، ثم لا يكون هناك عرس ولا دخـول، وبعد فـترة يتحـول الـزواج إلى المحكمة لطلب الطلاق، ولكن الـــذي يهمنا هنا هو ليس التحايل على تطـــبيق القـــانون بإســـتعمال القـــانون، وإنما هو ما يتعلق بالحالة المدنية من حيث قبـــول أو رفض الموثق أو ضـابط الحالة المدنية لعقد مثل هـذا الـزواج، ومن حيث القيمة القانونية لهذا الزواج.[3]

1- من حيث قبـــول أو رفض عقد الـــزواج: من حيث قبـــول أو رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية لعقد مثل هذا الزواج يتعين قبل ذلك أن يتحقق من أن الهدف من الزواج بناء أسرة وإقامة حياة زوجية حقيقية، وأن يتحـرى عن الرضا الحقيقي وليس الصوري أو المشوب بإكراه معنوي أو مدفوع إليه لتغطية الفضيحة أو الإفلات من العقـــــاب، وإذا علم الموثق أو ضـــــابط الحالة المدنية بالواقعة الإجرامية، وتبين له عدم توفر ركن الرضا أو تبين عدم موافقة الولي عن الزواج أو عـدم وجـود رخصة بـالزواج من القاضي فإنه يجب عليه رفض تسـجيل مثل هـذا العقـد، ويخـبر وكيل الجمهورية بـذلك، وإذا أبـرم عقد الـزواج دون الحصـول على موافقة الـولي أو رخصة القاضي للقاصر فإنه سـيعرض نفسه للعقوبة كما سـيأتي البيان في الفصل الثاني.

---

[1] - عبد العزيز سعد, المرجع السابق, ص68.

[2] - عبد العزيز سعد, المرجع السابق، ص 68-69.

[3] - عبد العزيز سعد، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**، ط 2، مزيدة ومنقحة، دار هومه، الجزائر، 1995، ص140-141.

2- **القيمة القانونية لعقد الـــــــزواج:** من حيث القيمة القانونية لعقد الـزواج بين القاصر المخطوفة وخاطفها هي قيمة معلقة على شـرط تـوفر ركن الـزواج وشـروطه، وعلى شـرط عـدم الطعن ببطلانه ممن له الحق فيه قانونـا، ويجوز الطعن ببطلان مثل هذا الزواج كلما أبرم بدون رضا أو بدون رخصة الإعفـاء من السن القانونية من القاضي.[1]

يطرح السؤال: هل يتم تزويج الفتاة المخطوفة أو المعتـدى عليها جـبرا أم تعطى لها حرية الرفض! خاصة إذا كان الفعل الـذي وقع عليها بـالقوة دون رضـاها قد تُعمِّد إلى إرتكاب هذه المخالفة حتى ترغم هي أهلها على الـزواج، والأمر نفسه بالنسبة للفتى، في هذه الحالة نتساءل عن طبيعة الضرورة الـتي يمكن بمقتضـاها المساهمة في بناء الأسرة لتحقيق المقاصد الشرعية من الزواج.

هذا ما يعتبر ثغرة من ثغرات قانون الأسرة الجزائـري الـذي لم يتوصل إلى إيجاد الحلول الصحيحة لمعالجة هذه الوقائع الـتي تتعـارض مع شـريعتنا الإسـلامية حيث يفضل أن لا يتم الزواج ولو تـرتبت عليه أضـرار خاصـة، لأن مصـلحة المجتمع أولى في مثل هـذه المسـائل المعقـدة، على هـذا الأسـاس كـان على المشـرع الجزائري إتخاذ التدابير الوقائية في مثل هـذه القضـايا والمسـائل وذلك حـتى نمنع إنتشار الأفعال المخالفة للقانون لكي لا يكـون طريقا سـهلا للحصـول على الـزواج الـذي ترفضه الأسـرة والفتـاة نفسـها, لأن الحكمة من الـزواج كما هو معلـوم هو السـكينة والإسـتقرار والرحمة والتعـاون والتعـاطف بين الأزواج، الأمر الـذي لا يستقيم مع إرتكاب الأفعال الجنائية.[2]

كان هذا مثال حول حالة الضرورة التي تستدعي الترخيص بالزواج.

إن معيار المصلحة والضرورة لا يكفيان وحدهما لمنح القاضي الإذن بـالزواج وإنما عليه أن يتأكد أيضا من قدرة الطرفين عليه, وهذه هي الإضافة الجديدة الـتي جاء بها الأمر 05-02 بتعديله لنص المادة السابعة (من قـانون 84-11) من قـانون الأسرة حيث جاء فيها:" **وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج**".[3]

تأكد القاضي من قـدرة الطـرفين على الـزواج لا يتم إلا بـاللجوء إلى أهل الخبرة لمعرفة ما إذا كان الطفل القاصر المراد الترخيص له بالزواج أهلا لـذلك أم لا، وذلك بالإسـتعانة بـآراء المختصـين من الأطبـاء على قـدرة القاصر على تحمل الأعباء الجسمانية والنفسية للـزواج، وكـذا تمتعه بقـدر كـاف من التميـيز يسـتطيع خلاله إدراك نتائج وعواقب الأمور.[4]

وبالتالي إلى جانب البحث عن وجود مصلحة وضرورة تسـتدعي الـزواج قبل سن 19 فإن القاضي يبحث أيضا عن القـدرة لـدى القاصـر، هـذه القـدرة ترجمتها الشريعة الإسلامية بالبلوغ، بحيث يتأكد القاضي من قدرة القاصر سواء تعلق الأمر بالقدرة الفسيولوجية أو الجسـمية أو حـتى الاقتصـادية إذ ينظر في جميع الجـوانب والنواحي، فكما هو معلوم الزواج كما تنتج عنه حقوق، تترتب عليه إلتزامات وينظر

---

[1] - عبد العزيز سعد, المرجع السابق، ص141.

[2] - عيسى حداد، **عقد الزواج، دراسة مقارنة**، مرجع سبق ذكره، ص109.

[3] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[4] - جيلالي تشوار، **حماية الطفل عبر الإذن بالزواج**، مرجع سبق ذكره، ص60.

القاضي هل فعلا هذا القاصر قادر على تحمل أعباء ما ينتجه هذا العقد، كالقدرة على النفقة والسكن وغيرها أم لا.

بحديثنا عن القدرة نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد حدا أدنى لسن الزواج أي عدم وجود سن محددة ومعينة لا يجوز للقاضي عند الترخيص بالزواج النزول عنها,[1] وبالتالي حسب الظاهر نجد أنه بإمكان القاضي منح الترخيص حتى لفتاة لم تبلغ العاشرة من العمر، وهو ما لا يمكن التسليم به إذ نجد المشرع الجزائري ترك المجال واسعا للقاضي وفقا لسلطته التقديرية إلا أنني أرى أنه غير موفق فيما ذهب إليه، لأن الزواج بغير البالغة أو البالغ تنتفي فيه الأغراض من الزواج التي هي أساسا الإنجاب وتكوين أسرة لا لإشباع الرغبات الجنسية فقط.

ونحن على الرغم من عدم تحديد المشرع الجزائري لحد أدنى للإعفاء من سن الزواج، إلا أنه يمكننا القول أن السن الأدنى هو 13 سنة بإعتباره سن التمييز، وهذا وفق ما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني: "**لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة**"[2], إلى جانب كون الترشيد يمكن الحصول عليه في حدود هذه السن، طبقا لنص المادة 84 من قانون الأسرة: " **للقاضي أن يأذن لمن لم يبلغ سن التمييز التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة**",[3] كما جاء في نص المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يلي: "**يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا**",[4] وهو ما يقاس عليه الترشيد المتعلق بالزواج، كذلك نجد ما نصت عليه المادة 82 من قانون الأسرة والتي إعتبرت جميع التصرفات باطلة للذي لم يبلغ سن التمييز.

غير أن هذا لا يشفع للمشرع النص على الحد الأدنى لسن الزواج صراحة في قانون الأسرة والذي يُفترض في حدوده أن يكون متوفر على القدرة بجميع جوانبها, حيث لا يجوز للقاضي النزول عنه عند منحه الإذن بالزواج للقاصر.

يدخل كذلك ضمن القدرة نص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة المضافة بموجب الأمر 05-02 التي جاء فيها: "**يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.**

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية, أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج, ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".[5]

---

[1] - بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية**، مرجع سبق ذكره، ص61.

[2] - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005, يعدل ويتمم الأمر 75-- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن **القانون المدني** المعدل والمتمم.

[3] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[4] - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25/02/2008 **يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.

[5] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن طالبي الزواج - سواء بلغوا سن الزواج أم لا - ملزمون بتقديم وثيقة طبية[1] لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر هدفها حماية صحة الزوجين والأطفال، وحماية المجتمع ككل, فمن خلالها يتمكن كل من الزوجين معرفة العيوب والأمراض التي يمكن أن تكون في الطرف الثاني، والتي يمكن أن تحول دون تحقيق الهدف من الزواج, وبالتالي للطرفين الخيار بين إتمام الزواج أو إيقافه, ولاسيما بعد ظهور أمراض العصر الخطيرة والتي يتعذر علاجها والتحكم فيها ومثال ذلك: مرض فقدان المناعة (السيدا) ففي هذه الحالة تتدخل المصلحة العامة حتى لا تصبح مؤسسة الزواج موزع ووسيلة لانتشار هذا الداء بشكل يستعصي معه التحكم فيه، فينتج عن ذلك كله نسل مريض ومجتمع مريض، ولذلك فإن أخطر العيوب الموجبة للخيار في زماننا هذا هي مرض فقدان المناعة بالذات، لكي لا يغفل الأطباء عنه حين الفحص إلى جانب العيوب الجنسية.[2]

إلى هنا يتضح أن القاضي عند ترخيصه بالزواج وإعفائه من سن الأهلية (19 سنة) لا يكون بناء على مجاملة، وإنما- كما سبق البيان- يكون مقيدا بالتحقق من صغر السن، ومن وجود مصلحة وضرورة، ومن قدرة الطرفين على الزواج، وبالتالي يمكن القول أن السلطة الممنوحة للقضاة ليست آمرة[3] وإنما هي ترخيص وإذن يتم بناء على طلب يقوم القاضي بدراسته بعناية تامة، وفحصه بدقة وتبقى السلطة التقديرية له في منح الترخيص من عدمه. (ضابط الحالة المدنية عند إبرام عقد الزواج يتأكد من موافقة القاصرة على الزواج).

فالمشرع جعل القاضي رقيبا غير مباشر للأفراد وأمينا على مصالحهم، ومقدرا عادلا لظروفهم الخاصة، ولما يجابههم من ضرورات تخصهم هم أنفسهم، وليست فيها مصلحة لآبائهم وأمهاتهم، ولتحقيق هذه الغاية أعفي القاضي من تسبيب قبوله أو رفضه لطلب الإعفاء من سن الزواج (مع العلم بأن الرفض يكون شفهيا)، وفي حالة ما إذا كان القبول: تكون الرخصة غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن، فقط يمكن مراجعة الطلب في حالة رفضه.

في حالة منح القاضي الترخيص بالزواج للقاصر[4], فإنه يتعين على من يتولى تزويجه أن يحتفظ بنسخة من هذه الرخصة، وذلك للإستظهار بها أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية،[5] وليسلمها له قبل الشروع في مباشرة إجراءات إبرام العقد وتحريره، ومن جهة أخرى فإنه على الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي يتولى تحرير عقد الزواج تبعا لرخصة الإعفاء من سن أهلية الزواج، أن يشير في العقد إلى هذه الرخصة وأن يضمها إلى أصل العقد المسجل في سجل عقود الزواج بسجلات الحالة المدنية.[6]

تجدر الإشارة هنا إلى أن الرخصة تعد من الوثائق التي تلحق بسجلات الحالة المدنية وبالتحديد سجل عقود الزواج، وأي إهمال أو تهاون في حفظ الأوراق

---

[1] - أنظر الملحق رقم 02.

[2] - نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، موسوعة الفكر القانوني**، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2005، ص 22-23.

[3] - محمد لمين لوعيل ، **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره, ص49.

[4] - أنظر الملحق رقم 03.

[5] - من بين مهام ضابط الحالة المدنية قبول أذون الزواج الخاصة بالقصر مع موثقي العقود والقضاة معا كما جاء في الفقرة السادسة من المادة الخامسة من قانون الحالة المدنية.

[6] - عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**،مرجع سبق ذكره ص 27،60.

المتعلقة بـالعقود، أو إتلافها أو ضـياعها يعـرض ضـابط الحالة المدنية المعـني بها لإجراءات وتدابير إدارية ومدنية، ويمكن تعريضه لمتابعة جزائية.[1]

خلاصة القول فيما سبق، وحول الملاحظات الـتي يمكن توجيهها إلى المـادة 07/02 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02:

- وضع المشرع الجزائري إستثناء على قاعدة عـدم الـزواج إلا بعد بلـوغ السن القانونية المحددة لـذلك وهي 19 سـنة للجنسـين، وهو بهـذا يكـون قد راعى بعض الحالات الخاصة.
- منح المشرع سلطة للإعفاء من سن الزواج لقاضي شؤون الأسرة بالمحكمة التي يوجد بدائرة إختصاصها طالب الترخيص.
- يتقدم بطلب الترخيص ولي القاصر، وممكن كل شـخص له مصـلحة في هـذا الزواج (المادة لم تحدد ولم توضح بصراحة طالب الترخيص).
- منح الترخيص بـالزواج يكـون بنـاء على دراسة القاضي للطلب دراسة دقيقة لأن الزواج ميثاق غليظ ولابد أن يتأكد من وجود مصلحة أو ضـرورة تسـتدعي فعلا الترخيص.
- لم يحدد المشرع مفهوم الضـرورة والمصـلحة تـارك ذلك للقاضي لما له من سلطة تقديرية واسعة, كما أنه لم يفصل المعايير التي تساعده في تحديدها، و بالتالي على القاضي دراسة القضايا المطروحة عليه حالة بحالة، وأن يكون حذرا في تقدير المصـلحة والضـرورة الـتي هي منـاط الـترخيص، كما لا يصح في المقابل أن يتعسف في إسـتعمال سـلطته مـادام الإذن لا يمس بمصـالح المجتمع ومصالح الأطراف أنفسهم.

لكن ما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن المصـلحة والضـرورة تختلف من قاضي لآخر ومن منطقة لأخرى ومن عرف لآخر، وبهـذا نكـون أمـام حالة من تفـاوت في منح الـتراخيص حيث يمنح الـترخيص في جهة معينـة، ولا يمنح في نفس الحالة في جهة أخرى.

ومع هـذا أنا أؤيد المشـرع في عـدم تحديـده لمفهـوم المصـلحة والضـرورة وعـدم تقييد القاضي لأنه لا يمكن حصر حـالات ومنع القاضي من منح الـترخيص إلا بوجودهـا, ضف إلى ذلك أن القاضي من المختصـين بتفسـير القـانون والبحث عن نوايا ومقاصد المشــرع في النصــوص القانونية وما تعطيه في إزالة الإبهــام وحل النزاع, إلى جـانب هـذا الإحتكـاك اليـومي له بالمسـائل المتعلقة بحالة الأشـخاص خاصة مسألة الزواج والطلاق.

- جـاء الأمر05-02 بإضـافة جديـدة جوهرية كـانت حلقة مفقـودة في قـانون الأســرة 84-11 والمتمثلة في قــدرة الطــرفين على الــزواج، وذلك بتعليق الترخيص على شـهادة طبيـة، وهـذا حـتى يتأكد القاضي من قـدرة الطـرفين على الزواج، وبهذا الشرط أصـبح من الـواجب عليه اللجـوء إلى أهل الخـبرة لمعرفة ما إذا كان القاصر المقبل على الزواج أهلا لذلك أو لا.
- لم يحدد المشرع الجزائري حد أدنى لإمكانية منح الـترخيص بـالزواج, وحـتى إن كان يمكن القول أنه متمثل في سن التمييز13 سـنة، إلا أن هـذا لا يشـفع للمشرع بالنص صـراحة عليه بحيث يمنع من خلاله قيـام الـزواج مهما كـانت المصـلحة والضــرورة وقــدرة الطــرفين إذا كــانت السن وقت العقد دونــه،

[1] - عبد الحفيظ بن عبيدة ، **الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري**، ط1، دار هومه، الجزائر،2004، ص81-82.

وتحديد الحد الأدنى لا يكون هباء وإنما بالإستعانة بالأطباء وعلماء الإجتماع بحيث يفترض أن يكون في حدوده الفتى والفتاة قادرين على تحمل أعباء الحياة مع مراعاة البلوغ الجسماني لهما.

- كما هو معلوم أن الأهلية تتضمن عنصرين (السن والعقل)، ففيما يتعلق بالسن النص واضح وصريح وسبق تحليله، أما فيما يتعلق بالعقل فإن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لزواج غير العاقل، وقضى في نص المادة81 أن: "**من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون**".[1]

وطبقا لنص المادة 83: "**أن من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافدة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر, وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء**".

وبالرجوع لنص المادة 222 من قانون الأسرة: "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**".[2]

نجد أن للقاضي أن يأذن بزواج غير العاقل متى تبين له أن فيه مصلحة وضرورة لا ينبغي تفويتهما، على أساس أن فقهاء الشريعة أجازوا تزويج غير العاقل لإمكانية توفر المصلحة في تزويجه كتوقع شفائه.[3]

- كل ما سبق كان متعلقا بقانون الأسرة الجزائري، فما موقف القانون المقارن. هذا ما سندرسه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في القانون المقارن

نتعرض في هذا الفرع إلى موقف القانون المقارن من مسألة الترخيص بالزواج على النحو التالي:

في القانون المغربي:

لما كان الزواج يتطلب أهلية ونضجا وقدرة لإدراك قدسيته ومدى جسامة مسؤوليته وتحمل تبعاته من أجل تكوين أسرة مبنية على أسس سليمة تكفل لها الحفاظ على تماسكها وإستقرارها ومؤهلة لأن يتقاسم فيها الزوجان مسؤولية تدبيرها بما يسعدها ويخلق أجواء الألفة والمودة والمعاشرة بالمعروف، لهذه الغاية رفع المشرع المغربي - في مدونة الأسرة - سن الزواج إلى 18 سنة للجنسين تحقيقا لما ذكر وتفاديا للأخطاء الجسمية والنفسية والإجتماعية التي قد تترتب عن الزواج المبكر.

تحديد الإختصاص المحلي في الترخيص بالزواج:

حدد المشرع المغربي سن الزواج كقاعدة ووضع عليها إستثناء يقضي بإمكانية الترخيص قبل بلوغ هذه السن، حيث ألغيت الإختصاصات المخولة للسيد قاضي التوثيق في ميدان تزويج القاصرين وأعطيت لقاضي الأسرة المكلف

---

[1] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[2] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[3] - نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**، مرجع سبق ذكره، ص21.

بالزواج، إلا أن هذا التحديث أغفل الإشارة إلى نطاق السلطة التقديرية المخولة إلى هذا الأخير وكذا نطاق إختصاصه الترابي، وهو موضوع ذو أهمية بالغة لما يكتسبه من راهنية أمام موجة الإنتقادات الحقوقية التي ظهرت إثر نشر الإحصائيات المرتبطة بأذون تزويج من لم يبلغوا سن الزواج.

تعرف بعض المحاكم المغربية تزايدا لطلبات تزويج من لم يبلغ سن الزواج ويرجع ذلك إلى بعض السادة القضاة الذين يتشددون في منح الإذن بزواج القاصر(ة) في حين أن آخرين يعمدون إلى تبني إتجاه المرونة وعدم التشديد على المواطنين في هذا الجانب, حيث تصاعدت أصوات تفيد أن هذه الظاهرة غالبا ما تلفها ممارسات غير قانونية, وفي بعض الأحيان تلاعب بالوثائق المثبتة لمحل الإقامة يواجه بعدم الإكتراث لهذا التحايل في بعض الحالات والقول في هذا الإشكال إتجاهين:

* إتجاه يقول أن الإختصاص المكاني غير محدد بالنسبة لهذه الطلبات، فضلا على أنه ليس من النظام العام، وبالتالي فلا مانع قانونا من قبول فتح ملفات أذون تزويج من لم يبلغ سن الزواج وذلك حتى بالنسبة لمن يقدمون من مناطق نائية قد تصل إلى مئات الكيلومترات، على إعتبار أنه لا فارق بين زواج الرشداء وزواج القاصرين وأن الأصل هو الإباحة، ما لم يوجد نص مخالف وأن الأمر يتعلق بمجرد طلبات وليس دعاوى تخضع لمبادئ المسطرة المدنية والتنظيم القضائي.

* إتجاه يرى العكس ويقول أن الأمر يتعلق بدعوى نيابة قانونية يجب أن ترفع أمام محكمة موقع القاصر(ة) والذي هو موطن وليه(ها) في الأصل، وفي جميع الحالات يتعلق الأمر بدعاوى يجب أن ترفع من مدعي ضد مدعى عليه: وهنا يثار إشكال من هو المدعى عليه؟ هل هو القاصر المطلوب تزويجه؟ أم النيابة العامة؟ أم من له الحق أو الصفة؟

رواد هذا الإتجاه يعتمدون على مبدأ التقاضي بحسن نية, بإعتبار أن طالبي الإذن يعمدون إلى رفع عدة دعاوى إلى عدة أقسام قضاة أسرة (القضاة المكلفين بالزواج) ، إلى حين أن يتم قبول طلباتهم إما من فرط الإصرار, أو حسن إختيار القاضي الأقل صرامة.[1]

مواجهة لمثل هذه الدعاوى إقترح الدكتور فاتح كمال(نائب وكيل الملك بقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الإبتدائية ببني هلال)، مجموعة من الفصول لاسيما:

- الفصل 28: الفقرة 12 التي تنص على أنه تقام دعاوى إنعدام الأهلية أمام محكمة موطن عديمي الأهلية- الأمر يتعلق هنا بالقاصر(ة)- والتي هي في الأصل محكمة موطن الأب أو الأم في حالة الطلاق أو الوفاة.

-المادة 27 من قانون المسطرة المدنية التي توجب رفع الدعوى في محل إقامة المدعى عليه والتساؤل الذي يثار هنا من هو المدعى عليه؟ هل هو القاصر؟ أم النيابة العامة لموطن القاصر(ة) بإعتبارها الأقرب لأعراف وتقاليد المنطقة؟.

كما يضيف الدكتور فاتح كمال أن النيابة العامة لموطن القاصر(ة) تعتبر مدعى عليها في هذا النوع من القضايا لكونها تمثل النظام العام الأسري فضلا

---

[1] - 2010/05/23 http://www.almaghribia.ma/Reports/Article.asp/

فاتح كمال، **دراسة أولية لأهم الإشكاليات المثارة بخصوص مسطرة الإذن بتزويج من لم يبلغ سن الزواج.**

على إعتبارها طرفا أصليا في قضـايا الأسـرة، وهي تلعب دورا رئيسـيا في مواجهة التحايل والتدليس من بعض المتقاضين ذوي النيات السيئة.

وفي هذا الصدد يقترح فاتح كمال مجموعة من التقنيات المسطرية:

- توفير مطبـوع خـاص يحـدد هوية المـدعي(ة) وعنوانـه، والقاصر وعنوانـه، وهوية المدعى عليه.

- إعتبـار النيابة العامة لمـوطن المـدعي، كونها المـدعى عليها في مثل هاته الدعاوى، لأنها تحمي النظام العام الأسري والجنائي، ذلك أن أصل الإختصـاص في دعاوى الأحوال الشخصية يرجع إلى مـوطن أو محل إقامة المـدعى عليه بإعتبـاره هو المجرور إلى ساحة القضاء وهو المطلوب منه ما

يدعيه المـدعي الـذي قد يكـون محقا في طلباته كلها أو بعضـها، وقد لا يكـون محقا في شيء منه، لذلك وحماية للمـدعى عليه جعل المشـرع محكمة إقامة أو مـوطن المدعى عليه هي المختصة أصلا بنظر الدعوى في القضـايا الشخصـية, ولأن النيابة العامة بمـوطن أو محل إقامة القاصـر(ة) هي الأدرى بحماية النظـام العـام الـذي يختلف من منطقة إلى أخرى.

- الرجـوع دوما إلى عقد زواج والـدي القاصـر(ة) بإعتبـاره وثيقة تشـير إلى عناوينهما وكـذا العنـوان الـوارد في النسـخة الكاملة من رسم ولادة القاصـر(ة) بإعتبارها تتضمن عنـوان المصـرح بالإزديـاد مع وجـوب الإشـتراط أن تكـون حديثة الإنجاز.

- التأكد من الإختصاص المكاني والوثائق المثبتة له تلقائيا من طـرف السـيد قاضي الأسرة المكلف بالزواج.[1]

كل ما سبق كان خاصا بالإختصـاص المحلي، والإنتقـادات الـتي وجهها كمـال فـاتح، أما فيما يتعلق بالإختصـاص الجـوهري وحـدود سـلطة القاضي في منح الترخيص فهي ما سيتم دراسته فيما يلي:

حـدود السـلطة التقديرية لقاضي الأسـرة المكلف بـالزواج في منح الترخيص:

في مقابل تحديد المشـرع المغـربي سن الـزواج بثمانية عشـرة سـنة لكلا الجنسـين, سـمح بإمكانية الـترخيص بـالزواج قبل ذلك على سـبيل الإسـتثناء من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج متى كانت هناك مصلحة، وتوفرت الشـروط لذلك،[2] حيث جاء في نص المادة 20 مايلي:

"**لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بـزواج الفـتى والفتـاة دون سن الأهلية المنصـوص عليه في المـادة 19 أعلاه، بمقـرر معلل يبين فيه المصلحة الأسباب المبررة لذلك بعد الإستماع لأبـوي القاصر والإستعانة بخبرة طبية، أو إجراء بحث إجتماعي.**

مقرر الإستجابة لطلب الإذن لزواج القصر غير قابل لأي طعن".[3]

من خلال نص هذه المادة نجد أن قاضي الأسرة المكلف بالزواج هو القاضي الوحيد المخـول له سـلطة منح الـترخيص بـالزواج قبل سن الأهليـة, وهـذا بعد أن يتبين من وجود:

1- مصلحة في الزواج قبل بلوغ 18 سنة. 2- أسباب خطـيرة تسـتدعي الـزواج قبل بلوغ 18 سنة.

---

[1] - 2010/05/23 http://www.almaghribia.ma/Reports/Article.asp/ فاتح كمال, المرجع السابق.

[2] - 2010/05/23 http://www.almaghribia.ma/Reports/Article.asp / فاتح كمال, المرجع السابق.

[3] - 23/05/2010 www.pogar.org مدونة المغربية الجديدة للأسرة, القانون رقم 03-70.

3- الإستماع لأبوي القاضي أو نائبه الشرعي. 4- الإستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث إجتماعي.

بعدها يمنح الترخيص الذي يكون بموجب قرار معلل يبين فيه العناصر السابقة كما نجد أن نص المادة صريح في كون مقرر الإستجابة غير قابل لأي طعن.

وبهذا الصدد يرى المحامي : "هشام محسن" محامي بهيئة الدار البيضاء؛ أن القاضي غالبا ما يستعين بالخبرة الطبية دون البحث الإجتماعي وذلك لمعرفة القدرات الجسمانية والنفسية للقاصر، وهل هو قادر على تحمل آثار الزوجية.[1]

كما جاء في نص المادة 21 من مدونة الأسرة:

" **زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي.**

تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد إذا إمتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بث قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع".[2]

من خلال نص هذه المادة نجد أن قاضي الأسرة المكلف بالزواج له سلطة اجتماعية للبث في عقد الزواج وإلغاء سلطة النائب الشرعي، بمعنى أن القاضي يدرس طلب الإذن بالزواج ويبحث عن المصلحة والأسباب ويستعين بالخبرة الطبية، أو البحث الاجتماعي، ويستمع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي ومن ثمة يقرر منح الإذن من عدمه, ولكن في حالة عضل الولي أو نائبه الشرعي فإن الولاية تنتقل إلى القاضي مباشرة والذي بناء على توفر الشروط السابقة يمنح الإذن بالزواج.

