جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص:قانون الأسرة

رقم:.....

إعداد الطالب(ة):

(1)مغزي بخوش عبير

(2) معمولي حنان

يوم:.....

تحديد سن الزواج دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون

لجنة المناقشة:

العضو 1 بركات عبد اللطيف	الرتبة أستاذ مساعد	الجامعة بسكرة	رئيسا
العضو 2 لمعيني محمد	الرتبة أستاذ محاضر أ	الجامعة بسكرة	مشرفا
العضو 3 بوخبلة أمال	الرتبة أستاذ مساعد	الجامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية:2023 -2024

شكر و تقدير

لكل مبدع انجاز ولكل شكر قصيدة

ولكل مقام مقال ولكل نجاح شكر وتقدير فألف

شكر وتقدير وعرفان للأستاذ القدير "لمعيني محمد"

نقدر تفانيك واهتمامك الكبير ونثمن مجهوداتك

لأجل نجاحنا فأدام الله عليك الصحة والعافية

ودمت فخر لجامعة بسكرة كلية الحقوق

بصفة خاصة كما أتقدم بالشكر

والامتنان لأساتذة قسم الحقوق

الإهداء

أول إهداء أكتبه لشخص وهو في دار السلام رحمك الله وأسكنك فسيح جناتهإلى الغالي أبي العزيز أنت مازلت حاضرا في قلبي وروحي وذكراك ستبقى خالدة فينا أسأل الله أن يتغمدك بواسع رحمته ويسكنك فسيح جناته

إلى المرأة العظيمة التي ساندتني طوال مشوار دراستي "أمي "إلى التي أمدتني بدعواتها وابتسامتها إلى الحضن الذي يستقبل دموع أحزاني قبل أفراحي إلى أغلى وأروع امرأة في الوجود ،أطال الله في عمرك وحفظك ورعاك دمتي لي سندا وظهرا .

لى من أستمر بالتقدم لأجلهم، أولادي الأحبة، أهدي هذا البحث، فكم أتمنى أن أكون لكم خير قدوة وموجّة

معمولي حنان

.

الإهداء

إلى من لا يضاهيهما أحد في الكون، إلى من أمرنا الله ببرّهما، إلى من بذلا الكثير، وقدّما ما لا يمكن أن يردّ، إليكما تلك الكلمات أمي وأبي الغاليان ، أهدي لكما هذا البحث؛ فقد كنتما خير داعم لي

و إلى زوجي الرائع أهدي هذا البحث؛ فقد كان الداعم الأكبر في كلّ شيء، فشكرًا كثيرًا على ثقتك بنجاحي ودفعي نحو الأفضل و هدي هذا البحث لأولادي، أشكرهم؛ لتشجيعي على إكمال تعليمي بعد انقطاع، فكم أنا مسرورة؛ لأنهم أولادي، وكم أتمنى أن أكون دومًا مصدر ثقة وفخر لهم و الى اخواتي وزوجة أخي فلقد كانوا بمثابة العضد والسند في سبيل استكمال البحث خاصة أخي وسندي محمد أكرم

كل الشكر لمن ساعدني بكل حرف في هذه المذكرة

أهدي لجميع من يحبني هذا العمل

أهديكم نجاحي ...

مغزي بخوش عبير

مقدمة

مقدمة:

خلق الله سبحانه وتعالى هذا الكون بما عليه من مخلوقات وأتقن في تنظيمه حيث اعتبر الإنسان من أسمى المخلوقات لقوله تعالى { ولقد كرمنا بني ادم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا } سورة الإسراء الآية 70.

وتنشئ الأسرة بقيام ميثاق غليظ بين الرجل والمرأة ويعرف بعقد الزواج أساسه المودة والرحمة والسكينة لقوله تعالى { ومنآياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون } سورة الروم الآية 21.وقد نظم الإسلام الزواج وقدسه وبين أحكامه حفاظا على الإنسان وتحصينا للنفس من الوقوع في الرذيلة.

ونجد المشرع الجزائري وضع ركنا أساسي الإبرام عقد الزواج بين الرجل والمرأة وهو ركن الرضا وهذا ما نصت عليه المادة 09 من قانون الأسرة والتي جاء فيها { ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين }.