بالمقارنة مع قانون الأسرة الجزائري نجد :

- أن المشرع الجزائري أعفى القاضي من تسبيب أو تبرير قراره في حالة قبوله أو رفضه الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية, في حين أن المشرع المغربي ألزم القاضي في حالة قبوله بطلب الترخيص تعليل مقرر الإذن بالزواج.

- كلا القانونين الجزائري والمغربي لم ينصا على حد أدنى للإعفاء من سن الزواج، وبهذا الصدد يرى فاتح كمال –نائب وكيل بقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الإبتدائية ببني ملال- أنه لابد من تحديد حد أدنى للإعفاء من سن الزواج لا يمكن النزول عنه، ماعدا في حالات طلبات الإذن بزواج القاصرات إثر إغتصاب أو فساد ثابت بمصادر جنائية أو جنحية.[3]

مع العلم أن الترشيد المالي في مدونة الأسرة المغربية يمكن الحصول عليه في حدود السادسة عشرة سنة، طبقا لنص المادة 218"ـ **إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده**",[4] فهل يمكن أن نقيس عليه الترشيد في عقد الزواج وإعتبار الحد الأدنى للزواج هو 16 سنة.

- ومن جهة ثالثة نجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على زواج غير العاقل في حين نجد أن النص صريح في مدونة الأسرة المغربية بموجب المادة 23:ـ **"يأذن قاضي الأسرة المكلف بزواج الشخص المصاب بإعاقة**

---

[1] - 23.05.2010 http://almaghribia.ma/reports/article.asp/

[2] - 23/05/2010 www.pogar.org مدونة المغربية الجديدة للأسرة, القانون رقم 03-70.

[3] - 23/05/2010 www.pogar.org مدونة المغربية الجديدة للأسرة, القانون رقم 03-70.

[4] - الموقع السابق.

ذهنية ذكرا كان أم أنثى بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طـرف طبيب خبير أو أكثر.
يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في المحضر .
يجب أن يكـون الطـرف الآخر راشـدا يرضى صـراحة في تعهد رسـمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة".[1]

من خلال نص هـذه المـادة نجد أن المشـرع المغـربي قد سـمح بـزواج غـير العاقل من الجنســين بعد إطلاع القاضي على تقرير الطــبيب الخبــير حــول حالة الإعاقة، وبدوره يقوم بإطلاع الطرف الآخر على ذلك، كما إشترط كـذلك المشـرع أن يكون الطرف الآخر راشدا وينبغي عليه أن يؤكد على رضاه بالزواج مع المصاب بالإعاقة بموجب تعهد رسمي.

لكن الملاحظ على نص هـذه المـادة أن المشـرع لم ينص صـراحة على أن زواج غير العاقل يكون بناء على مصلحة في ذلك كأن يرجى شـفاؤه, حيث أرى أنه كـان عليه النص عليها لأنه ما من فائـدة من زواج غـير العاقل إن بقي على حاله أو تأزم، ولا فائدة من زواجه إن لم تكن هناك مصلحة وضرورة.

مجلة الأحــوال الشخصــية التونســية: نجد كــذلك وبمــوجب الفصل الخامس(نقح بموجب المرسـوم عـدد 1 سـنة 1964 المـؤرخ في 20/02/1964 المصادق عليه بالقـانون عـدد 1 سـنة 1964 المـؤرخ في21/04/1964) يشـترط المشرع التونسي حتى ينعقد الزواج لابد أن يكون كلا الطـرفين قد خلو من الموانع الشرعية, وأن يكون الرجل قد بلغ سن العشـرين وأن تكـون المـرأة قد بلغت سن 17 مع إمكانية الـترخيص بـالزواج قبل بلـوغ هـذه السن بنـاء على إذن خـاص من المحاكم, كما نص الفصل السادس(نقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12/07/1993)على أن زواج القصر يتوقف على موافقة الــــــــولي, وإن إمتنع وتمسك القاصر برغبته لازم رفع دعوى للقاضي.

والإذن بالزواج لا يكون قابلا لأي وجه من أوجه الطعن.

الفصل 5:ــ **"يجب أن يكـــون كل من الـــزوجين خلو من الموانع الشـرعية، وزيـادة عن ذلك فـإن كل منهما لم يبلغ 20 سـنة كاملة من الرجال وسـبعة عشـرة سـنة كاملة من النسـاء، لا يمكنه أن يـبرم عقد الزواج. وإبرام الزواج دون السن المقررة يتوقف على إذن خـاص من المحـاكم ولا يعطى الإذن المـذكور إلا لأسـباب خطـيرة وللمصـلحة الواضحة للزوجين".**

الفصل 6:ــ **"زواج الرجل أو المـــرأة الـــذين لم يبلغا سن الرشد القــانوني يتوقف على موافقة الــولي فــإن إمتنع الــولي على هــذه الموافقة وتمسك كل برغبته لزم رفع الأمر للحاكم".**[2]

القانون المدني الفرنسي:

كما سـبقت الإشـارة حـدد المشـرع الفرنسي سن الـزواج بــ18 سـنة لكلا الجنسين، وهذا بموجب نص المادة 144 من القانون المدني الفرنسي، وإذا كـانت هذه هي القاعدة فإن الإستثناء الوارد عليها يقضي بإمكانية الـزواج قبل بلـوغ هـذه السن، بناء على نص المادة 145 حيث جاء فيها ما يلي:

---

[1] ـ الموقع السابق.

[2] ـ **مجلة الأحوال الشخصية التونسية**، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 2007، ص13-14.

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 »[1].

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الفرنسي قد سمح بالزواج قبل سن 18 سنة، ولكن بناء على أسباب خطيرة يقدرها وكيل الجمهورية الذي يدخل بدائرة إختصاصه هذا الإذن بالزواج والذي يكون بناء على موافقة أبوي القاصر، وفي حالة إختلافهم فإن رضا أحد الطرفين يسقط إعتراض الطرف الآخر، طبقا لنص المادة 148:

Art 148 : « les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leur père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement »[2]

وفي حالة وفاة أحد الأبوين أو عجزه عن التعبير عن إرادته فإن رضا الطرف الآخر يكفي لعقد زواج القاصر، طبقا لنص المادة 149 الفقرة الأولى:

Art 149 : « si l'un des deux est mort ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit »[3]

وفي حالة وفاة الأبوين أو تعذر الحصول على إذنهما إنتقل الأمر إلى الأقارب، وفي حالة إختلافهم وكانوا من نفس الدرجة أو من درجتين مختلفتين فإن الرضا هو الذي يغلب على الرفض. طبقا لنص المادة 150 الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي:

Art 150 : « si le père et la mère sont mort, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur vlonté.les aïeuls et aïeuls les remplacent : sil y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, ou s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement »[4]

كما نصت المواد من 151 إلى 160 على ما يلي:

"Art. 151 La production de l'expédition, réduite au dispositif, du jugement qui aurait déclaré l'absence ou aurait ordonné l'enquête sur l'absence des père et mère, aïeuls ou aïeules de l'un des futurs époux équivaudra à la production de leurs actes de décès dans les cas prévus aux articles 149, 150, 158 et 159 du présent code.

Art. 153 Sera assimilé à l'ascendant dans l'impossibilité de manifester sa volonté l'ascendant subissant la peine de la relégation ou maintenu aux colonies en conformité de l'article 6 de la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la Peine des travaux forcés. Toutefois, les futurs époux auront toujours le droit de solliciter et de produire à l'officier de l'état civil le consentement donné par cet ascendant.

Art. 154 Le dissentiment entre le père et la mère, entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, ou entre aïeuls des deux lignes peut être constaté par un notaire, requis par le futur époux et instrumentant sans le concours d'un deuxième notaire ni de témoins, qui notifiera l'union projetée à celui ou à ceux des pères, mère ou aïeuls dont le consentement n'est pas encore obtenu. L'acte de notification énonce les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences

[1] - Code civil. Version 2011 0128.Edition : 2011-02-01
[2] - Code civil. Version 2011 0128.Edition : 2011-02-01
[3] - Code civil. Version 2011 0128.Edition : 2011-02-01
[4] - Code civil. Version 2011 0128.Edition : 2011-02-01

des futurs époux, de leurs pères et mères, ou, le cas échéant, de leurs aïeuls, ainsi que le lieu où sera célébré le mariage.
Il contient aussi déclaration que cette notification est faite en vue d'obtenir le consentement non encore accordé et que, à défaut, il sera passé outre à la célébration du mariage.

Art. 155 Le dissentiment des ascendants peut également être constaté soit par une lettre dont la signature est légalisée et qui est adressée à l'officier de l'état civil qui doit célébrer le mariage, soit par un acte dressé dans la forme prévue par l'article 73, alinéa 2.
Les actes énumérés au présent article et à l'article précédent sont visés pour timbre et enregistrés gratis.
Art. 156 Les officiers de l'état civil qui auraient procédé à la célébration des mariages contractés par des fils ou filles n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit ans accomplis sans que le consentement des pères et mères, celui des aïeuls ou aïeules et celui du conseil de famille, dans le cas où il est requis, soit énoncé dans l'acte de mariage, seront, à la diligence des parties intéressées ou du procureur de la République près le tribunal de grande instance de l'arrondissement où le mariage aura été célébré, condamnés à l'amende portée en l'article 192 du Code civil.

Art. 157 L'officier de l'état civil qui n'aura pas exigé la justification de la notification prescrite par l'article 154 sera condamnée à l'amende prévue en l'article précédent.

Art. 159 S'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les mineurs de dix-huit ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille.

Art. 160 Si la résidence actuelle de ceux des ascendants du mineur de dix-huit ans dont le décès n'est pas établi est inconnue et si ces ascendants n'ont pas donné de leurs nouvelles depuis un an, le mineur en fera la déclaration sous serment devant le juge des tutelles de sa résidence, assisté de son greffier, dans son cabinet, et le juge des tutelles en donnera acte.
Le juge des tutelles notifiera ce serment au conseil de famille, qui statuera sur la demande d'autorisation en mariage.
Toutefois, le mineur pourra prêter directement serment en présence des membres du conseil de famille" .[1]

قانون الأحوال الشخصية الأردني:

بعد أن حدد المشـرع الأردني سن الـزواج بالنسـبة للجنسـين بــ18سـنة مع تـوفر العقل فأنه سـمح كـذلك بإمكانية الـزواج قبل بلـوغ هـذه السن حيث نصت المادة 5 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي:

"يشــترط في أهلية الــزواج، أن يكــون الخــاطب والمخطوبة عاقلين، وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشـرة سـنة شمسـية. إلا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السـن، إذا كـان

[1] - **Code civil**. Version 2011 0128.Edition : 2011-02-01

قد أكمل الخامسة عشرة من عمره، وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية".[1]

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الأردني:

- رفع سن الـزواج من (16 سـنة للرجل و15سـنة للمـرأة)، الى18 سـنة للجنسين.

- أجــاز النص أعلاه للقاضي أن يــأذن بــالزواج قبل بلــوغ السن القانونيــة المحددة له بشروط:

* أن يكون الطرف القاصر قد بلغ 15 سنة.
* أن يكون في هذا الزواج مصلحة.

تجدر الملاحظة هنا أن المشـرع الأردني قد حـدد حـدا أدنى للإعفـاء من سن الزواج وهو 15 سـنة مطابقة لسن الترشـيد المـالي, حيث نصت المـادة 119 من القـانون المـدني الأردني على ما يلي: " **للـولي بـترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويــأذن له في التجارة تجربة له..."**[2]

وهذا بخلاف المشرع الجزائري والمغربي الذين لم يحددا حدا أدنى للإعفاء من سن الزواج.

- لم يفصل القـانون في مسـألة الـترخيص وإنما ذكر أنها سـتحدد بتعليمـات يصـدرها قاضي القضـاة، والـتي بموجبها يتم الإذن بـزواج الفئة المسـتثناة، حيث ورد في نص التعليمات مايلي:

* يجــوز للقاضي أن يــأذن بــزواج الخــاطب أو المخطوبة أو كليهما إذا كانا عاقلين، وقد أكمل كل منهما الخامسة عشرة من العمر، ولم يتم أحدهما أو كلاهما الثامنة عشرة سنة من العمر وفقا للأسس التالية:[3]

1 - أن يكــون الخــاطب كفــؤا للمخطوبة من حيث القــدرة على النفقة والمهر.

2 - إذا كان في زواجهما درء مفسدة قائمة أو عدم تحقيق لمصلحة محققة.

3 - أن يتحقق القاضي من رضا المخطوبة وإختيارهـــــا، وأن مصـــــلحتها متـوافرة في ذلك حيث جـاء في نص المـادة 06 من قـانون الأحـوال الشخصـية الأردني: "**يمنع إجراء العقد على إمرأة لم تكمل ثمـاني عشـرة سـنة إذا كـان خاطبها يكبرها بـأكثر من 20 عاما إلا بعد أن يتحقق القاضي من رضاها وإختيارها وأن مصلحتها متوافرة في ذلك".**[4]

أو يثبت بتقرير طبي إذا كان أحد الخاطبين به جنون أو عته أو أن في زواجه مصـلحة كما جـاء في نص المـادة 08 من نفس القـانون: "**للقاضي أن يــأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طـبي أن في زواجه مصـلحة له".**[5]

---

[1] - قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 82 لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية 1/1/2002.

[2] - منذر الفضل، **النظرية العامة للإلتزامات**، مرجع سبق ذكره، ص 158.

[3] - محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية**، مرجع سبق ذكره, ص110-111-113.

[4] - قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 82 لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية 1/1/2002.

[5] - المرجع السابق.

- لم يحدد القانون الولي الذي يجوز له أن يـزوج المجنـون أو المعتـوه، ولكنه إشــترط في زواجهم موافقة القاضي وإذنه ولا يـأذن القاضي إلا بنــاء على تقرير طبي يثبت فيه أن في زواجه مصلحة له وهذا يتفق إلى حد ما مع رأي الشافعية، غير أن القانون لم يفرق بين الجنـون المطبق والجنـون المتقطع إلا أنه إعتـبر أن حكم المجنــون بشــكل عــام لا بد من موافقة القاضي فيه وكـذلك لم يفـرق القـانون بين الـذكر والأنـثى في الجنـون، وإنما جـاء نصه عاما.[1]

4 - أن يجري العقد بموافقة الولي مع مراعاة ما جاء في المـادتين (6 و12) من قانون الأحوال الشخصية الأردني حيث نصت المادة 06 منه على ما يلي:

"**أ- للقاضي عند الطلب حق تــزويج البكر الــتي أتمت الخامسة عشـرة من عمرها من الكفء في حـال عضل الـولي غـير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع.**

ب- أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها، إلا إذا كانت أتمت 18 عاما وكان العضل بلا سبب مشروع".

أما المادة 12 فقد جـاء فيهـا: "**إذا غاب الـولي الأقـرب وكـان في إنتظـاره تفويت لمصـلحة المخطوبة إنتقل حق الولاية إلى من يليـه، فـإذا تعـذر أخذ رأي من يليه في الحـــــــال، وإذا لم يوجد إنتقل حق الولاية إلى القاضي**".[2]

5 - أن ينظم محضر يتضـــمن تحقق القاضي من الأسس المشـــار إليها ، والتي إعتمدها لأجل الإذن بـالزواج، ويتم بنـاء عليه تنظيم حجة إذن بـالزواج حسب الأصول والإجراءات المتبعة.[3]

*** إطلالة على بعض القوانين الأخرى:**

- قانون الأحوال الشخصية السوري: جعل المشـرع السـوري إبتـداء الأهلية في الفتى والفتاة بالبلوغ، وإكتمالها بإسـتكمال الفـتى 18 عاما والفتـاة 17 عاما، كما جعل المدة الواقعة بين بدء الأهلية وإكتمالها مرحلة صالحة للزواج بـإذن القاضي وموافقة الأب أو الجد، إذا إدعى الفتى بلوغه 15 سـنة من عمـره والفتـاة 13 سـنة من عمرها (حد أدنى للإعفـاء من سن الـزواج) طبقا للمـواد التالية من قانون الأحوال الشخصية السوري:

المادة15: " **يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ**".

المادة16:ـ "**ـ تكتمل أهلية الزواج في الفتى بتمـام الثامنة عشر وفي الفتاة بتمام السابعة عشر من العمر**".

المــادة 18:ــ "1**- إذا إدعى المراهق البلــوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشـرة وطلب الـزواج، يـأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما وإحتمال جسميهما.**

3- **إذا كان الولي هو الأب أو الجد إشترطت موافقته**".

---

[1] - محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية**، مرجع سبق ذكره, ص110-111-113.

[2] - قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 82 لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية 1/1/2002.

[3] - محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية**، مرجع سبق ذكره, ص111.

أما بالنسبة لزواج غير العاقل فقد أجاز القانون السوري ذلك بموجب نص المادة 15 منه بناء على إذن يمنحه القاضي للمجنون أو المعتوه، وهذا بعد ثبوت إمكانية شفائه بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية من خلال زواجه.[4]

- مشروع القانون الكويتي: منع المشرع الكويتي إجراء عقد الزواج قبل إتمام الفتى السابعة عشرة والفتاة الخامسة عشرة من العمر، حيث جاء في نص المادة 24/01: "**يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ**".

وفي المادة 26 نص على أنه:" **يمنع توثيق عقد الزواج أو المصادقة عليه ما لم تتم الفتاة الخامسة عشر ويتم الفتى السابعة عشر من العمر وقت التوثيق**".

أما بالنسبة لزواج غير العاقل فقد أذن المشرع الكويتي بزواجه إذا ثبت إمكانية شفائه ورضا الطرف الآخر بهذا الزواج طبقا لنص المادة24/02:ـ " **للقاضي أن يأذن بزواج المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى إذا ثبت بتقرير طبي بأن زواجه يفيد في شفائه ورضي الطرف الآخر بذلك**".[2]

- القانون العراقي: إشترط البلوغ وجعل إبتداء الأهلية بتمام السادسة عشرة وإكتمالها للفتى والفتاة بتمام الثامنة عشرة، حيث نص في المادة 7/01 على ما يلي: "**يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ".**

وفي المادة 8: "**تكتمل أهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة**".

وفي المادة 9:ـ "**إذا إدعى المراهق أو المراهقة البلوغ بعد إكمالهما السادسة عشرة، وطلبا الزواج، فللقاضي أن يأذن به إذا تبين صدق دعواهما، وقابليتهما البدنية بعد موافقة الولي الشرعي، فإذا إمتنع الولي طلب منه القاضي موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان إعتراضه غير جدير بالإعتراض أذن القاضي بالزواج**".

من خلال هذه المواد نجد بأن القانون العراقي سمح بالزواج قبل السن القانونية المحددة له بشروط هي:

- أن يكون القاصر قد بلغ 16 سنة من العمر(نجد أن المشرع العراقي قد وضع حدا أدنى للإعفاء من الزواج، لا يمكن النزول عنه).
- لا بد أن تكون هناك قدرة بدنية على هذا الزواج.
- موافقة الولي الشرعي فإن إمتنع حدد القاضي له فترة محددة حتى يبدي موافقته على الزواج فإن لم يعترض أو كان إعتراضه غير مقنع أو مبرر أذن القاضي بالزواج.

الملاحظ على القانون العراقي في إذنه بالزواج قبل سن الأهلية لم يكن مبنيا على توفر المصلحة وضرورة وأسباب خطيرة تستدعي الترخيص، وإنما الأمر متوقف فقط على وجود حد أدنى للإعفاء (16سنة للجنسين)، والقدرة البدنية، وموافقة الولي الشرعي.

أما بالنسبة لزواج غير العاقل فقد إشترط القانون إذن القاضي الذي يكون بناء على توفر مصلحة شخصية له، وأن لا يكون زواجه مضرا بالمجتمع، وأن يعبر الطرف الآخر بالزواج قبولا صريحا، وهو ما نصت عليه المادة 7/02 من القانون

---

[4] - جميل فخري محمد جانم، **مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون**، مرجع سبق ذكره, ص204،200.

[2] - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص200، 204.

العراقي: **"للقاضي أن يأذن بزواج أحد الزوجين المـريض عقليا إذا ثبت بتقرير طبي بأن زواجه لا يضر بالمجتمع وأنه في مصـلحته الشخصـية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولا صريحا".**[1]

- مشروع القانون العـربي: إشـترط البلـوغ وأجـاز زواج الصـغير بـإذن القاضي، مـتى وجد سـبب خطـير أو إقتضت المصـلحة ذلك كما نص على حد أدنى لسن الزواج وهو 15 سنة لكلا الجنسين، كما أجاز زواج المجنـون أو المعتـوه طبقا للمواد التالية:

المادة 08: "تكتمل أهلية الزواج بالعقل وبلوغ الفتى سن الرشد القانونية وإتمام الفتاة الثامنة عشرة من العمر".

المـادة 09: "لا يعقد زواج المجنـون أو المعتـوه إلا من وليه بعد صدور إذن من القاضي بذلك وبعد توفر الشروط التالية:

- قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد إطلاعه على حالته.

- كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله.

- كون زواجه فيه مصلحة له".

المادة 11: "إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يـأذن له به إذا ثبت له قابليته البدنية بعد موافقة الـولي فإذا إمتنع الولي طلب القاضي موافقته خلال مدة يحـددها له فـإن لم يعترض أو كان إعتراضه غير جدير بالاعتبار زوجه القاضي".

المادة 12: " يمنع تزويج الصـغير ذكـرا كـان أو أنـثى قبل إكماله الخامسة عشرة من العمر إلا بإذن القاضي، كلما وجد سـبب خطـير أو إقتضت المصلحة ذلك".[2]

من خلال كل ما تقدم نجد أن القوانين وضعت قاعدة وهي عدم الإقـدام على إبرام عقد زواج إلا ببلـوغ سن قانونية محـددة، وأرست على هـذه القاعـدة إسـتثناء يقضي بإمكانية الإعفاء من هذه السن والسـماح بـالزواج دونهـا، وأجمعت القـوانين بهذا الشأن على وجود مصلحة وضرورة وأسباب خطيرة تستدعي الترخيص؛ الـذي يقوم بمنحه القاضي بناء على سلطته التقديرية ودراسته للطلب (طلب الـترخيص) والبحث الدقيق على مصلحة القاصر وحمايتهـا، وذات الشـيء بالنسـبة لـزواج غـير العاقل. وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص عليه (نرجع إلى الشـريعة الإسـلامية)، فإننا نجد كل القـوانين قد تعرضت له في مـواد صـريحة وعلقت زواج غـير العاقل على إذن القاضي الـذي يتثبت من وجـود مصـلحة في زواجـه، ويقصد بالمصـلحة إمكانية شـفائه وهـذا بنـاء على تقرير طـبي من أهل الإختصـاص وإن لم تنص جميع القـوانين على ضـرورة رضا الطـرف الآخر بـالزواج إلا أنه يفهم ضـمنا، كما أضـاف المشروع العربي شرطا آخر هو أن لا يكون مرضه منتقلا إلى نسله، وإن كان يمكن إدراج هذا الشرط ضمن المصلحة الراجحة.

لكن إذا كانت هـذه القـوانين قد حـددت سـنا معينة للـزواج، ونظـرا لإمكانية وجود حالات خاصة وظروف إسـتثنائية فإننا نجـدها قد سـمحت بـالزواج دون بلـوغ

[1] - جميل فخري محمد جانم, المرجع السابق، ص200، 204.

[2] - جميل فخري محمد جانم, المرجع السابق، ص 202-205.

هذا السن بناء على إذن وترخيص يمنحه القاضي المختص، السؤال الذي يطرح هنا فيما تتمثل آثار هذا الترخيص، وماذا لو تحايل النـاس وسـلكوا طرقا أخـرى مخالفة للقـانون وأبرمـوا عقد زواج مخـالف لسن الأهليـة، ما هي الجـزاءات المترتبة على ذلك.

سنحاول في الفصل الثاني الإجابة على هذه الإشـكالات في مبحـثين نخصص الأول لمعرفة آثار الــترخيص بــالزواج، أما الثــاني فنتعــرض فيه إلى جــزاء مخالفة سن الأهلية، على النحو التالي:

الفصـل الثاني:
آثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية وجزاء مخالفته

من خلال ما سبق نجد أن الترخيص بالزواج تحكمه شروط وقواعد تخضع للسلطة التقديرية للقاضي في دراسة الطلب دراسة جدية وفحصه بعناية تامة، وعدم منحه للترخيص إلا بوجود مصلحة أو ضرورة أو بناء على أسباب خطيرة, وهذا بعد التأكد من قدرة الطرفين على الزواج، لأن هذا الأخير تترتب عليه إلتزامات وواجبات ومسؤوليات، وبالتالي له قبول أو رفض طلب الترخيص، هذا الأخير إذا ما منح ينتج آثارا، أما في حالة تجاوزه ومخالفة سن الأهلية تترتب جزاءات؛ هذا ما سنتعرض له في هذا الفصل.

نتناول في (المبحث الأول) آثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية وجزاء مخالفته في قانون الأسرة الجزائري؛ نتعرض لآثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في (مطلب أول), وجزاء المخالفة في (مطلب ثان).

أما (المبحث الثاني) فنخصصه لآثار الترخيص بالزواج وجزاء مخالفته في القانون المقارن؛ نتعرض فيه لآثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في (مطلب أول)، وجزاء المخالفة في (مطلب ثان)، على النحو التالي:

المبحث الأول: آثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية وجزاء مخالفته في قانون الأسرة الجزائري

بعد دراسة قاضي شؤون الأسرة طلب الترخيص بالزواج، وبعد تأكده من وجود مصلحة وضرورة, وكذا قدرة الطرفين على الزواج، وعدم وجود إجبار على الزواج؛ يمنح الترخيص للقاصر. الأمر الذي يستوجب علينا معرفة آثار هذا الترخيص والإذن بالزواج في (مطلب أول), هذا من جهة.

من جهة ثانية تحصل بعض المخالفات والتجاوزات، ويتم إبرام عقد زواج مخالف لسن الأهلية، ودون الحصول على الرخصة أو الإذن من القاضي، فما هي

الجزاءات في هذه الحالة وما مصير عقد الـزواج, هـذا ما سـنتطرق له في (مطلب ثان).

المطلب الأول: آثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية

جاء في نص المادة السابعة من قانون الأسرة (84-11) ما يلي:

"ـ تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، وللمـرأة بتمـام 18 سنة.
وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".[1]

بعد تعديل نص هذه المادة بموجب الأمر 05-02 أصبح كالتالي:

"ـ تكتمل أهلية الرجل والمـرأة في الـزواج بتمـام 19 سـنة وللقاضي أن يـرخص بـالزواج قبل ذلك لمصـلحة أو ضـرورة مـتى تأكد قدرة الطرفين على الزواج.
يكتسب الـزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثـار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات".[2]

من خلال نصي هاتين المادتين نجد أن التعديل قد مس ثلاثة أمور هي:
- السن وأصبحت موحدة (19 سنة).

[1] - قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن **قانون الأسرة**.
[2] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

- كـان الـترخيص بنـاء على وجـود مصـلحة وضـرورة، وفي التعـديل الجديد أضـاف المشرع الجزائري القدرة على الزواج.
- أما الأمر الثـالث- وهو الـذي يهمنا بالدراسة في هـذا المبحث- فيتعلق بـالفقرة الجديدة التي جاء بها المشرع الجزائري بموجب الأمر 05-02:

"ـ يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثـار عقد الـزواج من حقوق وإلتزامات".

وبالتـــالي نجد أن المشـــرع نص على إكتســـاب القاصر أهلية للتقاضي في المسائل المتعلقة بآثار عقد الزواج، وهو ما لم يكن موجـودا قبل 2005، فـالزواج كغيره من العقود ثنائية الإلتزام، ينشئ إلتزامات متبادلة بين الطرفين إضـافة أن له آثارا تتجاوز حقوق الزوجين، كإثبات النسب الذي يعتبر إبتداء حقا للولد.
قبل التطـرق لأهلية التقاضي تجـدر الإشـارة أولا إلى الحقـوق والواجبـات المترتبة عن عقد الـزواج في قـانون الأسـرة الجزائـري, **(مع العلم أن آثـاره لا تختلف سواء كان الزوج {ة} راشـدا أو قاصـرا)** حيث تنص المـادة 36 منه المعدلة بموجب الأمر 05-02 على مايلي:

" يجب على الزوجين:
1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،
2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الإحترام والمودة والرحمة،
3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم،
4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات،
5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه وإحترامهم وزيارتهم،
6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالـــدين والأقـــربين بالحسنى والمعروف،
7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف."

كما نصت المادة 37 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02 على ما يلي:

" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.
غـير أنه يجـوز للـزوجين أن يتفقا في عقد الـزواج أو في عقد رسمي لاحق, حول الأموال المشـتركة بينهمـا، الـتي يكتسـبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".[1]

من خلال نصي هاتين المـادتين نجد أن عقد الـزواج يـرتب حقـوق للزوجة على زوجها وحقـوق للـزوج على زوجتـه، وحقـوق مشـتركة بينهمـا، وفي المقابل

[1] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

إلتزام كل منهما بواجبات تجاه الطرف الآخر، وبهذا تستقر الحياة الزوجية بين الطرفين.
يمكن تلخيص هذه الحقوق كما يلي:

-ـ **حقوق للزوجة على زوجها**: وهي النفقة، العدل بين الزوجات عند التعدد، عدم الإضرار بها بالفعل أو القول، حرية التصرف في مالها الخاص.
- **حقوق للزوج على زوجته**: الطاعة، القرار في البيت، القوامة.
-ـ **حقوق وواجبات مشتركة بينهما**: وهي على العموم حسن المعاشرة، التعاون، المحافظة على الروابط الأسرية، حل الإستمتاع بين الزوجين.

*** حقوق الزوجة على زوجها:**

1- **النفقة:** "النَّفَقَةُ مِنَ الإِنْفَاقِ: وَهُوَ الإِخْرَاجُ، وَلاَ يُسْتَعْمَلُ إِلاَّ فِي الخَيْرِ. وَجَمْعُهَا نَفَقَاتٌ. وهي **لغة**: مَا يُنْفِقُهُ الإِنْسَانُ عَلَىَ عِيَالِهِ. وَهِيَ فِي الأَصْلِ: الدَّرَاهِمُ مِنَ الأَمْوَالِ.
وَشَرْعًا: هِيَ كِفَايَةُ مَنْ يُمَوِّنُهُ مِنَ الطَّعَامِ وَالكِسْوَة وَالسُّكْنَى، وَعُرْفًا هِيَ الطَّعَام. وَالطَّعَامُ يَشْمُلُ الخُبْزَ وَالأُدمَ وَالشُّرْبَ. وَالكِسْوَةِ: السُّتْرَةُ وَالغِطاَءُ. وَالسُّكْنَى: تَشْمُلُ البَيْتَ وَمَتَاعَهُ وَمَرَافِقَهُ.

والنفقة قسمان:

- نفقة تجب للإنسان على نفسه إذا قدر عليها، وعليه أن يقدمها على نفقة غيره.
- نفقة تجب على الإنسان لغيره، وأسباب وجوبها ثلاثة هي: الزوجية والقرابة والملك".[1]

حيث نص المشرع الجزائري على النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة:
"ـ **تشمل النفقة الغذاء: والكسوة والعلاج, والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**".[2]

وهي واجبة شرعا بدليل قوله **تعالى**: "وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ".[3]

وقوله **تعالي** أيضا:" أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلاَ تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُوْلاَتُ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ".[4]
وحق قانوني للمرأة بنص المادة 74 من قانون الأسرة:
"**تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78-79-80 من هذا القانون**".

---

[1] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سبق ذكره، ص765.
[2] - قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن **قانون الأسرة**.
[3] - سورة البقرة: الآية 232.
[4] - سورة الطلاق: الآية 06.

حيث جاء في نص المادة 79 ما يلي:
"ـ يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطـرفين وظـروف المعـاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".[1]

وفي تقـديري أرى أن مـدة السـنة قد تضر الزوجة وأولادها لـذا كـان من المفروض أن تقلص هذه المدة إلى ستة أشهر.

كما نص القانون في المادة 80 من قانون الأسرة على أن النفقة لا تستحق إلا من تاريخ رفع الدعوى للمطالبة بها, ولا يمكن للزوجة المطالبة بها بأثر رجعي إلا لمدة سنة قبل رفع الـدعوى والسـبب في ذلك هو دفع الزوجة إلى عـدم المماطلة في المطالبة بالنفقة.

" تســـتحق النفقة من تـــاريخ رفع الـــدعوى وللقاضي أن يحكم بإستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".[2]

وإذا كـان الـزوج غائبا عن الزوجة ولم يرسل لها النفقـة، فلها أن تطلب من القاضي أن يفرض لها نفقة، لأن هذه الأخيرة تكون واجبة على الـزوج حاضـرا كـان أم غائبا، فإن كان له مـال كـالنقود والغلال وهي في يد الزوجـة، فـرض القاضي لها منها نفقة مناسبة، أما إذا كان المـال لـدى الغـير كـأن يكـون في البنك مثلا، فـرض القاضي لها من هذا المال ما يكفيهـا؛ هـذه المسـائل كلها تخضع للقواعد العامة في الإثبات.

وللأسف لم ينظم المشرع الجزائري لا في قانون 84-11، ولا في التعـديل الجديد هـذه المسـائل المهمـة، إذ قد يغيب الـزوج مـدة طويلة دون أن يرسل لها نفقة، وبطبيعة الحال ستتضرر هذه الزوجة والأولاد من هذه الوضعية.
كما قد يكون الزوج مفقودا أو أصابه عجز وبالتالي فإن مشكل النفقة يكون مطروحا للزوجة وأولادهـا؛ لهـذا كـان على المشـرع أن لا يغفل عن هـذه المسـألة ويجد حلولا لها وهذا من باب تحقيق الحماية القانونية للأسرة.

2- <u>العـدل بين الزوجـات</u>:
إذ يجب على الـــزوج إذا تـــزوج أكـــثر من زوجة أن يعـــدل بينهن في المأكل والملبس والمســكن فـــإن فضل إحـــداهن على غيرها في شـــيء مما يـــدخل في مقدرته كان آثما، بمعنى العدل المادي، أما المعنوي (المحبة القلبية) فتلك أمر آخر يصعب على الإنسان القيام به، حيث نص المشرع الجزائري على التعدد في المـادة 08 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02 وحـدد شـروط منح الـترخيص بتعدد الزوجات حيث جاء فيها:

"ـ يسـمح بـالزواج بـأكثر من زوجة واحـدة في حـدود الشـريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

---

[1] - قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن **قانون الأسرة**.
[2] - المرجع السابق.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة الـتي يقبل على الــزواج بها وأن يقــدم طلب الــترخيص بــالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.
يمكن لـرئيس المحكمة أن يـرخص بـالزواج الجديـد, إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الـزوج المـبرر الشـرعي وقدرته على توفـير العـدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

وفي حالة التدليس من الزوج، بأن أخفى على إحدى الزوجات حقيقة أمره فإنه طبقا للمادة 08 أعلاه يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الـزوج للمطالبة بالتطليق، طبقا لنص المادة08 مكرر 1 من قانون الأسـرة المضـافة بمـوجب الأمر 05-02:
"**ـ في حالة التــدليس، يجــوز لكل زوجة رفع دعــوى قضــائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق**".

وفي حالة مخالفة الزوج لشروط إستصدار ترخيص بالزواج، فإن المادة 08 مكرر1 المضافة بموجب الأمر 05-02 نصت على:
"**ـ يفسخ الــزواج الجديد قبل الــدخول, إذا لم يستصــدر الــزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشــروط النصــوص عليها في المــادة 08 أعلاه**".[1]
نستخلص من هذه النصوص أن القانون وبمقتضى التعديل الجديد قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة لكنه فرض جملة من الضوابط والإجراءات- قيـود- لا يمكن إبرام الزواج إلا من خلالها وهي:

- وجود المبرر الشرعي: لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالمبرر الشرعي وهي عبارة عامة لأن المبررات الشرعية كثـيرة وتختلف بحسب الوجهة الـتي ينظر إليها.
- توفر شروط ونية العدل، بمعنى أن يثبت الزوج قدرته على توفـير العـدل من الناحية المادية كقدرته على النفقة، وتوفير المسكن، وغير ذلك من الأمور المادية.
- يجب عليه إخبار الزوجة السابقة، والمرأة التي يقبل على الزواج بهـا، حـتى لا تتفاجئ إحداهما بالأخرى.
- تقديم طلب الترخيص بالزواج لرئيس المحكمة الكائن بمكان مسكن الزوجية، يثبت فيه ما تم ذكره أعلاه.

إذا توافرت الضوابط السابقة جاز لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج،[2] ولا يتحقق ذلك إلا بعد أن يتأكد من موافقة الزوجة الســـابقة واللاحقة على الـــزواج، بالإضافة إلى المبرر الشـرعي وثبـوت قـدرة الـزوج من الناحية المادية على توفـير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

غــير أنه ما تجــدر الإشــارة إليه بخصــوص المــادة 08 مكــرر أنه كــان من المفـــروض أن ينص المشـــرع كـــذلك على حق الزوجة المتضـــررة في المطالبة بالتعويض في حالة حصول الضرر لأن التدليس فعل عمدي يوجب التعويض.

[1] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.
[2] - أنظر الملحق رقم 04.

أما فيما يتعلق بالمادة 08 مكرر1 فنجد أن الزواج لا يفسخ إلا إذا حصل دخول، وبالتالي لا يكون أمام الزوجة إذا لم تكن راضية سوى المطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر اللاحق بها وفقا للقواعد العامة.

ما جاء به التعديل الجديد يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية، وخصوصا مسألة الحصول على الموافقة المسبقة[1] على الزواج من طرفين؛ الزوجة السابقة، والمرأة التي يقبل على الزواج بها,إذ تعتبر مسألة ناذرة، بل وتعد مستحيلة في كثير من الأحيان، وهذا في النهاية يؤدي إلى إنتشار ما يسمى بالزواج العرفي بداية، ثم في مرحلة لاحقة يتم تثبيته بحكم قضائي تمهيدا لتسجيله، ويصبح أمرا واقعا.

3- **عدم الإضرار بالزوجة:**

لا يجوز للزوج أن يؤذي زوجته سواء بالفعل أو بالقول، ونحو ذلك مما يخدش شعورها ويؤذي كرامتها، لقوله **تعالى**: "فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ".[2]

ومن آذى زوجته سواء بالقول أو بالفعل، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليقوم بزجره, وقد يصل الأمر إلى التفريق بطلب الطلاق.

4- حرية التصرف في مالها الخاص:

كما هو معلوم في الشريعة الإسلامية أن الذمة المالية للزوج والزوجة مستقلتان فالزوج مطالب بالنفقة على زوجته ولو كانت غنية، ولا يجوز له إجبارها على إخراج شيء من مالها الخاص بمعنى أن المرأة لها حق التملك وحق التصرف في مالها الخاص؛ (بيع، شراء، إجارة، هبة، صدقة وغيرها).[3]

*** حقوق الزوج على زوجته:**

1- **حق الطاعة:**

على الزوجة أن تطيع زوجها في الأمور التي أباحها **الله سبحانه وتعالى**، فإذا كان الأمر يتعلق بمعصية فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.[4]

2- **حق القرار في البيت**:

هو حق الزوج على زوجته أن تقيم معه في المسكن الذي أعده لها, وذلك أن الزواج يتضمن تعهد كل منهما بالقيام بالمطالب الزوجية، وهذه الأخيرة تتطلب قرار الزوجة في المنزل حتى تستطيع التفرغ لما شرع الزواج له، ولا تخرج منه إلا إذا أذن الزوج في ذلك أو كانت هناك ضرورة تدعوها للخروج,[5] والحقيقة أن هذه الأمور متروك تقديرها للزوجين، فلهما تنظيم حياتهما بالصورة التي يريانها

---

[1]- قبل التعديل(قانون 84-11) كان النص القانوني يشترط فقط الإخبار, أما التعديل (أمر05-02) فيشترط الحصول على الموافقة.

[2] - سورة البقرة: آية231.

[3] -.جميل فخري محمد جانم، **آثار عقد الزواج في الفقه والقانون**, مرجع سبق ذكره, ص 96

[4] - زكي الدين شعبان، **الزواج والطلاق في الإسلام**، دار القومية، مصر، 1964, ص 72.

[5] - زكي الدين شعبان, المرجع السابق، ص73.

مناسبة، ولذلك يمكن القول أن ولاية التأديب التي إختص بها الرجل روعي فيها الواقع العملي والفطرة البشرية لكل من الرجل والمرأة، ولم يقصد بها إذلال المرأة أو إهانتها, وإن حصل ظلم من الزوج جاز لها طلب التطليق من القاضي للضرر الذي يلحقها من الزوج.

3- **حق القوامة**:

أعطى الإسلام حق الرياسة والقوامة للرجل في بيت الزوجية، وقد أعطيت بصورة تتماشى مع الفطرة والتكوين الجسدي، فلكل من الرجل والمرأة مميزات تخصه، فالمرأة وهبها **الله** أشياء لا توجد في الرجل، والرجل وهبه **الله** أشياء لا توجد في المرأة، فكل حسب طبيعته والمسؤوليات تكون متقاسمة، وقوامة الرجل في البيت شورية وليست إستبدادية كما يظن البعض، وهذه الرياسة في الحقيقة يجب أن تقوم على المحبة والمودة والتعاون وتبادل الرأي والإحترام المتبادل.

*** الحقوق المشتركة:**

بالإضافة إلى الحقوق التي يختص بها كل طرف فإن هناك حقوقا مشتركة بينهما نصت عليها المادة 36 المعدلة- المذكورة سابقا -:

1- **حل الإستمتاع**:

فالمعاشرة بالمعروف تديم المودة والرحمة والمحبة بين الزوجين، وهو أمر تتطلبه الحياة المستقرة الهادئة.

2- **حسن المعاشرة**:

وذلك بالتعاون على جلب الخير ودفع الشر، وتجاوز الخلافات والإخلاص في أداء الواجب والتشاور، الذي من شأنه المحافظة على الرابطة الزوجية وديمومتها.[1]

3- **صلة الرحم**:

عن طريق تبادل الزيارات وتفقد أحوال الأهل ومساعدتهم في كل ما يحتاجون إليه.

في الأخير تجدر الإشارة إلى أثر آخر من آثار عقد الزواج وهو النسب، حيث نص عليه المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة.

حيث نصت المادة 40 على طرق إثبات النسب:

"ـ يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا لأحكام المواد 32 و 33 و34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".[2]

1- الزواج الصحيح: نصت عليه المادة 41 حيث جاء فيها:

---

[1] - السيد سابق، **فقه السنة**، مرجع سبق ذكره, ص239.

[2] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

"ـ ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شـرعيا وأمكن الإتصـال ولم ينفه بالطرق المشروعة".[1]
وأقل مدة الحمل هي ستة أشهر من تاريخ الدخول، وأقصاها هي عشـرة أشـهر من تاريخ الإنفصال طبقا لنصي المادتين 42 و43 على التوالي:
" أقل مدة الحمل ستة(06) أشهر وأقصاها عشرة أشهر".
"ــ ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشــر(10) أشــهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة".[2]

من خلال هذه المواد نجد أن النسب يثبت بالزواج الصحيح بشرط:
- أن يكون الإتصال ممكنا (إلتقاء الزوجين فعلا وعادة).
- عدم نفيه باللعان.
- أن يكون لمدة يتصور مجيء الولد فيها.

2- الإقرار: نص المشرع على الإقرار بنوعيـه: إقـرار بالنسب على النفس و إقرار بالنسب على الغير في المادتين 44 و45 على الترتيب:
"يثبت النسب بالإقرار بالبنوة, أو الأبـوة أو الأمومـة, لمجهـول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".
"الإقرار بالنسب في غير البنوة, والأبوة والأمومة لا يسـري على غـير المقر إلا بتصديقه".[3]

3- البينة: وهي الشهادة، وهي أقوى من الإقرار في إثبات النسب.

4- نكــاح الشــبهة: وهو النكــاح الناشئ عن الخطأ في القــرين، فيثبت به النسب مع مراعاة أحكام المادتين 42 و43 أعلاه.

5- النكـاح الباطل: { وهو الـذي حكم القـانون بفسـخه بعد الـدخول لكـون المرأة من المحرمـات، أو في حالة إختلال ركن الرضا في عقد الـزواج } يثبت به النسب إذا توفرت الشروط الواجب توفرها في النكاح الصحيح.

هذا وقد أجاز المشرع الجزائري اللجـوء إلى التلقيح الاصـطناعي، وبالتـالي فهو يثبت النسب الناشئ عنه، وهذا بتوفر الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر حيث جاء فيها:

" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.
يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:
- أن يكون الزواج شرعيا,
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما,
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

---

[1] ـ المرجع السابق.
[2] ـ المرجع السابق.
[3] ـ المرجع السابق.

لا يجوز اللجوء للتلقيح الإصطناعي بإستعمال الأم البديلة".[4]

كانت هذه بإختصار آثار عقد الزواج: (الحقوق والواجبات المترتبة عليه)؛
غـير أنه قد يحصل وأن تكـون الحيـاة الزوجية غـير منسـجمة ولا محققة لمقاصدها، على هذا الأساس شرع الطلاق وذلك لإزالة سوء العشـرة, إذ قد يكـون ضروريا لدفع ضرر أعظم منه وهو سوء الحياة الزوجية وشقائها، وهـذا عنـدما يفقد التلاؤم ويستحيل التفاهم وتتنافر الطباع وتتباين الأخلاق ويستحكم الشقاق.

والطلاق لغة: هو حل الوثاق مشتق من الإطلاق وهو إرسال، وفلان طليق اليدين بالخير أي كثير البذل والإرسـال لهما بـذلك، وفي الشـرع حل عقـدة الـتزويج، قـال إمام الحرمين: هو لفظ جاهلي ورد الإسلام بتقريره.[2]
فـالطلاق هو رفع قيد النكـاح في الحـال أو في المـآل بالصـيغة الدالة على ذلك.
نص المشرع الجزائري علي إنحلال الـزواج في البـاب الثـاني من الكتـاب الأول (الزواج وإنحلاله) من قانون الأسرة الجزائري من المـادة 47 إلى المـادة57 مكرر.

حيث نصت المادة 47 على طرق إنحلال الرابطة الزوجية:
" **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة**".

أما المادة 48 فنصت على طرق الطلاق كالتالي:
"**مع مراعـاة أحكـام المـادة 49 أدنـاه، يحل عقد الـزواج بـالطلاق الـذي يتم بـإرادة الـزوج أو بتراضي الـزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".**

حيث نصت المـادة 49 على ضـرورة إجـراء الصـلح قبل إصـدار الحكم بالطلاق:
"**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صـلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى.**
يتعين على القاضي تحرير محضر يـبين مسـاعي ونتـائج محـاولات الصلح, يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.
تسـجل أحكـام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسـعي من النيابة العامة".[3]

وأكدت على هذا المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:
"**محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية**".[4]

---

[4] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.
[2] - محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، **سبل السلام، شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام**، مرجع سبق ذكره، ص 264.
[3] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.
[4] - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.

وإذا تبين للقاضي تعسف الزوج في تطليق زوجته حكم لها بالتعويض طبقا لنص المادة 52 المعدلة بموجب الأمر 05-02:
"إذا تبين للقاضي تعسف الـزوج في الطلاق حكم للمطلقة بـالتعويض عن الضرر اللاحق بها".[1]

كما يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الواردة بنص المادة 53 المعدلة بموجب الأمر05-02:
" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:
1- عـدم الإنفـاق بعد صـدور الحكم بوجوبه مـالم تكن عالمة بإعسـاره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،
2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من هذا الزواج،
3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر,
4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،
5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة,
6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه,
7- إرتكاب فاحشة مبينة,
8- الشقاق المستمر بين الزوجين,
9- مخالفة الشروط المنصوص عليها في عقد الزواج,
10- كل ضرر معتبر شرعا".

كما يجوز أن يحكم القاضي بالتعويض للمطلقة طبقا لنص المادة 53 مكرر مضافة بموجب الأمر 05-02:
"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بـالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

إلى جـانب حق الزوجة في المطالبة بـالتطليق يجـوز لها كـذلك أن تخـالع زوجها حـتى ومن دون موافقته طبقا لنص المـادة 54 من قـانون الأسـرة المعدلة بموجب الأمر 05-02:
" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.
إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع, يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".[2]
كانت هذه باختصار أحكام عامة حول الطلاق الذي يمكن أن يكون السبيل الوحيد لحل النزاعات الزوجية والتي ممكن أن يكون القاصر طرفا فيها.
بـالعودة إلى نص المـادة 07 من قـانون الأسـرة نجد أنها قد منحت الـزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقـوق وإلتزامـات, أي يحق له اللجوء إلى القضاء للمطالبة بهذه الأخيرة.
بـالرجوع إلى الأحـوال العادية يتعين على كل فـرد يـرغب في اللجـوء إلى القضاء بـدعوى معينة أن تتـوفر فيه شـروط محـددة قانونـا, وهي شـروط لا بد من

[1] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.
[2] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

توافرها وفي آن واحد؛ فإذا ما تخلف أحد هذه الشروط فإن دعوى المدعي لا يمكن قبولها.

وبالتالي لا يكفيه أبدا أن يعرف المحكمة المختصة بالفصل في موضوع طلبه ولا أن يعرف الطريقة التي أوجب القانون إتباعها لرفع الدعوى بل يجب أيضا أن تتوفر هذه الشروط وهي: الصفة, المصلحة والأهلية، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي:

"ـ لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة, وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".[1]

1- **الصفة**:

وهي أن يكون للمدعي صفة المطالبة بالحق؛ كأن يكون صاحب حق أو نائبا عنه؛ بأن يكون وكيلا أو وصيا أو قيما أو بصفة عامة ممثله القانوني.[2]

بمعنى أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعوى ضد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى وتقديمها إلى المحكمة، أي يجب تحقيقا لهذا الشرط أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة أو أحد ممثليهما قانونا؛ كالولي أو الوصي أو المقدم حسب الحالة، وإذا ما فُقِد شرط الصفة فإن هذا سيؤدي حتما لعدم قبول الدعوى.[3]

2- **المصلحة**:

أي أن يستند رافع الدعوى إلى حق أو مركز قانوني, الغرض من الإجراء حماية هذا الحق بتقرير عند النزاع فيه أو العدوان عليه أو تعويض الحق من ضرر, من جراء ذلك فلا تكفي المصلحة الإقتصادية للمدعي في دعوى تعويض يرفعها صاحب محل على تاجر آخر منافس له منافسة غير مشروعة، وبالتالي المصلحة هي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها وهذا بالإلتجاء إلى القضاء، وينبغي أن تكون قائمة.[4]

وفي مجال الخصومات الزوجية المقصود بالمصلحة هو أن يكون الهدف من إقامة الدعوى من الزوج ضد الزوجة أو من الزوجة ضد الزوج هو الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة شرعية وإقرارها لأن عدم توفر شرط المصلحة يؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى.[5]

3- **أهلية التقاضي**:

للتوصل إلى المقصود بأهلية التقاضي نتعرض بداية لتعريف الأهلية ثم التقاضي على النحو التالي:

*** الأهلية**:

هي قدرة الشخص وصلاحيته لكسب الحقوق وترتيب الإلتزامات، ومن لم يكن متمتعا بقواه العقلية أو كان صغير السن أو قد تم الحجر عليه، فإن مثل هذه الفئات لا يجوز لها التقاضي بصفتها الشخصية بل هناك من ينوب عنها قانونا.

---

[1] - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.

[2] - طاهري حسين، **الدليل القانوني للمتقاضين**،ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2007، ج1، ص33.

[3] - عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص329.

[4] - طاهري حسين، **الدليل القانوني للمتقاضين**, مرجع سبق ذكره، ص33-34.

[5] - عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**, مرجع سبق ذكره, ص329.

*** التقاضي:**

بمعــنى الطلب. يقــال قاضــيته حقي فقاضــاني، أي طالبته فأعطــاني، وإستقضى فلانا أي طلب إليه أن يقضيه، وطالب قضاءه وحكمـه، والتقاضي مصـدر تقاضــى؛ أي طلب ورفع الأمر إلى القضــاء وهو على وزن تفاعل من قضى يقضي قضاء، وقد إستعمل أهل اللغة لفظ القضاء في معان كثيرة منها ما يلي:

1- القضاء هو الفصل في الخصومات والحكم،[1] ومنه قوله **تعالى**: "فَلاَ **وَرَبِّكَ** لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِـدُوا فِي أَنْفُسِـهِم حَرَجًا مِمَّا قَضَـيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمَا".[2]

2- والقضاء: الإتمام والفراغ والخلق.

3- ويأتي القضاء بمعنى الحتم والأمر.

4-كما يأتي القضاء بمعنى البيان.

5- ويطلق القضاء كذلك على الأداء.

وهناك معان أخرى للقضاء ترجع كلها إلى معنى إنقطـاع الشـيء وتمامـه، والمقصــود هنا هو الفصل في الخصــومات بين النــاس, كما أن المــراد بالتقاضي اللجوء إلى القضاء ورفع الأمر إليه طالبا للحكم.[3]

أما التقاضي في الفقه الإسـلامي فهو اللجـوء إلى القضـاء والإدعـاء أمامه طلبا للحماية والإنتصاف ودفعا للإعتداء.[4]

والتقاضي هو حق من الحقوق التي يتمتع بها الشخص في الدولة, وهو حق عام إذ يثبت لجميع الأشـخاص سـواء كـانوا ذكـورا أو إناثا ودون النظر إلى السن أو المركز الإقتصادي أو الإجتماعي أو الأدبي، فكل الأفراد يتسـاوون أمـام هـذا الحـق, وهو كسائر الحقوق العامة لا ينقضي بالتقـادم ولا يجـوز التنـازل عنه إطلاقا لما في ذلك من مخالفة للنظام العام.

إذ نجده مكرسا في دستور1996 في نص المادة 32/01:

" **الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة**".[5]

ونظرا لأن حق التقاضي حق عام فهو يتميز عن حق الدعوى:

فالدعوى ليست حقا للكافة ولكنها حق يعترف به القانون لشخص معين إذا توافرت فيه شـروط معينة أهمها المصـلحة, ولتعلق هـذا الحق بشـخص معين فإنه يمكن النزول عنه, كما يمكن إنقضاؤه بالتقادم.

---

[1] - خالد سليمان شبكة، **كفالة حق التقاضي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ت ن، ص17.

[2] - سورة النساء: الآية65.

[3] - خالد سليمان شبكة، **كفالة حق التقاضي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، مرجع سبق ذكره, ص17-18.

[4] - خالد سليمان شبكة, المرجع السابق، ص29-34.

[5] - دستور الجزائر1996.