ومادام إن الإرادة هي أساس التراضي بين الزوجين، فإننا نجد إن القانون لا يعقد إلا بالإرادة الصادرة من شخص يتمتع بالأهلية القانونية لإبرام عقد الزواج بين الطرفين ومن هذا المنطلق نجد إن المادة 09 مكرر من قانون الآسرة توافر الأهلية الكاملة كشرط عقد الزواج,لان هذا العقد يترتب من خلال بعض الالتزامات المالية والواجبات الاجتماعية العائلية.

ومن هذا المنطلق نجد أن المشرع الجزائري قد حدد السن القانوني الذي يكتسب به الزوج أهلية الزواج لذلك نجد أن المشرع قد حدد هذا السنب النسبة للرجل والمرأة وجعله 19 سنة كاملة بموجب نص المادة 07 من قانون الأسرة بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05 بعد ما كانت كشرط بلوغ سن 18 بالنسبة للمرأة و 21 سنة بالنسبة للرجل في ظل قانون رقم 11/84 .

ومن هنا نجد أن قضية تحديد سن الزواج بسن معينة من القضايا التي أثارت جدلا كبيرا بين الفقهاء ،مما أدى إلى اختلافهم في حكم الشرع في تحديد السن المناسب للزواج سواء للمرأة أو الرجل , أما قانون الأحوال الشخصية فقد حرص على تحديد السن الأدنى للزواج لكن كان الاختلاف بين سن الفتى والفتاة ومن هنا يأتي هذا البحث لطرح إشكالية تحديد سن الزواج بين الشريعة والقانون .

وهنا نقول : ما هو تحديد سن الزواج في ظل القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.

الفصل الأول

الزواج نظام شرعه الله عز وجل لماله من حكمة بالغة تتمثل في بقاء النوع الإنساني على أكمل وجه.

وهو الأساس الذي تقوم عليه سعادة البشرية وصلاح المجتمعات وتكوين الأسرة على أساس متين ،وأشهر الألفاظ التي استعملها الفقهاء للتعبير عن العلاقة بين الرجل والمرأة لفظان هما الزواج والنكاح[1].

ويعتبر الزواج الرابطة الزوجية بين رجل وامرأة يتم على أساس ديني غاية السكن والمودة والرحمة والطمأنينة إذ يعتبر رابطة إنسانية قبل أن يكون عقدا ،وهو عقد من نوع خاص لذ يفترض فيه الدوام وهو أقدس الروابط التي يمكن أن تجمع بين الرجل والمرأة ويعتبر السبيل الوحيد الذي يحافظ على الأنساب ويمنع الاختلاط وقد أفرغ الله سبحانه وتعالى عليه صفة الميثاق الغليظ وكرس قانون الأسرة ذلك من خلال نصوصه لشروط الزواج وأثاره[2]، مصدقا قوله تعالى { ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون } الصافات – الآية 22 .

ومعنى النكاح كذلك هو الازدواج والاقتران والارتباط لقوله تعالى {احشروا الذين ظلموا وأزواجهم وما كانوا يعبدون } الصافات – الآية 22 . أي وقرناءهم ومن معانيه أيضا التضام والتداخل والجمع والضم ,يقال تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانظم بعضها إلى بعض , ويقال نكحت الحصى أخفاق الإبل أي دخلت فيها وتمكنت منها، وقد شاع استعمال كلمة الزواج والارتباط بين الرجل والمرأة على سبل الدوام والاستقرار بغية الاستئناس[3].

---

[1] عيسى حداد–عقد الزواج– دراسة مقارنة منشورات جامعة باجي مختار –عنابة– 2006–ص2

[2] إلياس مسعودة نعيمة – أستاذ محاضر – محاضرات في قانون الأسرة الزواج و الطلاق – جامعة مولاي الطاهر سعيدة .

[3] عبد القادر بن حرز الله – أستاذ محاضر ورئيس قسم أصول الدين كلية العلوم الاجتماعية و السياسية – جامعة باتنة – الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق .

المبحث الأول:مفهوم الزواج

الحمد لله الذي خلق الإنسان وكرمه وجعله خليفة عنه وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى وشرع الزواج لبقاء نوعه وحفظ نفسه ووقاية له ويكسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتباره القاعدة الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة .كما أن النظام الإسلامي باعتباره أحد الوظائف الأساسية التي يقوم عليها المجتمع ، وقد حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز وإظهار مكانة النظام الأسري من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي يقوم عليها الزواج كمنطق لتكوين الأسرة وتنشأ هذه الأسرة بقيام الميثاق الغليظ بين الرجل والمرأة يعرف بعقد الزواج أساسه المودة والرحمة.

وقد نظم الإسلام الزواج وقدسه وبين أحكامه حفاظا على الإنسان وتحصينا للنفس من الوقوع في الرذيلة وهو أسمى وأرقى العقود الإنسانية المبرمة بين الطرفين،ونجد المشرع الجزائري هو الأخر لم يغفل عن تنظيم هذا العقد حيث بين أحكامه في نصوص قانون الأسرة واعتبر عقد الزواج عقدا ذا طبيعة خاصة وأضفى عليه صفة الرضائية واعتبره عقد يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي ومن أهداف هذا العقد هو تكوين أسرة , لكن نجد اليوم قد توسع الآباء في تزويج صغارهم الذين لم يبلغوا سن الزواج بعد ولم يدركوا معناه وتبعاته والمسؤولية المترتبة عليه .

المطلب الأول: تعريف الزواج في اللغة والفقه

الزواج في اللغة هو الاقتران والارتباط وفي القران قوله تعالى { وزوجناهم بحور العين} سورة الدخان – الآية رقم 54 وقوله أيضا : { وإذا النفوس زوجت } سورة التكوير – الآية رقم 07 أي قرنت بأبدانها وبأعمالها ومن هنا شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل والمرأة على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة , ويرى بن قدامة الفقيه الحنبلي أن الزواج اصطلاحا هو "عقد التزويج فعند إطلاقه لا يصرف إلا إليه ، ما لم يصرفه عنه دليل " ، والمراد بالعقد الاتفاق بين طرفين يلتزم كل منهما بمقتضاه تنفيذ ما اتفق عليه كعقد البيع والزواج فالعقد بهذا المفهوم اتفاق بين الطرفين يرتب التزامات وآثاره معينة شرعية وقانونية ، يحل الاستمتاع بين الزوجين والمهر والنفقات[1].

أما النكاح فهو اللفظ الأكثر شيوعا واستعمالا لدى الفقهاء المسلمين فهو الضم والجمع والوطء وقد اختلف الفقهاء في استعمال لفظ النكاح هل هو حقيقة عقد الزواج مجاز في الوطء، أم العكس أم هو مشترك بينهما وهذا ما يجب تبيانه من خلال استعراض أراء الفقهاء الأربعة .

أولا:الأحناف: هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وقيل حقيقة العقد مجاز في الوطء.

ثانيا: الشافعية: ذهبوا إلى الله أنه حقيقية في الوطء.

ثالثا:المالكية : مشترك في الوطء والعقد.

رابعا: الحنابلة: هو حقيقة عندهم في كل من العقد والوطء[2].

تعريف الزواج والنكاح شرعا : عرف الفقهاء الزواج أو النكاح شرعا تعريفات كثيرة لتحديد العلاقة المترتبة عليه باعتباره عقدا خاص ، ومن أشهر هذه التعريفات تعريف الحنفية التي تذهب إلى أن الزواج هو عقد يفيد حل استمتاع الرجل بالمرأة ما لم يمنع من نكاحها مانع شرعي يمنع العقد أصلا وهنا يجب التمييز بين المحرمات تحريما مؤبدا فيمكن أن تكون محلا للعقد مطلقا ، وأما المحرمة تحريما مؤقتا فيمكن أن تكون محلا للعقد إذا زال السبب أو المانع الشرعي ,كالمطلقة

[1] السيد أبو عبيطة – الزواج و الطلاق في زمن العولمة – دار الفكر الجامعي أمام كلية الحقوق الإسكندرية – ص

[2] عيسى حداد – مرجع سابق ص 2– 3 .

بعد انتهاء عدتها مثلا وهو عقد لحل تمتع الأنثى غير محرم وشرع هذا التعريف لحل التمتع أي الاستمتاع وانتفاع وتلذذ وهو الصلة الباعثة على العقد فلا يملك الزوج من الزوجة إلا الانتفاع العام وملك للذات .