أما حق التقاضي فهو حق عـام يملكه كل شـخص في المجتمع ويسـتطيع بمقتضاه طرح إدعاءاته على القضاء، ويباشر كل شخص المطالبة القضائية، ويلتزم القضاء الحكم فيها حتى ولو صدر الحكم برفض الطلب شكلا أو موضوعا.

على أن مباشـرة هـذه المطالبة القضـائية قد يكـون مباشـرة لحق الـدعوى والتقاضي معا وقد يكـون مباشـرة لحق التقاضي فقـط، وبيـان ذلك أن المطالبة القضـائية – وهي العمل الـذي يباشر به الشـخص حقه في الـدعوى أو التقاضـي- تشمل عنصرين:

عنصر موضوعي: وهو الإدعاء بحق معين.

عنصر شكلي: وهو الإجراء الذي يعبر به الشخص عن هذا الإدعاء.

ولكي يمكن القـول بـأن مقـدم الطلب قد باشر حقه في الـدعوى فلا بد أن يكون هذا الإدعاء على أساس، أما إذا إنتفى هذا العنصر الموضوعي أو لم يكن على أساس فإن مقـدم الطلب يكـون بـذلك قد باشر حق التقاضي فقـط، ومن ثم فـإن مباشـرة الشـخص حقه في الـدعوى هي في الواقع ممارسة لحق التقاضي لكن العكس غـير صـحيح، إذ أن كل من يلجأ إلى القضـاء لا يسـتعمل حتما حقه في الدعوى إذا كان لن يؤدي إلى تقرير الحق الموضوعي أو حمايته.

وبهذا يتضح أنه إذا كان رافع الدعوى هو صاحب الحق الذي يدعيه كان حق التقاضي وحق الدعوى شيئا واحـدا, أما إذا لم يكن هو صـاحب الحق فإنه قد يكـون قد باشر مجرد حقه في التقاضي.[1]

وبالتالي كل إسـتعمال للـدعوى ما هو في الواقع إلا عبـارة عن مباشـرة حق اللجوء إلى القضاء وفي المقابل فليس كل لجوء إلى القضاء هو إستعمال للدعوى.

أهلية التقاضي:

تعـني صـلاحية الشـخص لمباشـرة الإجـراءات أمـام القضـاء؛ بمعـنى قـدرة وإستطاعة الشخص أن يقوم بالأعمال الإجرائية.

وأما المقصود بالأهلية في الخصـومات الزوجية وغيرها فهي أهلية التقاضي أمام المحكمة بمعنى؛ أنه إذا تنازع الزوجان وتخاصما خصـاما شـديدا وأراد أحـدهما أن يتوجه إلى المحكمة لتفصل بينهما في موضوع نزاعهما، فإنه يجب أن يكـون كل واحد منهما متمتعا بأهلية التقاضي بأن يكون بالغا سن الرشد المدني وهو 19 سـنة كاملة, وفقا لما نصت عليه المادة 42 من القانون المـدني الجزائـري ومتمتعا أيضا بقواه العقلية أي غير مجنون وغير محجور عليـه، لأنه لا يجـوز للمحكمة أن تقبل أية دعوى من(أو) على شخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بواسطة ممثله القانوني، وإذا رفعت دعـوى أمـام المحكمة من(أو) على مثل هـذا الشـخص فإنه يجب عليها أن تحكم بعـدم قبـول الـدعوى وليس برفضـها ولا بإلغائها أو بطلانهـا، وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في تقدير توفر أو عدم توفر شرط الصفة وشرط الأهلية.[2]

من خلال ما سبق نجد أن أهلية التقاضي شرط لصحة المطالبة القضائية أو ما يسمى كذلك بالأهلية الإجرائية، وهي تحـدد بسن معينة وفي التشـريع الجزائـري 19 سـنة، تبعا لـذلك إذا لم يحز الشـخص على هـذه الأهلية الإجرائية أي أهلية التقاضي، لا يجـوز له القيـام بالأعمـال الإجرائية وإنما يقـوم بها شـخص آخر يمثلـه،

[1] - خالد سليمان شبكة، **كفالة حق التقاضي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية**, مرجع سبق ذكره، ص37-38.

[2] - عبد العزيز سعد, **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص329.

وهذا ما يسمى بالتمثيل الإجرائي الذي يقوم به الشخص الذي ينوب عن عديم أو ناقص الأهلية.

على هذا الأساس إذا كان رافع الدعوى نائبا عن صاحب الحق فيجب أن يكون رفع الدعوى والتقاضي ضمن حدود السلطة المخولة له شرعا أو إتفاقا أو قانونا: كالوكيل بالنسبة للموكل، والوصي أو الولي أو القيم بالنسبة لناقص الأهلية أو المحجور عليه.[1]

من خلال ما سبق نجد أنه لا بد من توفر ثلاثة شروط لقبول الدعوى لا بد من توافرها في الشخص طبقا لما نصت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

" لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا إنعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

كما يثير تلقائيا إنعدام الإذن إذا ما إشترطه القانون".

وفي حالة إنعدام أحد هذه الشروط فإنه يترتب على ذلك الدفع بعدم قبول الدعوى طبقا لنص المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

"**الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لإنعدام الحق في التقاضي, كإنعدام الصفة وإنعدام المصلحة والتقادم وإنقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه, وذلك دون النظر في موضوع النزاع**".[2]

كما نصت المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على بطلان الدعوى في حالة تخلف أهلية التقاضي حيث جاء فيها:

"**حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:**

1- إنعدام الأهلية للخصوم،

2- **إنعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي**"

كما أجازت المادة 65 أن يثير القاضي تلقائيا إنعدام الأهلية:

"**يثير القاضي إنعدام الأهلية, ويجوز له أن يثير تلقائيا إنعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي**".[3]

من خلال هذه المواد نجد أن تخلف الأهلية يترتب عليه بطلان العمل القضائي، فهي شرط لمباشرة الدعوى وليست شرطا لوجودها، ويعد هذا البطلان الناشئ عن تخلفها متعلقا بالنظام العام فالأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما لمباشرة إجراءاتها.

---

[1] - طاهري حسين، **الدليل القانوني للمتقاضين**، مرجع سبق ذكره، ص36.

[2] - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.

[3] - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.

من خلال ما سبق نجد أنه لابد من توفر ثلاثة شروط هي: الأهليـة، الصـفة والمصلحة وفي حالة الخصومات الزوجية إلى جانب هـذه الشـروط يتعين تقـديم نسخة من عقد الـزواج مسـتخرجة من سـجلات الحالة المدنية الموجـودة بالبلديـة؛ بمعنى أنه إذا أرادت الزوجة أن ترفع دعوى ضد زوجها تطلب الطلاق أو الحضـانة أو النفقة لها أو لأولادهـا، أو إذا أراد الـزوج أن يقيم دعـوى أمـام المحكمة ضد زوجته يطلب فيها الحكم بـالطلاق أو بالحضـانة أو برجـوع الزوجة إلى بيت الزوجية فإنه يتوجب على من يتقـدم منهما إلى المحكمة بصـفته مـدعيا ضد الآخر أن تكـون لديه نسـخة من عقد الـزواج وشـهادة عائلية يقـدمها إلى المحكمة رفقة عريضة إفتتـاح الدعوى، حيث تتضمن هذه العريضة طبقا لنص المـادة 429 من قـانون الإجـراءات المدنية والإدارية ما يلي:

1- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب,
2- إسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما،
3- تاريخ ومكان زواجهما، وعند الإقتضاء عدد الأولاد القصر,
4- عرض موجز يتضمن جميع شروط الإتفاق الحاصل بينهما حـول توابع الطلاق. (وهذا إذا كان النزاع متعلقا برفع دعوى الطلاق).

إلى هنا نجد أنه إذا أراد أحد الـزوجين اللجـوء إلى المحكمة لتقضي له بما يـزعم من حقـوق ناتجة عن هـذا الـزواج أو الطلاق أو مترتبة عنهما فإنه يجب عليه مبدئيا أن يحسب حساب هذه الشروط (صفة، مصلحة، أهلية التقاضي 19 سنة).

وعندما تتم عملية إقامة الدعوى من أحد الزوجين ضد الآخر، تقيد القضـية حالا في سـجل خـاص تبعا لـترتيب ورودها مع بيـان أسـماء وألقـاب الخصـوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخة العريضة الإفتتاحية ويسلمها المـدعي بغـرض تسـليمها رسـميا للخصـوم، ويجب إحـترام مهلة (20) يوما على الأقل بين تـاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، ويمدد هذا الأجل لمـدة (03) ثلاثة أشهر إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج، طبقا لنص المـادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

بعدها يحضر الخصوم في التاريخ المحدد شخصيا أو بواسـطة محـاميهم أو وكلائهم، طبقا لنص المادة 20 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إذا كان كل هذا في الأحوال العادية أي تمتع كل من الزوجين المتخاصـمين بأهلية التقاضي فإننا نجد إستثناء على قاعدة عدم جواز اللجوء إلى القضاء إلا ببلوغ سن الرشد القانوني19 سنة، وهذا من خلال نص المادة السابعة من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر05-02 الـتي منحت للـزوج القاصر أهلية التقاضـي؛ أي يتمتع بحق اللجـوء إلى القضـاء ورفع دعـوى قضـائية حـتى وإن لم يكن قد بلغ السن المشترطة في ذلك, وهذا فيما يتعلق فقط بآثار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات.

حيث تجـدر الإشـارة هنا أن هـذه المسـألة جديـدة في نص المـادة 07 من قـانون الأسـرة, وهي إضـافة مباركة إذ لا يعقل من جهة أن نمنح القاصر الإذن

[1] - عبد العزيز سعد, **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص330.

والترخيص لإبـرام عقد زواج ثم من جهة أخـرى نمنعه من اللجـوء إلى القضـاء فيما يتعلق بآثار هذا العقد.

غير أن الإشكال يكمن في أن المشرع كان عليه أن يرشّـد الـزوج القاصر بمجـرد الـزواج برخصة وأن لا يقتصر الأمر على إكتسـابه أهلية التقاضي في نطـاق آثار الزواج فقط، فهل من المعقول أن يصـبح الـذكر زوجا يتحمل مسـؤولية أسـرة وليست له السلطة في التصرف في أمواله كونه نـاقص الأهليـة, أي يكـون خاضـعا لأحكـام الولاية على المـال من طـرف وليه أو وصـيه بحسب الأحـوال طبقا لنص المادة 81 من قانون الأسرة:

"ـ **من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن, أو جنون, أو عته، أو سـفه, ينـوب عنه قانونا ولي, أو وصي أو مقـدم طبقا لأحكـام هـذا القانون**".

كما نصت المادة 88 /01 من نفس القانون على مايلي:

"**على الـــولي أن يتصـــرف في أمـــوال القاصر تصـــرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام**".[1]

فكيف من جهة: القاضي يدرس طلب الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية ولا يرخص ولا يأذن به إلا بعد التأكد من وجود ضرورة ومصلحة تستدعي ذلـك, وبعد أن يتحقق من قدرة القاصر على الزواج وأنه سيكون على قدر من المسؤولية: عندها يقوم بمنحه الإذن بالزواج، ثم من جهة أخرى يبقى خاضعا لأحكام الولاية على المال من طرف وليه أو وصيه (هذا لا يعقـل) ، فكيف يكـون رب عائلة وليست له سـلطة التصرف في ماله.

كـذلك نجد أن أهلية التقاضي والـتي يتمتع بها الـزوج القاصر مقتصـرة فقط على آثار عقد الـزواج من حقـوق والتزامـات (كما سـبقت الإشـارة إليهـا), أما فيما يتعلق بالطلاق فالأمر مختلف إذ لا يتمتع الـزوج القاصر بأهلية التقاضي برفع دعـوى الطلاق حيث نصت المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

" **عندما يكون الزوج ناقص الأهلية, يقدم الطلب بإسمه, من قبل وليه, أو مقدمه حسب الحالة**".[2]

وبالتالي نجد الطلب يكون باسم القاصر ولكن الذي يقدمه وليه أو مقدمه.

وربما بهذا قصد المشـرع الجزائـري المحافظة على رابطة الزوجية إذ من جهة يحق المطالبة بآثار عقد الزواج ولكن لحل هذا العقد لا بد أن يكون هذا الطلب مقـدما من قبل الـولي أو المقـدم وبالتـالي يفـترض فيه أنه مطلع على الطلب وتـداعيات رفع دعـوى الطلاق, حيث تجـدر الإشـارة هنا أنه في حالة رفع دعـوى الطلاق نصت المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:

"ـ **يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسـميا المـدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشـار إليها في المـادة 436 أعلاه.**

ويجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط".

---

[1] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[2] - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.

أما فيما يتعلق بجلسات الصلح فتكـون وجوبيه وفي جلسـات سـرية طبقا لنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:
"**محاولات الصلح وجوبيه وتتم في جلسة سرية**".[1]

وإذا كان طلب الطلاق يقـدم بإسم القاصر من قبل وليه فإنه في جلسـات الصـلح يمكن أن يكـون الـزوج القاصر فقط دون وليه حاضـرا لأنه ممكن أن تكـون هناك أمـور شخصـية لا يصح أن يطلع عليها الـولي (كـأن تسـبب الإحـراج للـزوج أو الزوجة).

لكن السؤال – وبشـأن أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثـار عقد الـزواج الـتي يتمتع بها الزوج القاصر- الذي يمكن طرحه هـو: لمـاذا لم يعط القـانون نفس الحق للزوجة القاصرة، مادام الأمر يقتصر على الآثار المترتبة على عقد الزواج ؟
ضف إلى هذا حين ترفع الدعوى من قبل الزوج القاصر المتمتع قانونا بأهلية التقاضي ضد زوجته القاصرة، هل تحضر هـذه الأخـيرة إجـراءات المرافعة بصـفتها زوجة قاصـرة أم أن وليها هو من يتـولى الحضـور والمرافعة عنها بهـذه الصـفة ؟، خاصة إذا علمنا أن قضـايا شـؤون الأسـرة وخاصة الـزواج والطلاق من القضـايا المعقدة جدا والتي تحتاج إلى إجراءات وشروحات خاصة.

وهل يمكن لولي الزوجة القاصرة حضور جلسة الصلح في قضايا الطلاق أم لا ؟ وفي حالة الإجابة, هـل يجـوز أن يسـمع القاضي الزوجة القاصـرة الحـدث دون حضور وليها ؟

هـذه مجموعة من الثغـرات الـتي لم يعالجها لا قـانون الأسـرة و لا قـانون الإجراءات المدنية والإدارية.

غير أنه و باتصالي مع بعض قضاة شـؤون الأسـرة وجـدت أنهم إنقسـموا إلى قسمين في هذا الشأن:
1- هنـاك من يعامل القاصر في الـدعوى كالراشد ما دام قد تم ترشـيده لإبـرام عقد الزواج, وبالتالي يقبلون الدعوى سواء ما تعلق منها بآثـار عقد الـزواج أو الطلاق أو التطليق أو الخلع, من الزوج أو الزوجة القاصر(ة) على أسـاس أنه مادام قد تم ترشيده لإبرام العقد فإنه يرشد كذلك فيما يترتب عن هـذا العقد من آثـار, وكـذا فيما يتعلق بإنحلاله (طلاق، تطليق وخلـع) وآثـار ذلك من (النفقة, الحضانة, المسكن والنزاع في متاع البيت).

2- وهنـاك من لا يقبل دعـوى الطلاق أو التطليق إذا كـان رافع الـدعوى قاصـرا سواء الزوج أو الزوجة، بل لابد من تقديم الطلب من قبل الـولي تطبيقا لنص المادة437 أعلاه.

[1] - المرجع السابق.

على هذا الأساس كـان لابد على المشـرع أن يهتم بهـذه المسـائل والنص عليها صـراحة في قـانون الإجـراءات المدنية والإداريـة، لأن الأمر كله مبـني على مصلحة القاصر.

وأرى أنه مادام قد تم ترشيد القاصر في إبرام عقد الزواج، فإنه يجب كذلك أن يرشّد في التصرف في أمواله وفي اللجوء إلى القضاء، لأن مسألة الإقـدام على الـزواج أعظم وأخطر من التصـرف في المـال، ومـادام قد سـمح له بـالزواج قبل السن المحـددة بـأن تم ترشـيده فمن بـاب أولى أن يسـمح له في التصـرف في أمواله.

أما فيما يتعلق بخلع القاصرة فلا نجد كذلك نصا عليها, وبالتـالي هل يعتـبر خلعها خلع بالغة راشـدة، أم خلع سـفيه محجـور عليهـا، على أسـاس أن القـانون لا يعتبرها راشـدة إلا إذا بلغت 19 سـنة من العمر وكـانت رشـيدة قـادرة على إدارة أموالها؟

بهذا الصدد يرى الإمام أبو زهـرة أنها تعامل في خلعها معاملة السـفيه، وذلك لما يأتي:[1]

أولا: أنها محجور عليها بالفعل، فتصرفاتها المالية لا تسري إلا بإذن وليهـا، إذا كان هذا في المعاملات المالية، فكيف يكون الشـأن في بـدل الخلع الـذي يعتـبر تبرعا في مؤداه لأنه لا يقابل بمال.

ثانيا: أنها لا تعد راشدة بحكم القانون، ذلك لأن هذا الأخير لم يعط الرشد إلا لمن بلغ 19 سنة كاملة, وبالتالي قبل بلوغ هذه السن لا يمكن أن تكـون راشـدة ولا يمكن إلزامها بدفع بدل الخلع وذلك يرجع إلى عدم قدرتها على التصرف المـالي وخصوصا التبرع.[2]

ثالثا: أن الشرع قرر أنه لا يدفع المال إلا إذا آنس الرشد, قال **تعـالى:**" فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْـوَالَهُمْ",[3] وقد إعتـبر القـانون فـترة إينـاس الرشد هي تلك الفترة الـتي تكـون بين 13 سـنة (سن التميـيز) إلى حين بلـوغ سن الرشد 19 سنة، وهذا طبقا لنص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري:

"ـ **للقاضي أن يـأذن لمن يبلغ سن التميـيز في التصـرف جزئيا أو كليا في أمواله، بنـاء على طلب من له مصـلحة، وله الرجـوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك**".[4]

وعلى ذلك إذا خالعت من تكون في هذه الفـترة يقع الطلاق ولا يجب المـال، ويكـون الطلاق حينئذ رجعيـا، لأنه لما لم يصح إلـتزام المـال, كـان طلاقا مجـردا لا

---

[1] - محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، مرجع سبق ذكره، ص337-338.
[2] - محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، المرجع السابق، ص338.
[3] - سورة النساء: آية 06.
[4] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

يقابله شيء من المال؛ فيقع رجعيا وإذا مـات وهي في العـدة ترثه بحقها الشـرعي ككل طلاق رجعي.[1]

وهذا قياسا على أحكام الشريعة الإسـلامية الـتي يرجع إليها القاضي في حالة غياب نص قانوني طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

إضافة إلى هذا وكإشـارة فقط خلع الصـغيرة غـير الممـيزة لا يقع طلاقا أصلا لعدم وجود المعلق عليه وهو القبول ممن هو أهله.

أما الخلع بين ولي الصغيرة وزوجها؛ بأن يقول زوج الصغيرة لأبيها: خالعت إبنتك على مهرها، أو على مبلغ معين من المال ولم يضـمن الأب البـدل لـه. وقـال: قبلت، طلقت ولا يلزمها المال ولا يلزم أباها.[2]
فأما وقوع الطلاق فإن الطلاق المعلق يقع متى وجد المعلق عليه, وهو هنا قبول الأب، وقد وجد أما عدم لزومها المال؛ فلأنها ليست أهلا للإلتزام.

وأما عدم لزوم أبيها المال، فلأنه لم يلتزمه بالضمان, ولا إلزام بدون إلتزام, ولهذا إذا ضـمنه لزمـه, وقيل لا يقع الطلاق في هـذه الحـال لأن المعلق عليه قبـول دفع البدل وهو لم يتحقق، وهذا القول ظاهر ولكن العمل بالقول الأول.[3]

من خلال ما سبق نجد :

1- نص المشـرع الجزائـري على تمتع الـزوج القاصر بأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات دون أن تتمتع بها الزوجة القاصرة.

2- عدم تمتع الزوج القاصر بسلطة التصرف في أمواله إذ يبقى خاضـعا لسـلطة الـولي أي أن الترشـيد لم يطل الناحية المالية للـزوج القاصر بل إقتصر فقط على التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج.

3- فيما يتعلق بإنحلال الرابطة الزوجية يقدم الطلب بإسم الزوج القاصر من قبل وليه.

4- ما يؤاخذ على المشرع الجزائري عدم منحه المسألة (إنحلال الزواج بالنسـبة للقاصرين) حق قدرها؛ فهو لم ينص على الإجراءات الواجب إتباعها خاصة بالنسـبة للزوج القاصر(كما سـبقت الإشـارة) وكـذلك الخلـع؛ وأنا في هـذا أؤيد ما ذهب إليه الإمام محمد أبو زهرة في عـدم جـواز خلع الصـغيرة الـذي نقيس عليه غـير البالغة سن الرشد القانونية بل لا بد أن يكون الخلع بين ولي القاصرة وزوجها.

إلى هنا نجد أن هناك العديد من الثغرات فيما يتعلق بمسألة آثـار الـترخيص بالزواج قبل سن الأهلية التي تحتاج إلى معالجتها وبالتفصيل.

---

[1] - السيد سابق، **فقه السنة**، مرجع سبق ذكره، ص325.
[2] - السيد سابق, المرجع السابق، ص325.
[3] - السيد سابق، المرجع السابق، ص365.

بحديثنا عن الدعوى وشروطها وخاصة الأهلية، لا بد كذلك أن نشير إلى نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة المضافة بموجب الأمر 05-02: حيث جاء فيها ما يلي:

"ـ تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون".[1]

كان يمنح قانون الأسرة قبل تعديله النيابة العامة صلاحيات التدخل في عدد من القضايا ويعطيها دورا في إجراءات الدعوى, حيث كانت لها سلطة طلب تعيين مقدم بالنسبة إلى حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، وذلك تطبيقا لنص المادة 99, كما كانت لها سلطة طلب إصدار حكم بفقدان الغائب أو بموت المفقود تطبيقا لنص المادة 114, إلى جانب ذلك في مجال قسمة التركات منح القانون للنيابة العامة سلطة تقديم الطلب إلى المحكمة مباشرة بقصد تصفية التركة وتعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي وذلك تطبيقا لنص المادة 182 من قانون الأسرة.

بمعنى أن النيابة العامة كانت تشكل طرفا إحتياطيا وليس طرفا أصليا ولا طرفا منْضمًا ولا متدخلا, ذلك أن من خصائص الطرف الأصلي أن يكون شريكا في الدعوى منذ بدايتها إلى أن يصدر حكم قطعي ونهائي بشأنها، في حين أن الطرف الإحتياطي لا يتدخل في الدعوى ولا يقدم أي طلب فيها إلا إذا ثبت أن الطرف الأصلي غير موجود أو أنه لم يقم بما يسمح له القانون القيام به.[2]

أما بموجب التعديل الجديد فإننا نجد أن المشرع الجزائري قد نقل النيابة العامة فجأة من مركز الطرف الإحتياطي إلى مركز الطرف الأصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة.

حيث تشمل القضايا المتعلقة بالأسرة: المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، والمتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهم المتبادلة، والمهر ونظام الأموال بين الزوجين, والطلاق والتطليق والتفريق, والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع، والإلتزام بالنفقة للأقارب, والنسب والتبني والولاية والوصاية والحجر، والغيبة ، وإعتبار المفقود ميتا وكذلك المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا.

والمسائل المتعلقة بالأسرة لها جانب غير نزاعي وآخر نزاعي فيما يتعلق بالجانب الإجرائي والجانب الموضوعي.

- قضايا غير نزاعية:

سن المشرع الجزائري قواعد تضمن تنظيم العلاقات العامة للحياة الزوجية وبناء أسرة, حيث بيّن حقوق وواجبات كل من الزوجين تجاه الطرف الآخر وتجاه الأبناء والأقارب والأصهار، وإذا كانت هذه هي القواعد التي جاء بها القانون قد

[1] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[2] - عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، مرجع سبق ذكره ص 181.

جاءت لتسوية بعض النزاعات عند نشوئها، فإنها تضمنت قواعد جوهرية تضمن الحقوق والواجبات الأساسية لكل من الزوجين دون منازعة فيها من أي طرف كان, إذ أن المشرع الجزائري قصد من وراء ذلك تنظيم مسائل الأسرة، وتكوينها كالخطبة والزواج وما يتفرع عنها.

- النزاعات المتعلقة بالجانب الإجرائي:

وهي الدعاوى التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة أو العائلة بدءا من الزوجين وإلى الأصول، فالفروع، وهذه الدعاوى ليست كلها نزاعات بل البعض منها ينشأ لغرض تسوية حالات معينة كما هو الشأن في الميراث.

-النزاعات المتعلقة بالجانب الموضوعي:

أهم دعاوى الزواج والطلاق نذكر ما يلي: دعوى الطلاق بين الزوجين، دعوى طلب رجوع الزوجة إلى محل الزوجية، دعوى اللعان ونفي الولد، دعوى إثبات النسب, دعوى طلب نفقة الزوجة أو نفقة الأولاد، دعوى الحضانة الشرعية.[1]

وبالتالي من خلال التعديل الجديد أصبحت النيابة العامة طرفا أصليا في هذه القضايا، وكما هو معلوم أن الطرف الأصلي إما أن يكون هو المدعي في القضية: وهو من يطلب من المحكمة أن تحكم له على المدعى عليه بما يدعيه من حقوق، وإما أن يكون هو المدعى عليه في نفس القضية: وهو في الأعم من ينفي أو ينكر ما يدعيه الخصم الآخر ويطلب عادة رفض دعوى المدعي.

إذا الطرف الأصلي في الدعوى هو الذي يمكن أن يصدر الحكم له أو عليه.[2]

على هذا الأساس وطبقا لنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة؛ يمكن للنيابة العامة رفع الدعوى على كل من إعتدى على المركز القانوني الذي تهدف إلى حمايته، كما تُرفع عليها الدعوى فتقف موقف المدعي أو المدعى عليه بحسب الأحوال, وهو ما يسمى بحق الإدعاء أو الدفاع بوجود نص صريح يمنحها هذا الحق, إذ تقوم برفع الدعوى بإعتبارها الممثلة الرسمية للنظام العام، وتتدخل لإحترامه ذلك أن القانون هو الذي يعطيها صفة رفع الدعوى.

بالتالي لما تكسب النيابة العامة القضية يحكم بمصاريف التقاضي على الخصم، أما في الحالة العكسية فمن الطبيعي أن الدولة هي التي تتحمل مصاريف التقاضي ومصاريف الطرف الخصم الذي كسب القضية إلا أنه ليس معمول به عمليا.[3]

[1] -الشيخ إسماعيل، **دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة**, مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،السنة القضائية 2005-2006،الجزائر،ص08-09-10.

[2] - عبد العزيز سعد, **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، مرجع سبق ذكره, ص182.

هذا ما يجعلنا نتساءل هل يتصور أن النيابة العامة وهي طرف أصلي يمكن الحكم لها أو عليها ؟ وإذا كـان لا يمكن الحكم لها أو عليها فهي لا تصـلح أن تكـون طرفا أصليا ولا طرفا مدخلا في الخصام.

أما فيما يتعلق بـالتبليغ في دعـوى الطلاق من أحد الـزوجين، فقد نصت المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

"ـ يجب على المدعي في دعوى الطلاق, أن يبلغ رسميا المـدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشـار إليها في المـادة 436 أعلاه.
ويجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط".[1]

الإشكالات التي تثار بهذا الصدد:
- هل عـدم تبليغ النيابة العامة وتكليفها بالحضـور يجعل الخصـومة غـير منعقدة ويؤدي إلى عدم قبول الدعوى؟
- وهل يجب على النيابة إذا بلغت أن تجيب على عريضة إفتتـاح الـدعوى بعريضة أو مذكرة مقابلة, وتحضر جلسات المحكمة مثل أي طرف أصلي في الدعوى المقامة من أحد الزوجين؟
- ومن جهة أخرى هل يكون من حق النيابة العامة أن تطعن بالإستئناف أو بـالنقض في الحكم أو القـرار حـتى ولو رضي به الزوجـان أو بـاقي الأطراف؟

تعتـبر هـذه البعض من الثغـرات الموجـودة بشـأن النص الجديد (المـادة 03 مكرر من قانون الأسرة المضافة بموجب الأمر 05-02).

ومع هذا فإنه في إعتقادي أن المشرع الجزائـري في إعتبـاره النيابة العامة طرفا أصـليا؛ كـان لغاية تكمن في حماية مصـالح المجتمع وتطـبيق القـانون تطبيقا سـليما, ومن ثم كـان الإقـتراح بتفعيل دورها في قضـايا الأحـوال الشخصـية بجعل تـدخلها وجوبيا بقـوة القـانون, فطالما كـانت قضـايا الأحـوال الشخصـية مرتبطة بالنظام العام.
ولأن تـرك تـدخل النيابة جوازيا قد يجعلها لا تتـدخل أبـدا بسـبب كـثرة مشـاكلها ومشاغلها وتعدد مهامها أو قد يكون تـدخلها شـكليا فقـط، على هـذا الأسـاس تعين تفعيل دورها بجعلها طرفا أصليا وليس طرفا منْضما, ولما كانت قضـايا الأسـرة من النظام العام؛ بات تدخل النيابة العامة حاجة ماسة وضرورية فليس من المنطق أن يكون دورها قاصر وجوازي.[2]

غير أن هذه المادة 03 مكرر مجال تطبيقها على مستوى المحاكم ما يزال غامضا وغير موحد حيث ينتظر القضاة:

---

[3] - الشيخ إسماعيل، **دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة**, مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء, مرجع سبق ذكره ص 13.

[1] - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.

[2] - بن داود الطاهر، **دليل شرح قانون الأسرة وعرض أسبابه**، مرجع سبق ذكره، ص4.

- توضيحا من الجهة المعنية.
- وأن تصدر المحكمة العليا تطبيقا سليما وموحدا.

بمعنى يتم الإحتفاظ بنص هذه المادة من جهة, وننتظر من جهة أخرى التوضيحات من ذوي الشأن أو من المحكمة العليا؛ تساعد على توحيد فكر القضاة في مجال التطبيق وعلى تأمين سير الإجراءات سيرا سليما ومفيدا لا يعرقل إجراءات الدعوى، ولا يضيف مصاريف جديدة على كاهل الزوجين ولا يتسبب في إشغال ممثلي النيابة العامة بأعمال إضافية لا طائل منها ولا تأثير لها لا في حماية الأسرة ولا في إحترام النظام العام.[1]

إلى هنا ننتهي من تحليل نص المادة السابعة من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر05-02**:**

" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".[2]

نستخلص منها ما يلي:

- وجود سن محددة للزواج,
- لا يجوز الزواج دونها،
- في حالة وجود مصلحة أو ضرورة وقدرة على الزواج يمنح الإعفاء منها،
- يترتب على منح الترخيص والإذن بالزواج تمتع الزوج القاصر بأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات،

إذا كان هذا هو التنظيم القانوني لسن الزواج في قانون الأسرة الجزائري، فهل أعطاه المشرع القيمة القانونية اللازمة له بمعنى:

ماذا لو كانت هناك مخالفة لسن الأهلية وتم إبرام عقد زواج دون بلوغ هذه السن، فما جزاء المخالفة وما مصير العقد في هذه الحالة.

الإجابة على هذا السؤال ستكون من خلال المطلب الثاني.

[1] - عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، مرجع سبق ذكره، ص185.
[2] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

المطلـب الثانـي: جزاء مخالفة سن الأهلية

لقد سبق وأن رأينا أنه لإبرام عقد زواج دون 19 سنة يشترط الحصـول على إذن مسبق يصـدره قاضي شـؤون الأسـرة مـتى دعت المصـلحة أو الضـرورة لذلك، وثبتت القدرة على الزواج.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما حكم الزواج الذي يتم دون الحصول على هذه الرخصة وهذا الإذن؟
بمعنى: ما مصير الزواج الـذي أبـرم مخالفة لسن الأهلية ودون إستصـدار للترخيص؟

بالرجوع إلى مواد قانون الأسرة لا نجد أي نص يعالج هذه المسـألة سـواء بصفة مباشرة أو غير مباشـرة، ضـمنية أو صـريحة، ما نتج عنه تضـارب الآراء حـول منح المشرع القيمة القانونية اللازمة للمادة السابعة من قانون الأسـرة من عدمـه، ومرد هذه التضاربات: المادة 223 من قانون الأسـرة الـتي نصت على إلغـاء جميع الأحكام المخالفة لقانون الأسرة.
مع العلم أنه قبل صدور هذا الأخير كان القانون الصادر في 29 جوان 1963 قد تناول هذه المسألة، حيث حدد سن الزواج بــ18 سـنة للـذكر و16 سـنة للأنـثى ورتب آثارا وجزاءات في حالة مخالفة شرط السن أو عدم إستصدار الـترخيص, ثم جـاء بعـده قـانون الأسـرة ونظم فقط السن المشـترطة للـزواج دون أن يتعـرض إطلاقا إلى جزاء مخالفة هذا الشرط.

على هذا الأسـاس تعـددت الآراء وتضـاربت بشـأن جـزاء المخالفة ومصـير العقد حيث ذهب:

رأي أول: إلى أن المشرع لم يمنح المادة السـابعة القيمة القانونية اللازمة وأن قانون 63-224 ملغى بموجب قانون الأسرة, هذا ما سندرسه في (فرع أول).

رأي ثاني: يرى أن المشرع قد منح المادة السـابعة القيمة القانونية اللازمة من خلال قانون 63-224 الذي لازال ساري المفعـول، هـذا ما سندرسه في (فـرع ثان).

الفرع الأول: الرأي القائل بعدم وجود جزاء على مخالفة سن الأهلية

يرى هذا الجانب الأول من الفقه أن المشرع الجزائري عندما حدد سن الزواج بـ19 سنة كاملة للجنسين بموجب التعديل الجديد 05-02, وسمح بالزواج دون بلوغ هذه السن بموجب إذن وترخيص يمنحه قاضي شؤون الأسرة بناء على وجود مصلحة وضرورة وكذا القدرة على الزواج؛ لم يعط لهذا التحديد القيمة القانونية اللازمة له,[1] ذلك أن نهيا دون جزاء في الأصل قد يجدي نفعا عند البعض وخاصة عند علمهم بما تنص عليه المادة 22 من قانون الأسرة، من إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء إذا إكتملت الشروط والركن, بمعنى يتم الزواج -الفاتحة- (زواج عرفي) دون السن القانونية وبعد بلوغها يُلجأ إلى تسجيل العقد،[2] حيث جاء في نص المادة:

" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية, وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.
يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".[3]

بتحليل نص هذه المادة نجد أن عقد الزواج يجب أن يكون مسجلا، والتسجيل ممكن أن يكون:

- قبل الدخول (في الأحوال العادية والمفترض أن يكون).
- بعد الدخول (في حالة الزواج العرفي).

*** إثبات عقد الزواج وتسجيله:**

يندرج التوثيق في عصرنا ضمن المصالح المرسلة وهي المصالح التي لم يشهد لها الشرع بالإعتبار ولا بالنفي, فيكون إعتمادها بناء على تقدير المصلحة العامة للمجتمع، فالشرع لم يتطلب سوى إجتماع عناصر العقد العادية إلا أن ضرورة الحياة وحفظ مصالح الناس دعت إلى ضرورة توثيق العقد لحماية الحقوق المختلفة التي تثبت بها النفقة, النسب, أو نفي ما ينقطع بالزوجية، بالتالي أصبح عقد الزواج ضمن العقود الرسمية أو الشكلية التي لابد فيها من التوثيق والشهود والإعلان لحماية العقد وأصحابه وترتيب آثاره.[4]

بهذا الصدد نصت المادة 18 من قانون الأسرة على ما يلي:

" يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون".

كما نصت المادة 09 على الركن الوحيد الذي ينعقد به الزواج:

---

[1] - Ghauti Ben Melha, **le droit Algérien de la famille**, OPU, Alger, 1993, P52.

[2] - محمد محدة, **الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية**، ج1, الخطبة والزواج, ط1, مطبعة شهاب, باتنة، الجزائر, 1985,ص62.

[3] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[4] - عمر سليمان أشقر, **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**, ط1, دار النفائس, عمان, الأردن, 1418هـ/1997م, ص175.

"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

أما المادة 09 مكرر فقد تناولت الشروط التي يتم بها عقد الزواج:
" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:
- أهلية الزواج،
- الصداق،
- الولي،
- شاهدان،
- إنعدام الموانع الشرعية للزواج".[1]

بالرجوع إلى نص المادة 18 المذكورة أعلاه نجد أن الزواج يثبت بعقد مدني؛ وهو عبارة عن سند توثيقي يقوم بتحريره وتسجيله ضابط الحالة المدنية أو الموثق بإعتباره يتولى إبرام كافة العقود الرسمية.

حيث تجدر الإشارة إلى أن تسجيل عقد الزواج ليست بالجديد في نص المادة 22 المعدلة بموجب الأمر 05-02 وإنما سبق تنظيمها فنجد:

{{ قبل الإستقلال: حاول المشرع الفرنسي إدخال نظام تسجيل عقد الزواج في سجل الحالة المدنية ليكون أساس إثبات العلاقة الزوجية وترتيب آثارها القانونية، إلا أن العلاقة التنافرية القائمة بين المستعمر والشعب أبقت نظام الفاتحة الشرعية هو الغالب الأعم, حيث نجد:

- قانون 23 مارس 1882 المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين بالجزائر المعدل بموجب القانون 02 أفريل 1930.

- قانون رقم 57-777 الصادر في 11/07/1957 المتعلق بإثبات وحجية عقود الزواج المنعقدة في الجزائر تبعا لقواعد الشريعة الإسلامية.

- أمر رقم 59-274 الصادر في 04/02/1959 خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية, وذلك في عمالات الجزائر والواحات والساورة (ج ر 11/02/1959).

بعد الإستقلال: تدخل المشرع الجزائري بمرونة عن طريق سلسلة من القوانين لإشعار المجتمع بأهمية تسجيل عقد الزواج وإثباته رسميا, حيث نجد:

- مرسوم 62-126 مؤرخ في 13/12/1962 يتعلق بالحالة المدنية.

- مرسوم 62-166 المتعلق بضرورة تسجيل عقود الزواج التي أبرمت أثناء ثورة التحرير.

- قانون رقم 63-224 بتاريخ 29/06/1963 خاص بتحديد سن الزواج (الجريدة الرسمية 02/09/1963).

[1] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

- أمر رقم 69-72 بتاريخ 16/09/1969 يتضمن إستثناء لما نصت عليه المادة 05 من القانون رقم 63-224 لـ: 29/06/1963 المتعلق بإثبات الزواج.

- الأمر 70-20 بتاريخ 19/02/1970 المتعلق بقانون الحالة المدنية.

- قانون 84-11 مؤرخ في 09/06/1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر05-02 المؤرخ في 27/02/2005.{{}}[1]

*** طرق إثبات عقد الزواج:**

إذا كان الأصح والأصل أن عقد الزواج يسجل في الحالة المدنية قبل الدخول، فإنه قد توجد بعض الحالات التي يكون فيها دخول دون تسجيل، ونظرا لأهمية التوثيق والتسجيل كما سبق البيان فإنه يعمد لتسجيل هذا الزواج بحكم قضائي طبقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة.

إذن هناك طريقين لإثبات عقد الزواج؛ تسجيل قبل الدخول وتسجيل بعده, وما يهمنا هو التسجيل بعد الدخول لكن سنتطرق بإختصار إلى التسجيل قبل الدخول وإجراءاته:

- **التسجيل قبل الدخول:**

يخضع التسجيل لإجراءات وترتيبات إدارية يشترطها القانون في العقد ذاته, وهذا ليتم إشهاره حتى يوجد ويحدث ويرتب آثاره القانونية.

تحيلنا المادة 21 من قانون الأسرة إلى أحكام قانون الحالة المدنية حيث جاء فيها:

"**ـــ تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج**".[2]

حيث ينظم الأمر رقم 70-20 الصادر بتاريخ 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية في مواده 74-75-76 الوثائق التي يقدمها الزوجان لإجراء عقد الزواج بصفة رسمية أمام الموثق أو موظف الحالة المدنية، وهي كالتالي:

- شهادة ميلاد الزوج والزوجة, وإن تعذر عليهما قدمت بطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين أو الدفتر العسكري.
- شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للإختصاص المحلي للمحكمة والموثق أو البلدية.
- شهادة الإعفاء من السن الذي نصت عليه المادة (07) من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر05-02.
- رخصة الزواج التي ينص عليها القانون العسكري أو الجيش أو الأمن الوطني.
- نسخة من وثيقة وفاة الزوج السابق, أو الحكم بالطلاق الذي صار نهائيا للمرأة التي سبق لها الزواج.

---

[1] - أنظر:عبد العزيز سعد, **نظام الحالة المدنية في الجزائر**.

[2] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

إضافة إلى هذه الوثائق يتعين كذلك على طالبي الزواج تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج طبقا لنص المادة 07 مكرر من قانون الأسرة المضافة بموجب الأمر 05-02 حيث جاء فيها:

"ـ **يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية, لا يزيد تاريخها عن (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.**

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية, أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق نص هذه المادة عن طريق التنظيم".[1]

كما نصت المادة 71 من قانون الحالة المدنية على أن ضابط الحالة المدنية أو القاضي المختص بتحرير عقود الزواج هو: إما الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما, وإما الذي يوجد بدائرة اختصاصه مقر إقامة أحد الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.

وإضافة إلى ما حددته المادة 15/01 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02 من وجوب تحديد الصداق حيث جاء فيها:

" **يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا**".[2]

فإن المادة 73 من قانون الحالة المدنية حددت سائر العناصر التي يجب أن يراعيها الموثق أو الموظف المؤهل، لتحرير العقد وهي:

- لقب وإسم وتاريخ ومكان ولادة الزوجين.
- لقب وإسم أبوي كل منهما.
- ألقاب وأسماء وأعمار الشهود.
- الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الإقتضاء.
- الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر.

كما يجب إثبات الحالة المدنية للزوجين بتقديم شهادة ميلاد أو تسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة وكذلك دفتر عائلي يتعلق بزواج سابق، وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 74 من قانون الحالة المدنية.

كل ما سبق كانت أحكام عامة في إجراءات تسجيل عقد الزواج قبل الدخول, وما دام موضوع دراستنا يتمحور حول سن الأهلية والترخيص فقد وجدنا أن هذا الأخير يندرج ضمن البيانات الواجب إيرادها لتحرير عقد الزواج، لكن قد يتحايل البعض ويبرم عقد زواج شرعي (الفاتحة) بتوفر الركن والشروط دون اللجوء إلى العقد المدني, وبعد بلوغ السن القانونية (19 سنة) يتم تسجيله بموجب حكم قضائي طبقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة.

---

[1] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

[2] - المرجع السابق.

وبالتالي يمكن القول أن هذه المادة قد أجازت الزواج العرفي وذلك بسماحها تسجيله في مرحلة لاحقة بموجب حكم قضائي بسعي من النيابة العامة.

*** إثبات الزواج العرفي:**

إذا كانت الشريعة الإسلامية تعتمد على كل من الإقرار، والبينة, والنكول عن اليمين لإثبات الزواج العرفي، فإن القضاء الجزائري يركز على شهادة الشهود بالدرجة الأولى، أما اليمين فيلجأ إليها لتدعيم وتأكيد شهادة الشهود في حالة وفاة أحد الزوجين.

وللبينة معنيان:

معنى عام؛ البينة هي الدليل أيا كان : كتابة أو شهادة أو قرائن.

معنى الخاص؛ البينة هي شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة؛ وقد كانت الشهادة في الماضي هي الغالب حيث إنصرف لفظ البينة إلى الشهادة دون غيرها وهي أنواع:

1- **شهادة مباشرة**: بأن يقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه، فيدلي بما عاينه بصورة شخصية ومباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته بطرفي العقد من زوج وزوجة ومكان وزمان وظروف إبرام عقد الزواج من رضا وولي وصداق.[1]

2- **شهادة سماعية**: وتسمى أيضا بالشهادة من الدرجة الثانية, حيث يشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره, وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة، ذلك أن الشاهد هنا يشهد أمام القاضي أنه سمع شخصا آخر يروي له أن فلانا تزوج بفلانة.

3- **الشهادة بالتسامع**: وتسمى أيضا الإستفاضة؛ وهي في الإصطلاح إشتهار الأمر بين الناس حتى يصير معروفا بينهم, ويقول جمع كبير منهم سمعنا أن فلانا تزوج فلانة.[2] بمعنى أن صاحب هذه الشهادة لا يروي عن شخص معين ولا عن واقعة معينة، بل يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير بشأنها، فهي غير قابلة للتحري ولا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به، كالقول مثلا: قيل أن فلانا تزوج فلانة.

إلى هنا تجدر الإشارة أن الشريعة الإسلامية أجازت هذا النوع من الشهادة لا سيما في مسألة إثبات الزواج لأنها ضرورة دعت إليها المصالح والحاجة الشديدة.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فإن المحكمة العليا سارت في سياق أحكام الشريعة الإسلامية وأخذت بشهادة التسامع في العديد من قراراتها, منها القرار الصادر بتاريخ 27/03/1989 حيث جاء فيه:

"ـ من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا الشهود وغيرهم

[1] - المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية 24/09/1984, **مجلة قضائية**, 1984، العدد1, ص64.

[2] - محمد بن مكرم بن علي جمال الدين بن منظور، **لسان العرب**, ط5, دار صادر، بيروت, لبنان, 2005, ص251.

أن الطـرفين كانا مـتزوجين...فيما يتعلق بالسـبب المسـتدل به على طلب نقض إثبـات الـزواج أو نفيه مما يسـتقل به قاضي الموضـوع ويثبت إما بشـهادة العيـان أو شـهادة السـماع، والطـاعن لم يـأت بأية واحـدة من الشـهادتين، فلا هو أحضر رجـالا حضـروا الفاتحة ولا هو أحضر رجـالا سـمعوا قراءتها أو حضـروا زفـاف الطـرفين...كما أنه لم يأت ببينة سماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب ز)...لما كان من الثـابت في قضـية الحـال أن الطـاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه, فإن قضـاة الموضـوع برفضـهم دعـوى إثبـات الـزواج العـرفي أعطـوا لقـرارهم الأساس القانوني، ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن".[3]

*** تسجيل الزواج العرفـي:**

تتلخص هـذه الطريقة في تقـديم طلب من الـزوج المعـني إلى وكيل الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لدى المحكمة التي كان الزواج العـرفي قد إنعقد بدائرة إختصاصها الإقليمي، يذكر فيه هوية الزوج والزوجة ومكـان وتـاريخ ولادة كل منهـا, مرفوقا بكل الوسـائل الـتي تثبت إبـرام عقد الـزواج وفقا لما ورد النص عليه في أحكام قانون الأسرة؛

بمعنى يكون الطلب مكتوبا على ورق عادي - يوجهه إلى وكيل الجمهورية - يتضـمن البيانـات المتعلقة بعقد الـزواج وبـدواعي تسـجيله، ومرفوقا بالوثـائق والإثباتات المادية والمتمثلة في:

- شهادتي ميلاد الزوجين،
-شهادة عدم تسجيل الزواج بالحالة المدنية،
- شهادة عزوبة بالنسبة للزوجين،
- شهادة طبية بحمل أو بعدم حمل الزوجة,
- نسخة من بطاقتي تعريف الزوجين،
- وثيقة الإقرار بالزواج, (وجود هذه الوثيقة لا يحول دون ممارسة القاضي لسـلطته في مراقبة المعلومات المدلى بها أو المصرح بها أمام الموثق).

بعد تكـوين الملف يقـوم وكيل الجمهورية بإسـتدعاء الأطـراف وسـماع الشهود والتأكد من صـحة الوثـائق المقدمـة، بعد التحقيق في الأمر يسـجل عريضة لرئيس المحكمة ليقرر قبول أو رفض تسجيل هـذا العقـد، وفي حـال القبـول يـأمر بتسجيل عقد الزواج بأثر رجعي حسب التاريخ والمكان المنعقد فيهما إذا تبين له أن الزواج قد إنعقد وفق الشريعة والقانون، وهذا ما جاء في نص المادة 39 من قانون الحالة المدنية:

" باسـتثناء ما ذكر في المـادة 79 المقطع الرابع عنـدما لا يصـرح بالعقد لضـابط الحالة المدنية في الآجـال المقـررة أو تعـذر قبوله أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسـباب أخـرى غـير أسـباب الكارثة أو العمل الحربي، يُصار مباشرة إلى قيد عقود الـولادة والـزواج والوفـاة بـدون نفقة عن طريق صـدور حكم بسـيط من رئيس محكمة الـدائرة

[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية, 27/03/1989, مجلة قضائية, 1990، العدد3, ص82.

القضائية التي سجلت فيها العقـود أو الـتي كـان يمكن تسـجيلها فيها بنـاء على مجـرد طلب من وكيل الدولة لهـذه المحكمة بمـوجب عريضة مختصرة وبالاستناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية".[1]

{{ـ حيث جاء في قـرار قضـائي صـادر في 05/11/1984، مجلة قضـائية لسنة 1990، العدد 02 ما يلي:

"من المقرر شرعا أنه يجوز إثبـات عقد الـزواج بشـهادة شـهود تفيد وجود عقد شرعي، ومن ثم فإن القضاء بإثبات عقد زواج إعتمـادا على شهود لا تفيد إنعقاده شـرعا يعد خرقا لمبـادئ وأحكـام الشـريعة الإسلامية، ولما كان قضاة الإستئناف إكتفـوا في قـرارهم بـالقول أن الزوج تارة ينكر الـزواج وتـارة يطلب التصـريح بعـدم الاختصـاص، وأن شهود المطعون ضدها صرحوا أمـام القاضي الأول بـأن الطـرفين كانا متزوجين، وعاشا عيشة الأزواج فـإنهم بقضـائهم بإثبـات عقد الـزواج بين الطــرفين خــالفوا أحكــام الشــريعة الإســلامية بإعتبــار أن هــذه التصريحات لا تكـون كافية لإثبـات عقد الـزواج الشـرعي، ومـتى كـان كذلك إستوجب نقض القرار المطعـون فيه تأسيسا على الوجه المثـار من الطاعن بمخالفة أحكام هذا المبدأ".

كذلك جاء في القرار الصادر في 25/12/1989:

"متى كان الزواج العـرفي متـوفرا على أركانه التامة والصـحيحة فإن القضاء بتصحيح هـذا الـزواج وتسـجيله في الحالة المدنية وإلحـاق نسب الأولاد بأبيهم يكون قضاء موافقا للشـرع والقـانون ومـتى كـان كذلك إستوجب رفض الطعن"}}.[2]

من خلال هذين القرارين نجد أن الزواج العـرفي المـراد تسـجيله يجب أن يكون قد إنعقد وفقا لما هو منصوص عليه شرعا وقانونا، لاسيما نص المادتين 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة المعدلتين بموجب الأمر 05-02.

كما نصت المادة 72 من قانون الحالة المدنية على ما يلي:

"ـ يسـجل ضـابط الحالة المدنية عقد الـزواج في سـجلاته حـال إتمامه أمامه ويسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج.
يحرر القاضي عقدا عندما يتم الزواج أمامه ويسلم إلى المعنـيين شــهادة، كما يرسل ملخصا عن العقد في أجل ثلاثة أيــام إلى ضــابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسـخه في سـجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام إبتداء من تاريخ تسليمه إلى الـزوجين دفـترا عائليا ويكتب بيـان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين".[3]

---

[1] -أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970، **يتعلق بالحالة المدنية**.
[2] - نبيل صقر, **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**, مرجع سبق ذكره، ص32-33.
[3] - أمر 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970، **يتعلق بالحالة المدنية**.

من خلال نص هذه المادة نجد أنه على ضابط الحالة المدنية تسليم دفتر عائلي إلى الزوجين يثبت الزواج, أما إذا كان هذا الأخير قد تم أمام موثق فإنه يجب عليه بعد تحرير العقد في سجله أن يسلم الزوجين شهادة تثبت إنعقاد الزواج, وأن يرسل إلى ضابط الحالة المدنية التي حرر بها العقد ملخص عن العقد في مهلة ثلاثة أيام ليقوم بتدوين عقد الزواج في سجل عقود الزواج ويسلم الزوجين دفترا عائليا، كما يجب على ضابط الحالة المدنية أن يشير إلى الزواج في هامش وثيقة ميلاد كل واحد من الزوجين، وإذا كان أحدهما أو كلاهما سجلت ولادته في بلدية أخرى غير البلدية التي تم فيها إبرام العقد، يتعين عليه أن يقوم بإرسال بيان بذلك إلى ضابط الحالة المدنية لبلدية مكان الولادة وأخرى لنيابة الضبط بالمجلس القضائي التي توجد بدائرة بلدية العقد.

خلاصة ما سبق التفصيل فيه وحسب أصحاب هذا الرأي نجد أن:
- المشرع لم يعط المادة السابعة من قانون الأسرة القيمة القانونية اللازمة لها على أساس أنه يمكن إبرام عقد زواج دون السن القانونية المحددة له (والمقصود الزواج الشرعي- الفاتحة)، وبعد مضي مدة من الزمن وبلوغ السن القانونية يتم التوجه إلى المحكمة ويسجل الزواج بموجب حكم قضائي وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 21 و22 من قانون الأسرة, وتطبيقا للأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في المادة 39 من قانون الحالة المدنية.

وبالتالي حسب هذا الرأي فإن باب التحايل على تطبيق نص المادة 07 ما يزال مفتوحا، وأن الناس ما يزالون يبرمون عقود زواج دون الرخصة المطلوبة، وبعدها يضعون غيرهم أمام الأمر الواقع، وبعد مرور مدة من الزمن، وإنجاب الأولاد يلجؤون إلى رئيس المحكمة فيطلبون منه إصدار حكم قضائي بتسجيل عقود زواجهم ما دام أن عقد زواجهم عقد شرعي وقانوني، ولا يعتبر باطلا ولا فاسدا, وما دامت النيابة العامة لا تقوم بأي إجراء جزائي ضدهم.[1]

وبالتالي إذا كان المشرع قد وضع نصب عينه مصلحة الفرد والمجتمع عندما حدد سن الزواج إلا أنه لم يعطها القيمة القانونية اللازمة لها, ولا يمكن إعتبار- حسب أصحاب هذا الرأي – أن قانون 63-224 لا زال ساري المفعول بل هو ملغى بموجب قانون الأسرة 84-11 الذي أعاد تنظيم مسألة سن الزواج وبالتالي:

مادام أن القانون الجديد قد أعاد تنظيم مسألة سبق أن عالجها القديم، فإن هذا الأخير يعتبر ملغى ولا يعتمد عليه، على خلاف أصحاب الرأي الثاني كما سيأتي البيان:

الفرع الثاني: الرأي القائل بوجود جزاء على مخالفة سن الأهلية

[1] - عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، مرجع سبق ذكره، ص 61.