قوله بأنثى: أي استمتاع بأنثى.

قوله غير محرم : وصف للأنثى هو أن تكون غير محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة وهذا التعريف الذي ذكرناه هو تعريف فقهاء المنصب المالكي , أما بقية المذاهب فعرفوه بتعاريف متقاربة تنتهي إلى أن القصد من عقد الزواج ملك للمتعة أو حلها[1].

وقد حدد الله سبحانه وتعالى الغاية من وجود الإنسان في هذه الحياة هي لعبادته لقوله تعالى: { وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون }سورة الذاريات – الآية 36.وحدد المقصود بأنها الاستخلاف في الأرض وتعميرها لقوله تعالى { وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة } سورة البقرة – الآية 30 ويأتي تعمير الأرض بالاستقرار وذلك لا يكون إلا ببناء الأسرة وتكوين مجتمع ولا يكون ذلك إلا بالزواج[2].

ويعتبر القرآن الكريم الدستور في الشرائع الوضعية ,وقد ذكرت كلمة الزواج بكل صيغها في القرآن الكريم 67 مرة وذكرت كلمة النكاح 21 مرة واعتبر إسلامنا الحنيف الزواج بمثابة الميثاق الغليظ لما يترتب عليه من أمور عاطفية كالتعارف و أمور اجتماعية كالمودة والرحمة وأخلاقية كالعفة والكرامة ، وقد شرع الإسلام أيضا نظرا لما يناسب فطرة الإنسان فيسمع بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الأربع زوجات وهو الحد المقرر شرعا لقوله تعالى { فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع }سورة النساء – الآية 3وترجع الحكمة من الزواج هو تعمير الأرض وعبادة لله سبحانه وتعالى حيث رغب الإسلام الزواج ودعا إليهوحث القادرين بتنفيذه لقوله تعالى { فانكحوا ماطاب لكم من

[1] عبد القادر بن حرز الله – الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق – أستاذ محاضر و رئيس قسم أصول الدين كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الاسلامية – جامعة باتنة – دار الخلدونية – ص 25-26.

[2]. عيسى حداد مرجع سابق ص4 .

النساء } وهو عبارة عن عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالأخر على الوجه المشروع وعليه نستطيع الخروج بالنقاط التالية :

أ. خصوصية استمتاع الزوج بزوجته بعد ما كانت محرمة عليه قبل الزواج
ب. استمتاع الزوج غير مقصور على زوجة فقط بل أحل له الشرع أربع نساء.
ت. لا يحل لغيره الاستمتاع بها مادامت في عصمته.

ومتى عقد الزواج وتحققت أركانه وشروطه الشرعية حل الزوجين الاستمتاع بالآخر بعد ما كان محرما[1].

المطلب الثاني: مفهوم الزواج في القانون الجزائري

عرف المشرع الجزائري الزواج في قانون الأسرة حيث استعمل كلمة الزواج أو النكاح وذلك في نص المادة 4من قانون الأسرة المعدل والمتمم أمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الزواج هو 'عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب' [2] ، لكن هذا النص كان محل نقد عندما قال أن الزواج هو عقد لأن كلمة عقد لا فائدة منها لأن الزواج في الشريعة الإسلامية هو عقد و ليس من الضرورة بذكر المصطلح من جديد لأنها من البديهيات وحدد هذا التعريف إطار الزواج هي :

1. لا يتم الزواج إلا في إطار شرعي.
2. لا يتم الزواج إلا بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي .
3. الهدف منه تكوين أسرة .
4. تقويم الأسرة على مبدأ التعاون.

[1] أحمد دكار – الزواج و الطلاق في الشريعة و القانون و العرف دار الغرب للنشر و التوزيع ص 35-36.
[2] أنظر المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري .

5. المحافظة على عدم اختلاط الأنساب.

ونجد أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح النكاح بدل الزواج في المادة 32 ق.أ وهنا نفهم بأن اللفظ مشترك, واستعمله أيضا في المادة 131 " اذ أثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين " [1]، فالزواج إذن من الجانب القانوني هو عقد يقوم أساسا على عنصر أساسي وهو الرضا باعتباره تصرف إرادي ويترتب عليه التزامات كغيره من العقود الأخرى مع الملاحظة إن كلمة "رضائي" بمقتضى التعديل الجديد للدلالة على أن عقد الزواج يقوم على أنه عقد يقوم أساسا على الرضا باعتباره العنصر الجوهري في العقد[2] .