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى نقيض ما تقدم وهو أن المشرع الجزائـري قد أعطى لنص المادة 07 من قـانون الأسـرة القيمة القانونية اللازمة لهـا، وذلك بالرجوع إلى قانون 29 جوان 1963.[1] ومن بين القائلين بهذا الـرأي الـدكتور عبد العزيز سعد.

إنطلاقا من نص المادة 02/02 من القانون المدني الجزائري الـتي تنص على:

"- **وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القــانون القــديم أو نظم من جديد موضــوعا ســبق أن قــرر قواعده ذلك القانون القديم".**[2]

نجد أن قانون الأسرة حين عالج مسألة أهلية الزواج بأن حدد للفتى والفتاة بلوغ 19 سـنة كاملة وقت العقـد, يكـون قد عـالج نفس الموضـوع الـذي سـبق أن تضمنته المادة الأولى من القانون رقم 63-224 حيث جاء فيها:

"**لا يجوز للرجل الذي لم يكمل 18 سنة ولا للمـرأة الـتي لم تكمل 16 سنة أن يعقدا زواجا**".[3]

وبهذا تكون المادة السابعة من قانون الأسرة قد ألغت ضمنيا المادة الأولى من قـانون 63-224 لإشـتمالهما على موضـوع واحـد، ولمخالفة ما تضـمنته المادة الأولى من قانون63-224 للمـادة السـابعة من قـانون الأسـرة الـتي جـاءت بعدها من حيث الترتيب الزمني لصدور القانونين، ومن حيث دخولهما حيز التطـبيق في فـترات من الـزمن متلاحقة ومتباينـة؛ قـانون رقم 63-224 ثم بعـده قـانون الأسرة المعدل (المعدل بموجب الأمر 05-02).

وذات الشيء بالنسبة للمادة 22 من قانون الأسرة والمادة 05 من قانون 63-224 حيث عالجتا نفس الموضوع، وبالتالي فالإلغاء ضمني للمادة 05 بمـوجب المـادة 22 الـتي جـاءت بعـدها، أما أحكـام المـواد الباقية والـتي لم يعالجها قـانون الأسرة فإنها تعتبر أحكاما قابلة للتطبيق, حسب أصحاب هذا الرأي.[4]

وذلك على أساس أن المـادة 223 من قـانون الأسـرة لم تتضـمن نصا يلغي صراحة جميع أحكام القانون رقم 63-224 وإنما نصت على:

"**تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون**"[5]-أي قانون الأسرة-

---

[1] - عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، مرجع سبق ذكره، ص28.

[2] -- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005, يعدل ويتمم الأمر 75-- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن **القانون المدني** المعدل والمتمم.

[3] - قانون رقم 63-224 بتاريخ 29/06/1963 **خاص بتحديد سن الزواج**، المنشور بالجريدة الرسمية 02, سبتمبر1963.

[4] - عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سبق ذكره، ص98-99.

[5] - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005, يعدل ويتمم الأمر 75-- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن **القانون المدني** المعدل والمتمم.

وبالتالي في إعتقاد أصحاب هذا الرأي أن المـواد 2-3-4 من القـانون 63-224 تبقى سارية المفعول، لعدم وجود ما يماثلها أو يخالفها أو يعارضـها في قـانون الأسرة؛
حيث تتضمن هذه المواد جزاء مخالفة سن الأهلية ومصير العقد.

أولا: جزاء مخالفة سن الأهلية:
نصت المادة الثانية (02) من قانون 63-224 على ما يلي:

"يعـاقب كل من ضـابط الأحـوال المدنية والقاضي والـزوجين، وممثليهما والشـركاء الـذين لم يراعـوا شـرط السن المنصـوص عليها في المادة الأولى بالحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر، وبغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد، أو بإحدى هاتين العقوبتين".[1]

هذا يعـني أن عقوبة الحبس والغرامة المنصـوص عليهـا، توقع إحـداهما أو كلاهما على كل من يخـالف شـرط السن سـواء من ممثلي السـلطة العامة أو من الأولياء أو الزوجين أو الشهود.

وبهذا يكون قـانون 63-224 قد حقق المصـلحة المرجـوة من وراء تحديد سن الزواج.

ثانيا: مصير عقد الزواج:
نصت المادة 03 من قانون 63-224 على منع زواج الصغار أي الزواج الذي لم تتوفر في أطرافه السن المحددة قانونا, حيث جاء فيها ما يلي:

"كل عقد زواج أبرم خلافا لأحكـام المـادة الأولى يكـون بـاطلا ما يلحقه دخـول، ويجـوز الطعن فيه من الـزوجين شخصـيا، أو من النيابة العامة, أو ممن تكون له مصلحة فيه.
ويكـون قـابلا للبطلان إذا لحقه دخـول، وذلك بنـاء على طلب كل من الزوجين دون غيرهما".[2]
من خلال نص هذه المادة نميز بين حالتين عند إبرام عقد زواج دون السن القانونية المحددة لذلك هما: قبل الدخول، وبعد الدخول.

1- **قبل الدخول**:
إذا تم الزواج وتخلف فيه شرط السن ولم يكن هنـاك دخـول بعـد, فإنه في هذه الحالة طبقا لنص المادة 03 أعلاه نجد أن هذا الـزواج يقع بـاطلا وكأنه لم يكن، حتى ولو رضي به الزوجان، وأذن به ولي القاصر، وزيادة على هـذا يكـون للـزوجين ولكل ذي مصلحة وللنيابة العامة حق الطعن فيه.
ولا ريب أن لهـذا النص حكمتـه؛ فقد أراد الشـارع من وضـعه أن يقضي على زواج غير مرغوب فيه، لأن الحكم بالبطلان قبل الدخول، يكون من مصـلحة الحيـاة

[1] - قانون رقم 63-224 بتاريخ 29/06/1963 **خاص بتحديد سن الزواج**، المنشور بالجريدة الرسمية 02, سبتمبر 1963.
[2] - قانون رقم 63-224 بتاريخ 29/06/1963 **خاص بتحديد سن الزواج**، المنشور بالجريدة الرسمية 02, سبتمبر 1963.

الزوجية والأسرية لا من مضارها، فهو لا يحدث خللا للأسرة ولا يعد حلا لها وإنما يعد وقاية من تكوين زواج قائم على أسس غير سليمة وغير ملائمة، تهدم بعضها بعضا.

2- **بعد الدخول**:

إذا تم الزواج وتخلف فيه شرط السن، وكان هناك دخول يصير بطلانه نسبيا بعد أن كـان مطلقـا، والفـرق بين الحـالتين يكمن في؛ أن حق الطعن في الـزواج يصبح في هذه الحالة قاصرا على الزوجين فقط دون أن يشمل أشخاصا آخرين كما رأينا في حالة البطلان المطلق.[1]

أما المادة الرابعة من قانون 63-224 فقد تضمنت تصحيحا للزواج الذي تم دون السن القانونية المحددة له حيث جاء فيها:

"لا يجـــوز الطعن في عقد الـــزواج المـــبرم بين زوجين لم يبلغ أحدهما أو كلاهما السن المشترطة وذلك في الحالتين التاليتين:

1- إذا بلغ الزوجان السن القانونية.

2- إذا حملت الزوجة التي لم تبلغ السن بعد".[2]

من خلال نص هذه المادة نجد أنه على الرغم من وجود عيب وقت الـزواج - وهو عدم توفر السن- إلا أن المشـرع أقـر بصـحة الـزواج من قبل الـزوجين والغـير في حالتين لا ثالث لهما:

الحالة الأولى:

يصبح الزواج صحيحا بعد زوال السـبب الـذي أدى إلى بطلانـه؛ أي بعد بلـوغ القاصر منهما أو كلاهما السن القانونية يزول المانع.

بمعنى أن الـزواج يصـبح صـحيحا إذا بلغ القاصر من الـزوجين 19 سـنة قبل تحريك الدعوى من قبلهما أو من قبل من له مصلحة أو من السلطة العامة الـتي لم يبلغها العلم بذلك إلا بعد أن صار الزوجين بالغين سن الزواج.[3]

الحالة الثانية:

يصبح الزواج صحيحا وغير قابل للإبطال بمجرد حمل الزوجـة, وحـتى وإن لم يكن الزوجين أو أحدهما قد بلغ سن الزواج.

خلاصة ما إشتملت عليه المواد:

- إذا تعمد ضابط الحالة المدنية أو الموثق إبرام وتسجيل عقد زواج قاصر لم يبلغ السن المحـــددة دون أن يكـــون حـــائزا على إذن رســـمي من الجهة المعنية, فإنه سيتابع جزائيا طبقا لنص المادة 02 من قانون 63-224، كما يمكن أن يتـابع ويعـاقب إداريا بتوبيخه أو بتوقيفه عن العمل مؤقتا أو عزله نهائيا عن وظيفته، وتسري المتابعة كـذلك على الـزوجين وعلى الأشـخاص الذين مثلوهما في العقد وعلى جميع الأشخاص الـذين شـاركوا أو سـاهموا

[1] - تشوار جيلالي، **الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية**،د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص57.

[2] - قانون رقم 63-224 بتاريخ 29/06/1963 **خاص بتحديد سن الزواج**، المنشور بالجريدة الرسمية 02, سبتمبر1963.

[3] - عيسى حداد، **عقد الزواج، دراسة مقارنة**، مرجع سبق ذكره، ص 92.

في ترتيبات إبرام عقد زواج دون بلوغ السن القانوني أو دون الحصول على إذن ممن له سلطة منح الإعفاء منه.

- يترتب على زواج القاصر دون الحصول على إذن مسبق بطلانا مطلقا إذا لم يلحقه دخول, ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصيا أو من النيابة العامة أو من كل ذي مصلحة طبقا لنص المادة 03/01 من قانون 63-224.
أما إذا لحقه دخول فيكون باطلا بطلانا نسبيا, وذلك بناء على طلب الزوجين فقط دون غيرهما, طبقا لنص المادة 03/02 من قانون 63-224.

- عقد الزواج المبرم بين زوجين قاصرين دون إذن مسبق لا يجوز قبول الطعن فيه لا بالبطلان المطلق ولا بالبطلان النسبي إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية وقت الطعن فيه أو كانت الزوجة التي لم تبلغ هذه السن قد حملت من زوجها سواء كان قاصرا هو الآخر أو بالغا السن القانونية للزواج، وأما الأولاد الذين تم إنجابهم عن هذا الزواج هم أولاد شرعيون ينسبون حقا إلى أبويهما ويتعين تسجيلهم في سجلات الحالة المدنية، ولا يجوز لضابط الحالة المدنية أن يتذرع ببطلان الزواج بعد ذلك ليرفض تسجيلهم وإلا عرض نفسه للمسؤولية الإدارية والمدنية.

في الأخير تجدر الإشارة إلى أنه إذا وقع الطعن في مثل هذا الزواج الباطل أو القابل للإبطال أمام الجهة القضائية ممن له الحق في الطعن فيه, وكان هذا الأخير في الوقت المناسب ومستوفيا الشروط القانونية؛ فإن أثر الطعن سيكون حل للرابطة الزوجية وإعادة الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام عقد الزواج بينهما ولا يعتبران زوجين قانونا.
كما يتعين على وكيل الدولة عندما يقع الطعن بصفة صحيحة وبعد القضاء به؛ أن يطلب من رئيس المحكمة إصدار أمر بإلغاء وثيقة الزواج المسجلة في سجلات الحالة المدنية، ولا يجوز بعد ذلك لأي من الزوجين السابقين أن يدعي بأنه زوج للآخر ويطالب بالحقوق التي تترتب شرعا أو قانونا عن الزواج الصحيح إلا ما نشأ منها قبل تقرير البطلان.[1]

إلى هنا نكون قد درسنا قانون 63-224 الذي يرى أصحاب هذا الرأي أنه لا يزال ساري المفعول ما دام أن الأحكام الواردة فيه لم يعالجها قانون الأسرة، وبالتالي حسبهم يجب على القاضي أن يستند إليها في حكمه.

أمام هذين الرأيين المتضاربين:

الأول:
الذي يرى أن المشرع الجزائري لم يعط المادة السابعة القيمة القانونية اللازمة, وأن قانون 63-224 قانون ملغى بموجب المادة 223 من قانون الأسرة، لا يمكن الإعتماد عليه.

الثاني:

[1] - عبد العزيز سعد، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**، مرجع سبق ذكره, ص139-140.

الذي يـرى أن المشـرع الجزائـري قد أعطى القيمة القانونية اللازمة للمـادة السابعة من قانون الأسرة، وهـذا من خلال قـانون 63-224 الـذي لا يـزال سـاري المفعول.

- من خلال ما سبق أجد أنه لا يمكن الإعتماد بصفة أكيدة على قانون63-224، ذلك أن قانون الأسرة 84-11 المعدل بمـوجب الأمر05-02 نظم موضـوعا سـبق أن تناوله التشريع القديم 63-224 وبالتالي يكون هذا الأخير ملغى ضمنيا إلغاء كليا, حتى وإن لم يكن هناك تعارض في بعض أحكامه مع القـانون الجديد (قـانون 84-11 المعــدل بمــوجب الأمر05-02)، ذلك أن المشــرع عند إعادته تنظيم نفس الموضوع إنما إنصرفت نيته إلى العدول عن التشريع القديم بأكمله، إستنادا لنص المادة 02/02 من القانون المدني الجزائري:

"و قد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القـانون الجديد نصا يتعـارض مع نص القــانون القــديم أو نظم من جديد موضــوعا ســبق أن قــرر قواعده ذلك القانون القديم".[1]

وبالتالي بما أن قانون 63-224 قد نظم مسألة سن الزواج، وقـانون 84-11 المعدل بموجب الأمر 05-02 قد أعاد تنظيم هذه المسألة من جديد، فـإن القـانون الجديد قد ألغى كلية القانون القديم تطبيقا لما جاء في المادة أعلاه.

ضف إلى هـذا أن الأمر05-02 لم يتعـرض للجـزاءات والعقوبـات الـتي توقع حـال مخالفة المـادة السـابعة منه بإعتبـاره يعـدل ويتمم القـانون 84/11 المتعلق بقانون الأسرة، ولو إتجهت نية المشرع إلى تطبيق قانون 63-224 لأشـار إلى ذلك بصفة صريحة أوضمنية، هذا من جهة.

من جهة أخـرى نجد أن المـادة 222 من قـانون الأسـرة تحيل إلى أحكـام الشريعة في كل ما لم يرد النص عليه في القانون، وليس الإحالة إلى قـانون قـديم أو سابق.

وعليه بين هذا وذاك؛ كان على المشرع أن يضبط المسألة بالحل الأمثـل, لما لها من الأهمية والخطــورة على الطفل القاصر بصــفة خاصــة، وعلى المجتمع بصفة عامة، وذلك بأن ينص على جـزاء أو عقوبة لكل مخـالف لأحكـام المـادة 07، وإلا ستصبح دون جدوى منها، إذ لابد أن تكون هناك تدابير تتخذ ضد كل شخص أبرم أو سـاهم في إبـرام عقد زواج دون السن القانونية المحـددة له وتجـاوزه للطـرق القانونية التي تستلزم إستصـدار الـترخيص الـذي يسـمح بـذلك, وهـذا حـتى يكـون العقاب رادعا لكل مخـالف للقـانون, وهكـذا نمنح المـادة السـابعة القيمة القانونية اللازمة لهـا, خصوصا وأن المسـألة كلها مبنية على عقد له من الخطـورة والأهمية التي تستلزم أن نكون أمامه بقدر من التشدد والصرامة.

[1] - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005, يعدل ويتمم الأمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن **القانون المدني** المعدل والمتمم.

•إذا كان هذا هو موقفي بشأن الآراء السابقة, فإنني من جهة أخرى وجدت بعض القرارات القضائية الصادرة بشأن تخلف سن الأهلية, وهي صادرة بعد قانون 63-224: [1]

1- قرار قضائي صادر في 09 ديسمبر 1966:
" **من المقرر شرعا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه**".

2- قرار قضائي غير منشور صادر بتاريخ 28/09/1993:
"**ـ من المقرر شرعا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلان الزواج**".

•كذلك بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة, وخاصة منها ما جاء في المواد 04، 07، 09, 33 وهي على التوالي:

"**الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي, من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**".

"**ـ تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج.**
يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات".
"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".
" يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا". [2]

فإننا نجد من خلالها أن الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين وأن هذا الأخير لا يكون صحيحا إلا إذا كان صاحبه مكتمل الأهلية أي بالغ 19 سنة كاملة، وإلا كان العقد غير صحيح, وبما أن عقد الزواج من العقود الدائرة بين النفع والضرر فإننا نطبق عليه ما ورد في المادة 83 من قانون الأسرة وبالتالي إذا كان الشخص بالغ سن التمييز 13 سنة ولم يبلغ سن الرشد فزواجه من المفروض يعتبر زواجا متوقفا على إذن الولي، وإذا كان الشخص لم يبلغ سن التمييز فزواجه باطل بطلان مطلق، ولكن أهم ما يميز هذا العقد هو أن المشرع نص صراحة على أن العقد لا يعد صحيحا في حالة عدم توافر سن الزواج إلا بعد الحصول على إذن قضائي ومن ثم فإن موافقة الولي غير كافية، بل يجب كذلك الترخيص من القاضي وإلا كان العقد فاسدا.

إذن نجد أن مسألة البحث عن جزاء مخالفة سن الأهلية ومصير العقد، تدفعنا في كل مرة إلى زاوية معينة حيث وجدنا رأيين؛ أحدهما يأخذ بقانون63-224، وآخر لا، ثم وجدنا قرارات قضائية لـ: 1966 و 1993 ترتب على إنعدام الأهلية بطلان العقد، ثم وجدنا أنه يمكن أن نقيس عقد الزواج على العقود الدائرة بين النفع والضرر.

[1] - بلحاج العربي، **قانون الأسرة**،ط 3،(مزيدة ومنقحة), ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ت ن، ص49.
[2] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

نبقى دائما وفي إطار قانون الأسرة، نصت المادة 03 مكرر على ما يلي:

" تعد النيابة العامة طرفا أصـــليا في جميع القضـــايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".[1]

سـبق أن قلنا في الفصل الأول أن سن الأهلية يعتـبر من النظـام العـام, وبالتالي القيام بمخالفتها يجعل التصرف باطلا ولا ينتج أي آثار قانونية يعتمد عليهـا، والبطلان الناتج عن ذلك يكـون بطلانا مطلقـا، وللنيابة العامة صـفة القيـام بـدعوى إبطال الزواج في مثل هذه الصور؛ لأن الزواج يعد حالة من حالات الأشـخاص الـتي يحق فيها للسلطة العامة أن تقدم طلبـات إبطـال عقد الـزواج عنـدما تكـون باطلة ومن ذلك حالة إبرام عقد الزواج دون مراعاة السن القـانوني ودون الحصـول على إذن القاضي المختص, وهذا بإعتبار النيابة العامة طرفا أصليا ورئيسـيا وتتـدخل عن طريق رفع دعوى.

في الأخـير أرى أن قـانون 63-224 لا يعتـبر سـاري المفعـول بل على المشرع النص صراحة على العقوبـات الـتي تطبق على الأشـخاص الـذين يقومـون بإبرام عقد زواج مخالف لسن الأهلية وأقترح أن تكون الإضافات كالتالي:

1- إذا وقع زواج مخالف لسن الأهلية ولم يكن هناك دخول كان الزواج باطل بطلان مطلق ويصح الطعن فيه من الـزوجين أو من النيابة العامة ومن طـرف كل شـخص له مصلحة في ذلك.

2- أما إذا كان هناك دخول يثبت الزواج ويسجل الأولاد إن وجدوا.

3- وفي كلتا الحـالتين قبل أو بعد الـدخول, توقع العقوبـات على جميع الأشـخاص الذين ساهموا في إبرام عقد زواج مخالف لسن الأهلية.

- يجب على المشـرع إضـافة نص يقـرر عقوبة لكل شـخص أبـرم عقد زواج قبل السن القانونية دون إذن مسـبق، مع تحديد الأشـخاص والجهـات الـتي لم تحـترم الإجـراءات القانونيـة، وهـذا حـتى يكـون الجـزاء رادعا لكل مخـالف للقـانون، لأن الأسـرة هي النـواة الحقيقية لتكـوين مجتمع صـالح ومتكامـل، هـذا الأخـير لا نكـون أمامه إلا بعد أن يتحقق الهدف الشـرعي والإجتمـاعي للـزواج، وللوصـول إلى هـذه الأهـداف المرجـوة يجب أن يكـون الـزواج قد بـني على أسس سـليمة وصـحيحة مطابقة للقـــانون وخاصة ما تعلق منها بالمـــادة الســـابعة، ولأنه ليس دائما يمكن الرجـوع إلى الشـريعة الإسـلامية في حالة عـدم وجـود نص قـانوني كما هو الحـال بالنسبة لآثار مخالفة سن الأهلية, فإنه يجب في مثل هـذه المواضـيع على المشـرع تنظيمها بصراحة وبدقة أو على الأقل النص على إحالة القاضي إلى القـوانين الـتي تنظم هذه المسائل.

[1] - أمر 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم قانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.

إذا كان هذا هو موقف المشرع الجزائري بشأن آثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية جزاء مخالفتها ومصير عقد الزواج، فما هو موقف القانون المقـارن من هذه المسألة، هذا ما سنتعرض له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: آثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية وجزاء مخالفته في القانون المقارن

إذا كانت القوانين الوضعية التي تمت دراستها قد حددت سنا معينة للزواج؛ بحيث لا يتم ولا ينعقد دونهـا، وهي تختلف من بلد لآخر حسب ما يتماشى مع مجتمع كل دولة وأفرادها, إلا أننا نجد أن كل هـذه القـوانين قد سـمحت بـالزواج دون هـذه السن ولكن بناء على إذن يمنحه القاضي يعفي القاصر منها.

إلا أن هذا الإعفاء لا يكون إلا إذا وجدت مصلحة أو ضرورة أو أسباب خطيرة تستدعي الترخيص والإعفاء من هذه السن، ففيم تتمثل آثار هذا الـترخيص؛ هـذا ما سيتم دراسته في (مطلب أول).

في مقابل هذا هناك من يتحايل ويخالف القانون بأن يقدم على الزواج وهو دون السن المحددة قانونا له، فما موقف القانون المقـارن من هـذه المسـألة، هل هناك جزاءات وعقوبات على المخـالفين وما مصـير عقد الـزواج؛ هـذا ما سـنعالجه في (مطلب ثان).

المطلب الأول: آثـار الترخيـص بالـزواج قبـل سـن الأهليـة

بعد دراسة القاضي طلب الإذن بالزواج وتأكده من وجود مصلحة وضرورة تستدعي الزواج قبل بلوغ السن المحددة قانونا يمنح الترخيص بالزواج، هذا الأخـير تترتب عليه آثار فنجد:

الفرع الأول: في مدونة الأسرة المغربي:

حـدد المشـرع المغـربي سن الـزواج للجنسـين بــ18 سـنة مع إمكانية الإذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن بمقرر معلل تـبين فيه المصـلحة والأسـباب، وهـذا بعد الإستماع لأبـوي القاصر أو نائبه الشـرعي وبعد الإسـتعانة بـالخبرة الطبية أو إجـراء بحث إجتماعي, وهذا طبقا للمادتين 19 و20 من مدونة الأسرة.

وفي حالة منح الــترخيص تــترتب آثــار تتمثل في إكتســاب القاصر أهلية التقاضي, وهذا طبقا لنص المادة 22 من مدونة الأسرة حيث جاء فيها:

"ـ يكتسب الزوجــان طبقا للمــادة 20 أعلاه, الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثــار عقد الــزواج من حقــوق وإلتزامات.
يمكن للمحكمة بطلب من أحد الزوجين أو نائبه الشرعي أن تحدد التكاليف المالية للزوج المعني وطريقة أدائها".[1]

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع المغربي قد منح الزوج القاصر أو الزوجة القاصـرة أو كلاهما إذا كانا قاصـرين أهلية التقاضـي؛ أي حقهما في اللجـوء إلى القضاء ولكن فقط فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات.

ويقصد بالأهلية المدنية المنصوص عليها في المـادة 22 أعلاه؛ سن الرشد القانوني المنصوص عليه في المادة 209 من مدونة الأسرة:
" سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة".[2]

ما نلاحظه على مدونة الأسـرة المغـربي أنه رتب نفس الأثر الـذي نص عليه المشــرع الجزائــري في التعــديل الجديد (الأمر 05-02) فيما يتعلق بــالترخيص بالزواج قبل سن الأهلية و المتمثل في إكتساب أهلية التقاضي.

غــير أن الإختلاف بينهما يكمن في أن مدونة الأســرة نصت على إكتســاب الــزوجين أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثــار عقد الــزواج من حقــوق وإلتزامــات، أما قانون الأسرة الجزائري فقد نص على إكتسـاب الـزوج القاصر أهلية التقاضي فيما

---

[1] - 23/05/2010 www.pogar.org مدونة المغربية الجديدة للأسرة, القانون رقم 03-70.
[2] - المرجع السابق.

يتعلق بآثار عقد الزواج من حقـوق والتزامـات دون أن ينص على الزوجة القاصـرة, هذا من جهة.

من جهة أخرى وبموجب الفقرة الثانية من المادة 22 المذكورة أعلاه يمكن لأحد الــزوجين أو نائبه الشــرعي أن يطلب من المحكمة تحديد التكــاليف المالية للزوج المعني، وكذا طريقة أدائها، هذا ما لا نجده في قانون الأسرة الجزائري.

وفيما يتعلق بآثــار عقد الــزواج فقد نص عليها المشــرع المغــربي في نص المادة 51 من مدونة الأسرة حيث جاء فيها:

"الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:
1- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسـوية عند التعدد، وإحصـان كل منهما وإخلاصه للآخـر، بلـزوم العفة وصـيانة العرض والنسل،
2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الإحترام والمـودة والرحمة والحفـاظ على مصلحة الأسرة،
3- تحمل الزوجة مع الــزوج مســؤولية تســيير ورعاية شــؤون الــبيت والأطفال،
4- التشــاور في إتخــاذ القــرارات المتعلقة بتســيير شــؤون الأســرة والأطفال وتنظيم النسل،
5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه وإحترامهم وزيارتهم وإستزارتهم بالمعروف،
6- حق التوارث بينهما."[1]

وفي حالة الإخلال بهذه الحقـوق المنصـوص عليها أجـازت المـادة 52 على جواز المطالبة بها على النحو التالي:
" عند إصرار أحد الــزوجين على الإخلال بالواجبـات المشـار إليها في المادة السابقة، يمكن للطــرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملــزم به, أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 بعده".[2]

تتضــمن المــواد من 94 إلى 97: التطليق بطلب من أحد الــزوجين بســبب الشقاق على النحو التالي:
المـادة 94:ـ **"إذا طلب الزوجـان أو أحـدهما من المحكمة حل نـزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصـلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة82 أعلاه".**

المادة 95:ـ **"يقوم الحكمان أو من في حكمهما بإستقصاء أسـباب الخلاف بين الزوجين وببذل جهدهما لإنهاء النزاع.**

[1] - 23/05/2010 www.pogar.org مدونة المغربية الجديدة للأسرة, القانون رقم 03-70.
[2] - 23/05/2010 www.pogar.org مدونة المغربية الجديدة للأسرة, القانون رقم 03-70.

إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين, حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة".

المادة 96: "**إذا إختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية, أو لم يقدماه في الأجل المحدد لهما, أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة**".

المادة 97: "**في حالة تعذر الإصلاح وإستمرار الشقاق, تثبت المحكمة ذلك في محضر, وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه, مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر.**

يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب".[1]

من خلال ما سبق نجد أن آثار الإذن بالزواج تقضي بأن القاصر المأذون له يعتبر كامل الأهلية فيما أذن له به، وفي التقاضي بشأن ما يترتب عنه, وهذا حتى تكون له السلطة الكاملة في التصرف والمقدرة على إتخاذ الوسائل الكفيلة بحقه.

وبهذا تتهيأ الظروف الملائمة ويؤتي الإذن ثمراته ونتائجه.[2]

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي شأنه شأن المشرع الجزائري في جعله النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق مدونة الأسرة:

" تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة".[3]

الفرع الثاني: في قانون الأحوال الشخصية الأردني:

لا نجد نصا صريحا يتعرض للآثار المترتبة على الترخيص بالزواج, غير أنه قياسا على نص المادة 32 منه التي جاء فيها:

"**يكون عقد الزواج صحيحا وتترتب عليه آثاره إذا توفرت فيه أركانه وسائر شروطه**".

نجد أن الزواج الذي تم بعد الإذن به لعدم توفر الأهلية المحددة له في قانون الأحوال الشخصية الأردني(18سنة للجنسين), تترتب عليه نفس الآثار التي تترتب على الزواج الذي أبرم طبقا للسن المحددة قانونا ودون الحاجة إلى الترخيص, وتتمثل في:

لزوم المهر والنفقة والميراث. المادة 35: "**إذا وقع العقد صحيحا لزم به للزوجة على الزوج المهر والنفقة ويثبت بينها حق التوارث**".

---

[1] - المرجع السابق.

[2] - أحمد فراج حسين، **المدخل لفقه الإسلاميين، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد**، مرجع سبق ذكره، ص219.

[3] - 23/05/2010 www.pogar.org مدونة المغربية الجديدة للأسرة, القانون رقم 03-70.

المسكن. المادة 36: "**يهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته وعمله**".

وجوب الإقامة في مسكن الزوج. المادة 37: "**على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة والإقامة في مسكن زوجها الشرعي والإنتقال معه إلى أية جهة أرادها الزوج ولو خارج المملكة بشرط أن يكون مأمونا عليها وأن لا يكون في وثيقة العقد شرط يقضي غير ذلك وإذا إمتنعت عن الطاعة يسقط حقها في النفقة**".

إنفراد الزوجة في المسكن. المادة 38: "**ليس للزوج أن يسكن أهله وأقاربه أو ولده المميز معه بدون رضاء زوجته في المسكن الذي هيأه لها ويستثنى من ذلك أبواه الفقيران العاجزان إذا لم يمكنه الإنفاق عليهما إستقلالا وتعين وجودهما عنده دون أن يحول ذلك من المعاشرة الزوجية كما أنه ليس للزوجة أن تسكن معها أولادها من غيرها أو أقاربها بدون رضاء زوجها**".[1]

المعاشرة بالمعروف. المادة 39: "**على الزوج أن يحسن معاشرة زوجته وأن يعاملها بالمعروف وعلى المرأة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة**".

منع إسكان الضرائر في دار واحدة. المادة 40: "**على من له أكثر من زوجة أن يعدل ويساوي بينهن في المعاملة وليس له إسكانهن في دار واحدة إلا برضاهن**".

في مقابل هذه الآثار التي تترتب على الزواج، قد يحدث وأن يصبح إستمرار الحياة الزوجية مستحيلا ويكون المخرج الوحيد لذلك إنتهاؤها, حيث نص المشرع الأردني على:

أهلية الطلاق في المادة 83 من قانون الأحوال الشخصية الأردني: "**يكون الزوج أهلا للطلاق إذا كان مكلفا**".

أما بالنسبة لأهلية الخلع فقد نصت عليها المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية الأردني: **"أ- يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له.**

ب- المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا إختلعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال.

ج- إذا بطل البدل وقع الطلاق رجعيا ولا يجب للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق البدل المتفق عليه".[2]

هذا ما لا نجده في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الثالث: في القانون المدني الفرنسي:

[1] - قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 82 لسنة 2001، المنشورين بالجريدة الرسمية تاريخ 01/01/2002.

[2] - قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 82 لسنة 2001، المنشورين بالجريدة الرسمية تاريخ 01/01/2002

يترتب على الترخيص بـالزواج في القـانون المـدني الفرنسي ترشـيد الـزوج القاصر, بمعنى يعامل كالراشد البالغ 18 سنة, وهذا طبقا لنص المواد التالية:

Art. 413-1 *Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage*

Art. 413-2 *Le mineur, même non marié, pourra être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de seize ans révolus.*
Après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée, s'il y a de justes motifs, par le juge des tutelles, à la demande des père et mère ou de l'un d'eux.
Lorsque la demande sera présentée par un seul des parents, le juge décidera, après avoir entendu l'autre, à moins que ce dernier soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté. [1]
Art. 413-6 *Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile.*
Il doit néanmoins, pour se marier ou se donner en adoption, observer les mêmes règles que s'il n'était point émancipé.

Art. 413-7 *Le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère.*
Ceux-ci ne sont pas responsables de plein droit, en leur seule qualité de père ou de mère, du dommage qu'il pourra causer à autrui postérieurement à son émancipation.

Art. 413-8 *Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé.* [2]

من خلال ما سـبق نجد أن القاصر الـذي تم الـترخيص له بـالزواج يصـبح كالراشد البـالغ سن 18 سـنة وبالتـالي فهو يتمتع بأهلية التقاضـي؛ أي يتمتع بحق اللجوء إلى القضاء؛ ومن باب أولى التقاضي فيما يتعلق بآثار هذا العقد الـذي رخص له فيه, هذه الآثار(الحقوق والإلتزامات) تضمنها الفصل السابع والثامن من القانون المدني الفرنسي في المواد من: 203 إلى 226.

[1] www.legifrance.gouv.fr/affichcodeArticle / 5- 2- 2011 -
[2] www.legifrance.gouv.fr/affichcodeArticle / 5- 2- 2011 -

المطلب الثاني: جزاء مخالفة سن الأهلية

قد تكون هناك تجاوزات تتم فيها مخالفة سن الأهلية، وإبرام عقد زواج دون بلـوغ هـذه السن القانونية المحـددة ومن دون الحصـول على تـرخيص من الجهـات المخـول لها ذلـك، فما هو موقف المشـرع المغـربي والأردني والفرنسي في هـذه الحالة؛

الفرع الأول: مدونة الأسرة المغربي:

أكد الأسـتاذ: هشـام محسن – محـامي بهيئة الـدار البيضـاء - أن الـزواج كله موكل بيد القاضي ذلك أنه مبـني ومتوقف على إستصـدار إذن منه في حالة عـدم بلوغ سن الزواج، ولكن هذا لا يمنع من الناحية العملية من وجود تحـايلات على هـذا الأمر من تزوير للوثائق.

وإعتبر المحـامي أن العقوبة على جريمة تزوير الوثـائق وإن كـانت واضـحة وعقوبتها قائمة إلا أن المشرع المغـربي- في نظـره- يواجه مشـكلا آخر هو إمكانية الزواج بواسطة سيادة بعض الأعراف لحد اليوم مثل الـزواج بالفاتحة الـذي ما زال قائما في العديد من المناطق، وهي أعراف تتعدى السلطة المخولة للقاضي ذاته.

كما أوضح المحامي أن المشرع المغربي شدد على تطبيق المادة 19 من مدونة الأسرة إذ أوجب على قاضي الأسرة التشدد في منح الإذن بـالزواج خاصة في القضايا المعروضة على المحاكم والتي تتعلق بإستصدار أمر بزواج القاصر.

إلا أنه في الواقع - يضيف المحامي- تتم الإستجابة إلى أغلبية هـذه القضـايا دون التـدقيق في الشـروط، بمعـنى أن هنـاك غالبية عظمى من هـذه القضـايا لا تناقش وهذا ما يتعارض مع روح المدونة التي تمنع منعا كليا زواج القاصر، وهو وضع ينتفي فيه الإختيـار خاصة بالنسـبة للفتـاة القاصـرة وفي ظله تنتهك العديد من الحقوق خاصة مع ما نشاهده في الواقع من أوضاع محزنة ومهينة للزوجة.[1]

ولأن الحكمة الظاهرة في التشديد في تطبيق الإذن بالزواج ترجع بالدرجة الأولى إلى السن القـانوني؛ ذلك أن سن 18 هو السن الـذي يـدرك من خلاله الـزوجين حقوقهما وواجباتهما القانونية والإلتزامـات المفروضة عليهما في عقد الزواج، ويكونان بالتالي قادرين على تحملها.[2]

---

[1] - 27.12.2010 http://www.almaghribia.ma/reports/article.as/.

[2] - 27.12.2010 http://www.almaghribia.ma/reports/article.as/

غير أن المشـرع المغـربي لم يغفل عن إمكانية وجـود تـدليس أو تحايل على نص المادة 19 من مدونة الأسرة التي حددت سن الزواج بـ18 سـنة للجنسـين, إذ أنه بـالرجوع إلى القسم السـادس من مدونة الأسـرة المتعلق بـالإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج وبموجب نص المادة 65 منـه؛ نجد أن المشـرع إعتـبر الإذن بالزواج دون سن الأهلية الـذي يمنحه قاضي الأسـرة المكلف بـالزواج ينـدرج ضمن الوثائق التي يجب أن يتضـمنها ملف عقد الـزواج, حيث جـاء في نص المـادة مايلي:

"أولا: يحـدث ملف لعقد الـزواج يحفظ بكتابة الضـبط لـدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية؛ وهي:

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

2- نسـخة من رسم الـولادة ويشـير ضـابط الحالة المدنية في هـامش العقد بسـجل الحالة المدنيـة، إلى تـاريخ منح هـذه النسخة ومن أجل الزواج؛

3- شـهادة إدارية لكل واحد من الخطيـبين تحـدد بياناتها بقـرار مشترك لوزيري العدل والداخلية؛

4- شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضـمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة؛

5- الإذن بالزواج في الحالات الآتية، وهي:

- **الزواج دون سن الأهلية؛**
- **التعـدد في حالة تـوفر شـروطه المنصـوص عليها في هذه المدونة؛**
- **زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية؛**
- **زواج معتنقي الإسلام و الأجانب.**

6- شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب أو ما يقوم مقامها.

ثانيا: يؤشر قاضي الأسرة المكلف بـالزواج قبل الإذن على ملف المسـتندات المشـار إليه أعلاه، ويحفظ برقمه الترتيـبي في كتابة الضبط.

ثالثا: يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج.

رابعـا: يضـمن العـدلان في عقد الـزواج, تصـريح كل واحد من الخطيبين هل سبق أن تزوج أم لا, وفي حالة وجود زواج سـابق, يرفق التصريح بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد المزمع إبرامه".[1]

أما المادة 66 من مدونة الأسرة المغربي فقد تضمنت الجزاء المـترتب على مخالفة إستصدار الإذن في الحـالات الـتي يتطلبها القـانون ومن ذلك الإذن بـالزواج قبل سن الأهلية, ونصها كالتالي:

"التدليس في الحصول على الإذن أو شـهادة الكفـاءة المنصـوص عليهما في البندين 5 و6 من المادة السابقة أو التملص منهمـا, تطبق

[1] - 23/05/2010 www.pogar.org مدونة المغربية الجديدة للأسرة, القانون رقم 03-70.

على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنـائي بطلب من المتضرر.
يخول للمدلس عليه من الـزوجين حق طلب الفسخ مع ما يـترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر".[1]
من خلال نص هـذه المـادة نجد أن المشـرع المغـربي نص على أمـرين حـال مخالفة إستصدار الإذن بالزواج قبل سن الأهلية؛ هما:

- ❖تطبق العقوبـات المنصـوص عليها في المـادة 366 من القـانون الجنـائي، على الفاعل وعلى المشـاركين معه في هـذه المخالفـة، ولكن بنـاء على طلب المتضرر.

- ❖للمـدلّس عليه سـواء كـانت الزوجة أو الـزوج؛ الحق في طلب فسخ عقد الزواج, إلى جانب الحكم له بالتعويض عن الضرر اللاحق به(ا).

من خلال ما تقدم نجد أن المشرع الغربي على خلاف الجزائـري قد منح المـادة 19 من مدونة الأسرة القيمة القانونية اللازمة لها, وذلك بالنص صراحة على العقوبـات والجـــزاءات الـــتي توقع حـــال مخالفتها ســـواء على الفاعل الرئيسي أو على المشـاركين معه هـذا من جهـة, من جهة أخـرى نص على حكم الـزواج الـذي أبـرم مخالفة لسن الأهلية ومصـــيره من حيث منح المـــدلس عليه الحق في طلب فسخ عقد الزواج, إلى جانب منحه التعويض عن الأضرار التي ممكن أن تكـون قد لحقت به.

الفرع الثاني: في قانون الأحوال الشخصية الأردني:
إعتبرت المادة 34 من قانون الأحوال الشخصـية الأردني الـزواج فاسـدا في ستة حالات وتضمنت الحالة الأولى منها:

"- إذا كان الطرفان أو أحدهما غير حـائز على شـرط الأهلية حين العقد".

ونصت المـادة 42 من نفس القـانون على حكم الـزواج الفاسد حيث جـاء فيها:

" الـزواج الفاسد الـذي لم يقع به دخـول لا يفيد حكما أصلا أما إذا وقع به دخول فيلزم به المهر والعـدة ويثبت النسب وحرمة المصـاهرة ولا تلزم بقية الأحكام كالإرث والنفقة قبل التفريق أو بعده".[2]

من خلال نص هذه المـادة نجد أن المشـرع الأردني قد شـدد على مخالفة سن الأهلية بحيث جعل هذا النوع من الزواج فاسدا:

- ▪يفسخ قبل الـــدخول ولا يـــترتب عليه أي حق أو أي أثر من آثـــار عقد الزواج،

[1] - المرجع السابق.
[2] - قانون معدل لقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 82 لسنة 2001، المنشورين بالجريدة الرسمية تاريخ 01/01/2002.

- ويفسخ كذلك بعد الدخول ويثبت الحق فقط في المهر، النسب ووجوب العدة.

أما المادة 43 من نفس القانون فقد نصت على إمكانية تصحيح الزواج الذي تم مخالفة للسن المحددة له بموجب المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية الأردني (18 سنة للجنسين) كمايلي:

"بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع، فإذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة بإسم الحق العام الشرعي، ولا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن إذا ولدت الزوجة أو كانت حاملا أو كان الطرفان حين إقامة الدعوى حائزين على شروط الأهلية".[1]

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الأردني قرر تصحيح الزواج الذي أبرم مخالفة لسن الأهلية في حالتين لا ثالث لهما (واردتان على سبيل الحصر)، بعد منعه لبقاء الزوجين على زواج باطل أو فاسد؛ وهما:

- لا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن؛ إذا ولدت الزوجة أو كانت حاملا حتى وإن لم تبلغ السن القانونية المحددة للزواج.

- لا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن؛ إذا بلغ الطرفان السن القانونية حين إقامة الدعوى.

وعليه إذا بلغ القاصر من الزوجين السن القانونية المحددة للزواج، أو كانت الزوجة حاملا, أو كان حملها قد إنتهى بالوضع؛ لم يصح الطعن بفساد عقد الزواج, لأن المشرع الأردني قد قضى بتصحيحه عند تغير حال الزوجين إلى هذه الأوضاع دون غيرها.

والملاحظ هنا أنها نفس الحالات المنصوص عليها في قانون 63-224 في المادة الرابعة منه والمتعلقة بتصحيح عقد الزواج قبل سن الأهلية، كما سبق البيان في المبحث الأول.

الفرع الثالث: في القانون المدني الفرنسي:

نص المشرع الفرنسي على سن الزواج في المادة 144 وهي 18 سنة لكلا الجنسين وسمح بالزواج قبل بلوغ هذه السن طبقا لنص المادة 145 بناء على أسباب خطيرة.

أما إذا حصل وأن تم الزواج مخالفة للسن المحددة له؛ فإنه وطبقا لنص المادة 185 من القانون المدني الفرنسي؛[2] يقع هذا الزواج باطلا.

---

[1] - المرجع السابق.

[2] - www.legifrance.gouv.fr/affichcodeArticle / 5- 2- 2011

وكما هو الحال بالنسبة للمشرع الأردني نجد أن الفرنسي قد قرر تصحيح الزواج الذي أبرم مخالفة لسن الأهلية في حالتين لا ثالث لهما (واردتان على سبيل الحصر)؛ وهما:

1-ـ إذا بلغ الزوجين أحدهما أو كلاهما السن القانونية، ومرت ستة أشهر عن هذا البلوغ:
إذ لا يكفي بلوغ القاصر 18 سنة، بل لابد أن تكون كذلك قد مرت مدة ستة (06) أشهر عن بلوغه هذه السن, وهذا حتى نكون أمام تصحيح للزواج وعدم قبول للطعن فيه بالبطلان.

2- حمل الزوجة غير البالغة السن القانونية لا يكفي وحده لتصحيح عقد الزواج؛ بل لابد كذلك من بلوغ سن 18 سنة ولكن دون مراعاة إنقضاء المدة السابقة: أي عدم إشتراط مرور ستة (06) أشهر عن بلوغها السن القانونية.

من خلال ما سبق نجد أن المشرع الجزائري هو القانون الوحيد – من خلال هذه الدراسة المقارنة المقتصرة على القانون المغربي, الأردني والفرنسي- الذي لم ينص بصراحة في قانون الأسرة لا على جزاء مخالفة سن الأهلية ولا على مصير العقد بخلاف المشرع المغربي،الأردني وكذا الفرنسي كما سبق التفصيل فيه.

خاتمة

❖ من خلال مسار البحث أمكنني التوصل إلى أنه:

- لا يوجد دليل شرعي لا من **القرآن** ولا من السنة يحدد بصـفة دقيقـة وواضحة ومعلومة الحدود سنا معينة للزواج سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، كما أن الفقه الإسلامي لا يأخذ في الأصل بفكرة السن، وإنما ربطها بـالبلوغ الذي يكون بظهور أماراته وعلاماته الطبيعية وكاستثناء تم تحديدها في حالة تأخر هذه العلامات حيث إختلف الفقهاء في ذلك: (أبـو حنفيـة حـددها بــ18 سنة للفتى و17 سنة للفتاة، الشافعية والحنابلـة في الـرأي المشـهور عنهم حـددوها بــ15 سـنة للفـتى و17 سـنة للفتـاة، أمـا المالكيـة فسـاووا بين الجنسين وحددوها بـ18 سنة).

- إذا كانت هذه هي القاعدة في الفقه الإسلامي، فإننا نجد إستثناء عليها يقضي بإمكانية الزواج قبل البلوغ, وهو قول جمهـور الفقهـاء, وخـالفهم في

هذا ابن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي؛ بعدم جواز تزويج الصـغير أو الصغيرة.

- أما التشريعات الوضعية فقـد قيـدت الإقـدام على الـزواج ببلـوغ سـن محددة ومعينة نصت عليها صراحة في قوانينها، وهي بهـذا لا يمكن إعتبارهـا مخالفة للشريعة الإسـلامية طالمـا أن النـبي صـلى **الله** عليـه وسـلم سـن قاعدة شرعية في حديثه الشريف: " أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِـأُمُورِ دُنْيَـاكُمْ" وبالتـالي فلا مانع من تصرف الحاكم في تقييد المبـاح، كمـا أن تحديـد سـن الـزواج إنمـا يخضع تقديره لظروف كل بلد إقتصاديا وإجتماعيا, ومراعاة للبناء التشريعي الوطني الخاص بكل دولة.

- الملاحــظ على هــذه التشــريعات {الجزائــري، المغــربي, الأردني, الفرنسي}, أنها ساوت بين الرجل والمرأة في سن الزواج؛
  في قانون الأسرة الجزائري: 19 سنة.
  في مدونة الأسرة المغربي: 18 سنة.
  في قانون الأحوال الشخصية الأردني: 18 سنة.
  في القانون المدني الفرنسي: 18 سنة.

- في مقابـل هـذا التقييـد الـذي لا يسـمح بـزواج من كـانوا دون السـن المحددة, نجد إستثناء تراعي فيه هذه التشريعات الوضعية؛ حالات وظروف تستدعي عدم الأخذ بعين الإعتبـار سـن الـزواج، والإقـدام على هـذا الأخـير دون بلوغها، وهذا بموجب إذن وترخيص نصت عليه كل القـوانين السـابقة, يمنحه القاضي بعد دراسته لطلب الإعفاء من سن الـزواج وبعـد تأكـده من وجود ما يشترطه القانون في طالب الترخيص أن يكون، وهي في العمــوم المصلحة والضرورة والأسباب الخطيرة والقدرة على الزواج، كما نجــد من القوانين من تلزم القاضي تعليل منحه الإعفاء من سن الزواج هـو القـانون المغربي, بخلاف القوانين الأخرى التي أخضعت الترخيص للقاضـي بمـا لـه من ســلطة تقديريــة دون وجــود أي رقابــة عليهم, ومن ذلــك التشــريع الجزائري والأردني وكذا الفرنسي {بالنسبة لوكيل الجمهورية}.

- أما في ما يتعلق بالحد الأدنى للإعفاء من سن الزواج فنجد سكوت أو(إغفال) لهذا التحديـد في القـانون الجزائـري والمغـربي والفرنسـي, بخلاف الأردني الذي منع عند الترخيص بالزواج النزول عن 15 سنة.

- لم يتطرق المشرع الجزائري لزواج غير العاقل, وهـذا بخلاف القـانون المغربي والتونسي وكذا الأردني الذين أجازوا الترخيص له بالزواج بمـوجب نص صريح إذا كانت هناك ضرورة.

- أما بالنسبة للآثار المترتبة عن الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية؛ نجـد أن التشريع الجزائري على غـرار التشـريعات الوضـعية قـد نص على تمتـع المأذون له بأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار ما أذن له به (آثار الزواج).

- غير أن هذا التحديد لسن الزواج من جهة، والإعفاء منه من جهة أخرى والـذي يكـون بنـاء على إجـراءات إلـزاميٌّ القيـام بهـا حـتى يسـمح بـزواج القاصر؛ نجد من القوانين من أعطت القيمة القانونية لهذه المسألة، وذلـك من خلال:

1- النص على عقوبات وجزاءات توقع على كل من يخالفها؛ بأن يساهم أو يشارك في إبرام عقـد زواج دون أن تكـون هنـاك مراعـاة لا للسـن ولا للترخيص الواجب إستصداره.
2- وكذلك النص على مصير العقد في هذه الحالة من إمكانية تصـحيحه من عدمــه؛ وتتمثــل هــذه القــوانين في القــانون الأردني والفرنســي والمغربي.

أما القانون الجزائري فقد أغفل المسألة تماما, فلا هـو نص على مصـير الزواج الذي أبرم مخالفة للسن المحددة لـه, ولا هـو تعـرض للعقوبـات التي توقع على مخالفي القاعدة القانونية.

❖ كما لا يفتنني في هذا المقام تقديم الملاحظات والتوصيات بشأن قانون الأسرة الجزائري:

1) وحد المشرع الجزائري سن الزواج بين الرجل والمرأة بمـوجب التعـديل الجديد 05-02 وجعله مطابقا لسن الرشد المدني:19 سنة، غير أنـه لم يكن مجبرا أو ملزما في أن يسـاوي بين الرجـل والمـرأة من حيث سـن الـزواج ولم يكن مجبرا في أن يساوي بين أهلية الزواج وسن الرشـد المـدني، ذلـك أن سن الزواج لا بد أن يخضع لدراسة اجتماعية للبيئة الجزائريـة، يقـوم بهـا علمـاء الاجتمـاع وأطبـاء و علمـاء الشـرع ورجـال القـانون، من خلال هـذه الدراسة يتم تحديد سن ملائمة للزواج للفرد الجزائري، وهذا نظرا لما يتمـيز به عقد الزواج من ميزات جعلته يختص بها عن بقية العقـود، فإنـه يفـترض البلوغ والعقل أكثر من الرشد.

2) إذا كان المشرع الجزائري قد حدد سن للزواج؛ نجد أنه ومراعـاة لبعض الحـالات سـمح بـالزواج قبـل بلوغهـا، وعلـق ذلـك على إذن وتـرخيص يمنح للقاصر من قبل القاضي الذي يكـون قـد درس طلب الإذن بـالزواج وتحقـق من وجـود المصـلحة والضـرورة والقـدرة, حيث تجـدر الإشـارة هنـا إلى أن المشرع الجزائري لم يحـدد المقصـود لا بالمصـلحة والضـرورة، ولا بالقـدرة على الزواج بل تركها للسلطة التقديرية للقاضي، حيث أرى أنه حسـنا فعـل في ذلك لأن معيار المصلحة والضرورة يختلـف من شـخص لآخـر ومن حيث الزمان والمكان, وبالتـالي لا يمكن حصـر القاضـي في حـالات فقـط لا يمنح الترخيص إلا بوجودها.

3) كما أن المشرع الجزائري لم يحدد بشكل صـريح حـدا لسـلطة القاضـي في الإعفاء- أي سن أدنى لإمكانية منح الترخيص بالزواج-، كما أنه لم يوضح الطريقة التي يقدم بها هذا الإعفاء، إلا أنه وحسب رأيي أن هـذا الحـد الأدنى منصوص عليه بشـكل ضـمني يتمثـل في القـدرة؛ والـتي ترجمتهـا الشـريعة

الإسـلامية بـالبلوغ, وبهـذا الصـدد أرى أنـه ينبغي على المشـرع الإسـتعانة بالمختصين الدارسين البيئة الجزائرية والفرد الجزائـري لتحديـد الحـد الأدنى للـترخيص بـالزواج؛ حيث لا يمنح الإذن لمن كـانت سـنه أقـل عن هـذا الحـد ومهما كانت المصلحة والضرورة.

كذلك من خلال تحديد حد أدنى للترخيص نضمن توحيد العمل القضائي, فلا نجد مثلا في منطقة معينة يمنح الترخيص لمن كـان سـنه على الأقـل 10 سنوات وفي أخرى 15 سنة.

4) من خلال التعديل الجديد نجد أن المشرع الجزائـري قـد تـدارك مسـألة مهمة كانت حلقة شـاغرة في قـانون الأسـرة وهي آثـار الـترخيص بـالزواج, بحيث رتب عليه تمتع الزوج القاصر بأهلية التقاضـي فيمـا يتعلـق بآثـار عقـد الزواج من حقوق والتزامات، لأنه لا يعقل أن نمنح الإذن بإبرام عقـد الـزواج من جهة ثم نمنع المأذون له من المطالبة فيمـا يتعلـق بآثـار هـذا العقـد من جهة أخرى؛ غير أن الإشكال الذي يطرح لماذا نص المشـرع الجزائـري على تمتع الزوج القاصر دون الزوجة القاصرة بأهلية التقاضي.

5) ضف إلى هذا أن المشرع الجزائـري لم يـبين الإجـراءات الـتي يجب أن تتبع عند الطلاق سواء بالنسبة للقاصر أو القاصرة.

6) ما يؤاخذ كذلك على المشرع الجزائري عدم نصـه على العقوبـات الـتي توقع على مخالفي سن الأهلية المحدد؛ وأنا بهـذا الصـدد لا أؤيـد الـذين يـرون بأنـه يمكن تطـبيق قـانون 63-224 لأنـه حسـب رأيي قـانون ملغى، ذلـك أن التعارض بينه وبين قانون الأسرة لم يقع بصدد حكم تفصـيلي منـه ولكن وقـع بصدد المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه هذا القانون وهـو تحديـد سـن الـزواج، إلى جانب عدم نصه على العقوبـات لم يتطـرق كـذلك إلى حكم العقـد الـذي يبرم مخالفة لسـن الأهليـة وبهـذا أرى أنـه كـان لا بـد على المشـرع التعـرض والنص صراحة خاصة على هذه النقطة ضـمانا لإحـترام نص المـادة السـابعة, لتفادي فتح الباب أمام الزواج العـرفي ومن ثم تزايـد طلبـات تسـجيل عقـود الزواج بعد بلوغ الزوجين السن القانونية.
وبالتالي لا بد من إعادة صياغة قانون 63-224 والنص عليه في قانون الأسرة.

في الأخـير يبقى أن نقـول أن المشـرع وعلى الـرغم من أهميـة شـرط الأهلية في عقد الزواج وموضوع الترخيص قبل بلوغها، غير أنه لم يعطه حقه من النص والتدقيق فيـه بحيث لم يكن ينتظـر من المشـرع أن يصـدر قـانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 بعد 20 سنة وبه ثغرات من المفـترض أن لا تكون.

على هذا الأساس أقـترح أن يـراعى في نص المـادة السـابعة حـال التعـديل العناصر التالية:

1- تحديد سن الزواج بناء على دراسات طبية واجتماعية للبيئة الجزائرية.
2- إمكانية الزواج قبل بلوغ هذه السن بناء على وجود:
* مصلحة أو ضرورة.
* قدرة الطرفين على الزواج.
* رضا الزوج أو الزوجة القاصرة(ة) التام.
3- تحديد حد أدنى للإعفاء من سن الزواج بالإستعانة بالأطبـاء والمختصـين الإجتماعيين.
4-يترتب على منح الترخيص تمتع القاصر(ة) بأهليـة التقاضـي فيمـا يتعلـق بآثار عقد الـزواج وكـذا الطلاق، والاختلاف فقـط يكمن في أن الطلاق يكـون بطلب من ولي القاصـر نظـرا لكونـه حـل لرابطـة زوجيـة, أمـا فيمـا يتعلـق بجلسات الصلح فتكون سرية دون حاجة لحضور الولي.

5- في حالة مخالفة سن الأهلية يعاقب كل شخص سـاهم في إبـرام عقـد زواج دون السن القانونية المحددة له، {بما في ذلك الزوجين والولي، ضـابط الحالة المدنيـة}, بـالحبس من 15 يـوم إلى شـهرين أو بغرامـة من 10.000 إلى 20.000 ألف دينار جزائري.

6- إذا أبرم عقد زواج دون سن الأهلية ولم يكن هنـاك دخـول؛ يقـع بـاطلا بطلانا مطلقا ويصـح الطعن من قبـل النيابـة العامـة (المـادة 03 مكـرر من قانون الأسرة) ومن الزوجين ومن كل شخص له مصلحة.
- أما إذا كان هناك دخول يثبت الزواج وينسب الأولاد إن وجدوا.
- وفي كلتـا الحـالتين قبـل أو بعـد الـدخول توقـع العقوبـات على المخـالفين المذكورة أعلاه.

7- تخويـل القاضـي صـلاحية منح غـير العاقـل الإذن بـالزواج مـتى وجـدت مصلحة في ذلك.

﴿ بهـذا أصـل إلى نهايـة هـذا البحث, فـإن كنت قـد وفيت بالغايـة المنشـودة فهـذا من فضـل **الله** ونعمـه، وإن قصـرت أو لم أصـب

بالحقيقـة فهـذا غـير مقصـود، يثـاب القـارئ إن نبهـني إلى موضـع الخطأ.

في الختام أدعو **الله** سبحانه وتعالى أن يوفقنا جميعا إلى مـا يحبه ويرضاه إنه نعم المولى ونعم النصير، وآخر دعوانا أن الحمد **لله** رب العالمين ﴾

الملاحق

الملحق الأول

طلب ترشيد للزواج "الإعفاء من شرط السن"

لفائدة:السيد.....،.....المقيم بـ.....والذي يعمل..... .....وكيله الأستاذ.....

السيد رئيس محكمة

ليطيب للرئيس المحترم

أن العارض يتشرف أن يتقدم لسيادتكم بهذا الطلب ملتمسا طلب التصريح له بإعفاء من شرط السن من أجل الزواج

حيث أن العـــــارض ولي أمـــــر الطالبـــــة..... المولـــــودة بتاريخ .....وثيقة 1

حيث أنها مؤهلة طبيا لممارسة الحياة الزوجية..... وثيقة 2

حيث أنها ترغب في الزواج من السـيد..... المولـود بتـاريخ ..... وثيقة 3

- لهذه الأسباب ومن أجلها-

في الشكل: قبول الطلب لتقديمه طبقا للقانون

في الموضـوع: الموافقـة على طلب الإعفـاء من شـرط السـن من أجـل الـزواج المقـدم من طـرف العارضـة طبقـا للمـواد 7 ومـا بعدها من قانون الأسرة.

- المرفقات: - شهادة ميلاد القاصر – شهادة ميلاد طالب الزواج من القاصر.

- شهادة طبية تثبت الأهلية الطبية للقاصر المطلوب ترشيده.
- صورة لبطاقة التعريف الوطنية لولي القاصـر والقاصـر وراغب الزواج.

الملحق الثاني

شهادة طبية ما قبل الزواج

(معدة تطبيقا لأحكام المادة 07 مكرر)

أنا الممضي أسفله، الدكتور:.....

الإسم واللقب:.....

دكتور في الطب:.....

الممارس في:.....

العنوان:.....

أشهد أنني فحصت لغرض الزواج:.....

المولود(ة) في:.....

الساكن(ة) بـ:.....

بطاقة التعريف الوطنية رقم: .....الصادرة في:..... بـ:.....

أعددت هذه الشهادة بعد فحص عيادي شامل وبعـد الإطلاع على نتـائج الفحـوص الآتية:

- فصيلة الدم(ABO + rhésus)

أصرح كذلك أنني:

- أعلمت المعني(ة) بنتائج الفحوصات الطبية التي خضـع(ت) لهـا وبكـل مـا من شأنه أن يقي أو يقلل من الخطر الذي قد يلحق به أو بزوجه أو بذريته.

- لفت إنتباه طالبة الزواج إلى مخاطر مرض الحمـيراء الـذي يمكن أن تتعـرض له أثناء فترة الحمل.

- أكدت على عوامل الخطر بالنسبة لبعض الأمراض.

سلمت هذه الشـهادة للمعـني(ة) شخصـيا لإسـتعمالها والإدلاء بهـا في حـدود مـا يسمح به القانون.

حرر بـ.....في .....

الملحق الثالث

مجلس قضاء: جيجل — الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

محكمة: الميلية — رخصة لإبرام عقد زواج قاصر

مكتب الرئيس — المادة 7 من قانون الأسرة

رقم الترتيب 00558/10

نحن بوالعتروس نورة رئيسة محكمة الميلية

بعد الإطلاع على طلب السيد:.....

الساكن(ة) بـ: الميلية

المتضمن الترخيص له بعقد الزواج:.....

بعد الإطلاع على الوثائق المرفقة،

بعد الإطلاع على المواد 3،7 و9 مكرر من قانون الأسرة،

بعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية بتاريخ: 06/12/2010 الذي أبدى رأيا بالموضوع: فإن نيابة الجمهورية لا ترى مانعا من طلب العارض/.....من أجل الترخيص له بزواج إبنته القاصرة:..... المولودة بتاريخ 01/10/1993 بالميلية مع المسمى:.....

المولود بتاريخ: 13/4/1982 بالميلية.

بعد التحقق من هوية المعنية، وإبداء موافقتها على الزواج،

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

نرخص للآنسة: .....

المولودة في: 01/10/1993 بـ: الميلية

بنت: عبد الرحمان بن علي و:.....

بإبرام عقد الزواج مع المسمى: .....

المولود في: 13/04/1982 بـ: الميلية

إبن: ..... و: .....

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

حرر بمكتبنا في: 06/12/2010.

رئيس المحكمة.

الملحق الرابع

مجلس قضاء جيجل

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

محكمة: الميلية

مكتب الرئيس

رقم الترتيب 00564/10

أمر بالترخيص بتعدد الزوجات

المادة 8 من قانون الأسرة

نحن..... رئيس محكمة الميلية

بعد الإطلاع على الطلب المقدم بتاريخ: 13/12/2010

من طرف السيد: .....

الرامي إلى الترخيص له بالزواج بأكثر من زوجة.

بعد الإطلاع على الوثائق المرفقة،

بعد الإطلاع على:

- محضر سماع الزوجة الأولى ..... بتاريخ: 13/12/2010.

- بعد سماع الزوجة الثانية ..... يتاريخ:13/12/2010.

بعد الإطلاع على المادة 08 من قانون الأسرة،

بعـد التحقيـق الـذي تـبين لنـا منـه تـوفر الشـروط المنصـوص عليهـا بالمادة 08 من قانون الأسـرة وتحقـق حالـة الضـرورة والمـبرر الشـرعي الذي يتعين معه الإستجابة لطلب العارض.

نأمر بـ

نرخص للمسمى ..... المولود في: 21/07/1955 بـأولاد رابح- سـيدي معـروف- ابن: .....بـالزواج بزوجـة ثانيـة المسـماة: ..... المولـودة في: 27/04/1979 الشحنة- الطاهير ابنة: .....

مراعاة أحكام المادة 08 من الأمر رقم: 05-02 والمتضمن قانون الأسرة.

حرر بمكتبنا في: 13/12/2010.

رئيس المحكمة

قائمة المراجع

1- باللغة العربية

* القرآن الكريم.

* القوانين والمصادر الرسمية

القوانين الوطنية

1. **دستور الجزائر**1996.
2. أمـر 05-02 مـؤرخ في 27 فيفـري 2005 يعـدل ويتمم قـانون 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن **قانون الأسرة**.
3. أمر 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970، يتعلق **بالحالة المدنية**.
4. أمـــر رقم 66-156 مـــؤرخ في 8 جـــوان 1966, يتضـــمن **قـــانون العقوبات**.
5. أمـر رقم59-274 الصـادر بتـاريخ 04/02/1959، والمتضـمن **قـانون الأحوال الشخصية**.
6. قانون رقم 05-10 مـؤرخ في 20 يونيـو 2005, يعـدل ويتمم الأمـر 75-58 المـــؤرخ في 26 ســـبتمبر 1975 المتضـــمن **القـــانون المـــدني المعدل والمتمم**.
7. قـــانون رقم 08-09 مـــؤرخ في 25 فيفـــري 2008 يتضـــمن **قـــانون الإجراءات المدنية والإدارية**.
8. قـــانون رقم 30-ـــ 323 بتـــاريخ 02 مـــاي 1930 يتعلـــق **بالتصـــريح بالخطوبة وسن زواج القبائل**.
9. قـانون رقم 63-224 بتـاريخ 29 جـوان 1963 المتضـمن **تحديـد سـن الزواج**، ج ر2, يوليو 1963.
10. قانون رقم 59-274 في 4/2/1959 خاص **بعقود الزواج** التي يعقـدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية، وذلك في عمالات الجزائر والواحات والساورة جريدة رسمية 11/02/1959.

القوانين المقارنة

11. **الإعلان العـالمي لحقـوق الإنسـان**، صـادر في 10 ديسـمبر 1984، الأمم المتحدة، إدارة شؤون الإعلام.
12. **Code civil**. Version 2011 0128.Edition : 2011-02-01 القانون المدني الفرنسي.
13. قانون الأحوال الشخصية المعدل: وزارة العدل، قانون الأحوال الشخصـية السوري الكويفي.
14. قانون معدل لقـانون الأحـوال الشخصـية الأردني رقم 82 لسـنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية 1/1/2002.
15. مجلــة الأحــوال الشخصــية التونســية، المطبعــة الرســمية للجمهوريــة التونسية 2007.
16. المملكة الأردنية الهاشمية، القانون المدني وتعديلاته، قانون مـؤقت رقم (43) لسنة 1976، إعداد مهند أحمد الصانوري, 2006.

* المؤلفات القانونية

1- مؤلفات قانونية خاصة

17. بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائـري، الجـزء الأول (الـزواج والطلاق)** ديـوان المطبوعـات الجامعيـة، بن عكنـون، الجزائر،1999.
18. بلحــاج العــربي، **قــانون الأســرة**، ط 3،(مزيــدة ومنقحــة), ديــوان المطبوعات الجامعية، الجزائر د ت ن.
19. بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسـة مقارنــة ببعض التشــريعات العربية**،ط1، دار الخلدونيــة، الجزائــر, 2008.
20. تشوار جيلالي، **الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلـوم الطبيعية والبيولوجية** د ط، ديوان المطبوعـات الجامعيـة الجزائـر, 2001.
21. جميـل فخـري محمـد جـانم، **مقومـات عقـد الـزواج في الفقـه و القانون**، ط 1، دار الحامد عمان، 2008.
22. طــاهري حســين، **الــدليل القــانوني للمتقاضــين**، ج1، ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2007.
23. عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قـانون الأسـرة الجزائـري**, ط3، دار هومه, الجزائر 1999.
24. عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قـانون الأسـرة الجزائـري**، ط3، مدعمة بالإجتهادات القضائية، دار هومه، الجزائر.
25. عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شـرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل**، ط2، دار هومه الجزائر،2009.
26. عبد العزيـز سـعد، **نظـام الحالـة المدنيـة في الجزائر**،ط 2، مزيـدة ومنقحة، دار هومه الجزائر، 1995.
27. عبد القادر بن حرز **الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق،** ط1، دار الخلدونية الجزائر، د ت ن.
28. عيسى حـداد، **عقد الـزواج، دراسـة مقارنة**، د ط، منشـورات بـاجي مختار، عنابة، 2006.
29. لوعيل محمد لمين، **المركز القـانوني للمـرأة في قـانون الأسـرة الجزائري**، دط, دار هومه الجزائر, 2004.
30. محمد سمارة, **أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية**، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2008.
31. محمـد محـدة, **الأحكـام الأساسـية في الأحـوال الشخصـية**، ج1, الخطبة والزواج, ط1, مطبعة شهاب, باتنة، الجزائر, 1985.
32. محمــد محــده، **الخطبــة والــزواج- دراســة مدعمــة بــالقرارات والأحكام القضائية**،ط2 ، دار شهاب، الجزائر،2000.
33. مصــطفى الســباعي، **المــرأة بين الفقــه والقــانون**، ط6, المكتب الإسلامي، بيروت، 1984.
34. نبيل صقر، **قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، موسـوعة الفكـر القانوني**، د ط، دار الهدى الجزائر، 2005.

2- مؤلفات قانونية عامة

35. أحمد محمود سعد، **مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني "ماهيتها، ضوابطها وتطبيقاتها"**، ط1 دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
36. أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام, دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز**، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة عمان، 2001.
37. أنور سلطان، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي),** ط 1 الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، 2002.
38. بن عبيدة عبد الحفيظ، **الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري**، ط1، دار هومه الجزائر،2004.
39. خالد سليمان شبكة، **كفالة حق التقاضي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ت ن.
40. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية " الإلتزامات" دراسة مقارنة**، ط1، دار الثقافة ،عمان ،2009.
41. علي علي سليمان، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري**، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
42. محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.
43. محمد الشتوي، **المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة** ،ط1, المطبعة والوراقة الوطنية،مراكش،2001.
44. محمد صبري السعدي، **النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، د ط، دار الكتاب الحديث الجزائر، 2003.
45. منذر الفضل، **النظرية العامة للإلتزامات،** الجزء الأول, **مصادر الإلتزام**، د ط، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1996.
46. نبيل إبراهيم سعد، **النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام**، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
47. نبيل إسماعيل عمر, **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)**، د ط، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2008.
48. نبيل إسماعيل عمر، **الأوامر على عرائض ونظامها القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية**، د ط، دار الجامعة الجديدة القاهرة، 2004.

* كتب الشريعة

49. أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي, **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك,** ج2, دار المعارف،القاهرة,1986.
50. أبو داوود سليمان بن الأشعث السجستاني, **سنن أبي داوود**, ط1, مطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده, مصر, 1371هـ/1952م.
51. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، **صحيح البخاري**، ج 5، دط، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده مصر,1345 هـ.
52. أبي العباس تقي الدين أحمد إبن عبد الحليم الشهير بإبن تيمية المتوفى في 728، **الفتاوى الكبرى** ج4، دار المعرفة بيروت، لبنان، د ت ن.
53. أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ج3, ط1 دار الكتب العلمية، بيروت, لبنان 1416 هـ/ 1995م.
54. أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، **المحلى**، طبعة مصححة ومقابلة على عدة مخطوطات ونسخ معتمدة، ج9، منشورات المكتب التجاري، بيروت.
55. أحمد فراج حسين**، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، دط, دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية, 1997.
56. أحمد فراج حسين، **المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي**، الملكية ونظرية العقد د ط، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2001.
57. بدران أبو العنين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة الفقهية والمذهب الجعفري والقانون**، ج1, دط دار النهضة العربية، بيروت، د ت ن.
58. حسن أيوب، **فقه الأسرة المسلمة**, **الموسوعة الإسلامية الميسرة**, دط, دار التوزيع والنشر الإسلامية, د ب ن, 1999.
59. خالد عبد الرحمن العك**، موسوعة الفقه المالكي**، المجلد الأول، ط 1، دار المحكمة، دمشق سوريا 1993.
60. رمضان علي السيد الشرنباصي**، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، د ط, الدار الجامعية, مصر، 2001.
61. زكي الدين شعبان، **الزواج والطلاق في الإسلام**، دار القومية، مصر، 1964.
62. سالم عبد الغني الرافعي**، مختصر المجموع شرح المهذب**، ط1, مكتبة السواري للتوزيع جدة, المملكة العربية السعودية، ج2 1415/1995.
63. سعيد فايز الدخيل، **موسوعة فقه عائشة أم المؤمنين حياتها وفقهها**، ط1, دار النفائس 1989.
64. السيد سابق، **فقه السنة,** المجلد الثاني ، ط21، المكتبة العصرية، بيروت, 1998.
65. شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، ج4 , دط, دار المعرفة, بيروت, لبنان 1406 هـ /1986م.
66. عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (فقها وقانونا)**, د ط مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية, مصر, 1998.

67. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**, ج2, ط2 دار الكتاب العربي, بيروت، 1402هـ/ 1982م.
68. علاء الدين البخاري، **كشف الأسرار عن أصول فجر الإسلام**, البزدوي, ج2، دط، دار الكتب العلمية، بيروت,1997.
69. عمر سليمان أشقر, **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**, ط1, دار النفائس, عمان الأردن, 1418هـ/1997م.
70. محمد أبو زهرة، **أصول الفقه**، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت ن.
71. محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، د ط، دار الفكر العربي القاهرة, 1996.
72. محمد الخطيب الشربيني, **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج,** ج3، دط, دار الفكر, بيروت، د ت ن.
73. محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام**, حقق نصوصه منصور بن يونس بن إدريس البهوتي**, كشاف القناع عن متن الإقناع** ج5, دط، دار الفكر, بيروت, 1402هـ/1982م.
74. محمد بن علي بن محمد الشوكاني, **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار صلى الله عليه وسلم**, ج5, طبعة جديدة مضبوطة محققة معتنى بإخراجها, مكتبة الكليات الأزهرية, مصر, 1398هـ/1978م.
75. محمد زيد الأبياني**، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، ج2 ، د ط، مكتبة النهضة، بيروت- بغداد.
76. محمد سراج**، أصول الفقه الإسلامي**، دط، دار الجامعة الجديدة، منشأة المعارف الإسكندرية 1998.
77. محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية**، ط9, دار محمود للنشر والتوزيع، مصر،1999.
78. محمد كمال الدين إمام، **الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية**، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، منشأة المعارف الإسكندرية, 1998.
79. محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون**، ط2, دار النهضة العربية، بيروت، 1397- 1977.
80. محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون** ،ط2 ،دار النهضة العربية، بيروت، 1977.
81. محمد مصطفى شلبي**، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي**، دط، دار تأليف، القاهرة، 1956.
82. محمود محمد عبد العزيز الزيني، **الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي تطبيقاتها- أحكامها- آثارها، دراسة مقارنة**، دط، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1991.
83. محمود محمد ناصر بركات، **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي**، تحت إشراف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، دار النفائس، الأردن،2007.

84. مصـطفى السـباعي، **المـرأة بين الفقـه والقـانون**، ط6، المكتب الإسلامي، بيروت, 1984.
85. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمـود، **المغـني**، ج7, دط, دار الكتاب العربي بيروت،1403هـ / 1983م.

86. نجم الـدين أبي حفص عمـر بن محمـد النسـفي الحنفي، **طلبة الطلبـة في الإصطلاحات الفقهية علق عليه ووضح حواشيه أبو عبد اللـه محمد حسن إسماعيل الشافعي**،ط1، دار الكتب العلمي بيروت, لبنان، 1418/ 1997.
87. وهبة الزحيلي, **نظرية الضـرورة الشـرعية**, ط5, مؤسسـة الرسـالة، بيروت 1418هـ/1997م.
88. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلتـه،** ج7، ط1، دار الفكـر، طبـع في الجزائر بإذن خاص من دار الفكر في دمشق، الجزائر، 1992.
89. وهبـة الـزحيلي، **الوسـيط في أصـول الفقـه الإسـلامي**، الطبعـة الثانية مزيدة ومنقحة ، المطبعة العلمية, دمشق, 1969.

* المعاجم والقواميس

90. إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، وآخرون**، المعجم الوسـيط،** الجـزء الأول، ط2, دار عارف، مصر، 1972.
91. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظـور الإفـريقي المصـري، **لسان العرب**، د ط المجلد الحادي عشـر، دار صـادر، دار بـيروت، بـيروت, 1968.
92. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظـور الإفـريقي المصـري، **لسان العرب**، المجلد السابع، دار صادر، دار بيروت, 1388هـ/1968م.
93. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظـور الإفـريقي المصـري، **لسان العرب المحيط**, المجلد الثاني من الزاي إلى الفاء أعاد بناءه على الحرف الأول للكلمة يوسف خيـاط ونـديم مرعشـلي، **دار لسان العـرب**، بيروت، د ت ن.
94. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكـرم بن منظـور الإفـريقي المصـري، **لسان العرب** المجلد الثاني، د ط، دار صادر، دار بيروت بـيروت، 1388هـ/ 1968م.
95. أحمد أبو حاقة، **معجم النفائس، الوسيط**، ط1، دار النفائس، بـيروت، لبنان 1428هـ/2007م.
96. الشريف أبي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي, **التعريفات**، ط2 دار الكتب العلمية, بيروت, 2002.
97. محمد بن مكرم بن علي جمال الدين إبن منظور, **لسان العرب (س ل ط)**, ج7, ط5، دار صادر, بيروت, لبنان, 2005.
98. محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظـور, **لسـان العـرب (ق د ر),** ج12, ط5, دار صادر, بيروت, لبنان, 2005.
99. محمد بن مكرم بن علي جمال الـدين بن منظـور، **لسان العـرب**, ط5, دار صادر، بيروت لبنان, 2005.

* المقالات

100. جيلالي تشوار، **حماية الطفل عبر الإذن بالزواج**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء 41، رقم1, سنة2000.
101. جيلالي تشوار، **سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء 37، رقم4, 1999.
102. علي بداوي، **عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، موسوعة الفكر القانوني**، العدد الثاني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر.
103. عيسى حداد، **الأهلية في قانون الأسرة الجزاري**، مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، عدد 09، 1996، ص 53.

* المذكرات

104.مزعزع موسى، **العمل القضائي والولائي لرئيس المحكمة**، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17, الجزائر، 2006/2009.
105. هادف مسلم، **الطبيعة القانونية للأوامر على العرائض وآثارها القانونية**، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17, الجزائر، 2006/2009.
106. الشيخ إسماعيل، **دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة**, مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، الجزائر، 2005/2006.

* المجلات القضائية

107. المجلة قضائية لسنة 1984، عدد01.
108. المجلة قضائية لسنة 1990، عدد03.
109. المجلة قضائية لسنة 2002, عدد02.

2- باللغة الفرنسية

110. Ghauti Ben Melha, **le droit Algérien de la famille**, OPU, Alger, 1993.

3- مواقع الإنترنت

http://islamlight..net/index.php

http://www.almaghribia.ma/Reports/Article.asp/

http://estsharat.ahlamontada.com/montada.f1/topic.t137.htm

www.legifrance.gouv.fr/affichcodeArticle

http://www.amanjordan.org/a-news/wmview

-http://www.anhri.net/reports/e3dam/03.Shtml

مدونة المغربية الجديدة للأسرة, القانون رقم 03-70.www.pogar.org

المشرف العام فضيلة الشيخ: د/ محمد بن عبد الله الهمدان http://islamlight.net/index.php 13/8/2010

- بن داود عبد القادر، **دليل الأسرة، دورة تكوينية حول " منازعـات شؤون الأسرة"** الفترة الزمنية الممتدة من 07 إلى 11 جوان 2008, الجزائر، قرص مضغوط.

الفهرس

الفهرس

مقدمة

الفصـــــــــل الأول: الأهليـــــــــة في عقـــــــــد الـــــــــزواج ودواعي الترخيص.....08

مبحـــــــــــــــــث تمهيـــــــــــــــــدي: مفهـــــــــــــــــوم الأهليـة.....10

المطلب الأول: تعريـــــــــــــــف الأهليـــــــــــــــة لغـــــــــــــــة وإصطلاحا.....10

الفـــــــــــــــرع الأول: تعريـــــــــــــــف الأهليـــــــــــــــة لغة.....10

الفـــــــــــــــرع الثـــــــــــــــاني: تعريـــــــــــــــف الأهليـــــــــــــــة إصطلاحا.....11

المطلب الثاني: أنواع الأهلية.....12

الفرع الأول: أهلية وجوب.....12

الفـــــــــــــــرع الثـــــــــــــــاني: أهليـــــــــــــــة أداء.....14

المبحث الأول: الأهلية في عقد الزواج.....26

المطلب الأول: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي.....26

الفرع الأول: المعيار الشخصي.....27

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي.....30

المطلب الثاني: أهلية الزواج في القانون الوضعي.....31

الفرع الأول: سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....32

الفرع الثاني: سن الزواج في القانون المقارن.....41

المبحث الثاني: الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية.....46

المطلب الأول: الإذن بـــــــالزواج قبـــــــل البلـــــــوغ في الفقـــــــه الإسلامي.....47

الفرع الأول: الجواز مطلقا.....47

الفرع الثاني: التفريق بين الصغير والصغيرة.....52

الفرع الثالث: عدم الجواز مطلقا.....57

المطلب الثاني: الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في القانون الوضعي.....59

الفرع الأول: الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.....59

الفرع الثاني: الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في القانون المقارن.....82

الفصل الثاني: آثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية وجزاء مخالفته.....95

المبحث الأول: في قانون الأسرة الجزائري.....97

المطلب الأول: آثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية.....98

المطلب الثاني: جزاء مخالفة سن الأهلية.....127

الفرع الأول: الرأي القائل بعدم وجود جزاء على مخالفة سن الأهلية.....128

الفرع الثاني: الرأي القائل بوجود جزاء على مخالفة سن الأهلية.....138

المبحث الثاني: في القانون المقارن.....147

المطلب الأول: آثار الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية.....148

الفرع الأول: في مدونة الأسرة المغربي.....148

الفرع الثاني: في قانون الأحوال الشخصية الأردني.....151

الفرع الثالث: في القانون المدني الفرنسي.....152

المطلب الثاني: جزاء مخالفة سن الأهلية.....154

الفرع الأول: في مدونة الأسرة المغربي.....154

الفرع الثاني: في قانون الأحوال الشخصية الأردني.....157

الفرع الثالث: في القانون المدني الفرنسي.....158

خاتمة.....160

الملاحق.....167

قائمة المراجع.....172

الفهرس.....182