ومن خلال ما تم التطرف إليه نجد بأن الزواج حق أقرت به مختلف المعاهدات الدولية وكذا الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر ومن بين هذه الاتفاقيات نجد التي تقر على القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة , فأصبح من الضروري أن يتكيف التشريع الداخلي مع هذه الاتفاقيات في الأمر 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 , وعقد الزواج لا يمكن أن يكون عقد خدمات أو تبادل خدمات وعقد للعيش المشترك والمعاشرة وليس عقد تشغيل أو عقد عمل وتبادل منافع بل هو اتفاق بين طرفين , الطرف الأول هو الزوج والطرف الثاني الزوجة أو وكيلها أو وليها ، ويشترط كذلك في عقد الزواج شروطا لصحته حتى يقوم العقد ولا يمكن اعتبار المهر أو الصداق مقابل أي شيء لأنه شرط من شروط صحة عقد الزواج وليس إلزاما للزواج.

[1] عيسى حداد – مرجع سابق ص6-7.

[2] بن شويخ الرشيد – شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل –دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية – دار الخلدونية ص 24.

ولهذا نجد المشرع قد فصل في الطبيعة القانونية للزواج وذهب إلى اعتباره عقد وهو ما جسد في المادة الرابعة من قانون الأسرة وهو الموفق المرجع لأن بالزواج تنشأ الأسر والمجتمعات فكيف لا يرفق إلى عقد[1].

المبحث الثاني: الأهلية في عقد الزواج في قانون الجزائري

يعتبر الزواج من أهم المؤسسات الاجتماعية والقانونية التي تنظم العلاقات الأسرية في مختلف المجتمعات وفي القانون الجزائري يتخطى مسألة الأهلية في الزواج بأهمية بالغة,حيث تحدد الشروط والقيود التي يجب توافرها لدى الأفراد الراغبين في الدخول في عقد الزواج.

وينص القانون الجزائري على عدة شروط يجب توافرها لدى الأفراد للزواج مثل السن القانوني والقدرة العقلية والجسدية وعدم وجود عقبات قانونية كالزواج بدون إذن ولي ويتطلب الزواج في القانون الجزائري أيضا الوفاء.

سنقوم في هذا المبحث بتحليل مفهوم الأهلية في الزواج وأهميتها في القانون الجزائري مبني على التعريف القانوني للأهلية و أنواعها المعترف بها, وسنتطرق إلى اشتراط الرشد والبلوغ التي يجب توافرها للأفراد لكي يكونوا مؤهلين لعقد الزواج.

[1]إلياس مسعودة نعيمة – أستاذ محاضر – محاضرات في قانون الأسرة – الزواج و الطلاق – ملقاة على طلبة السنة الثانية ليسانس حقوق –جامعة الدكتور مولاي طاهر – سعيدة – السنة الجامعية 2022–2023.

المطلب الأول: مفهوم الأهلية في عقد الزواج

تعتبر الأهلية مرتبطة بالذمة المالية حتى يكون الإنسان محلا لثبوت الالتزامات، وتعريف الأهلية في الفقه الإسلامي قانون الأسرة الجزائرية، حيث جاء في الفقه عرفها بأنها " صفة الشارع في الشخص تجعله صالحا لثبوت الحقوق له ووجوب التزامات عليه و صحة التصرفات منه "[1].

كما لها عدة تعريفات أخرى منها " الأهلية هي صلاحية الشخص والالتزامات بمعنى أن يكون الشخص صالحا , لأن تلتزمه حقوق لغيره وتثبت له حقوق قبل غيره صالحا , لأن يلتزم بهذه الحقوق وبذلك تبين أن الأهلية ذات شعبتين ,الأولى تثبت له حقوق وواجبات والثانية تنشئ له التزامات على نفسه وتصرفات تجعل له حقوق قبل غيره " وهنا نجد الأهلية نوعان : تسمى الأولى أهلية الوجوب وهي الأصل في ثبوتها كونه إنسانا وتعني صلاحية الفرد لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وترتبط الشخصية القانونية , حيث يمنحه القانون حقوق ويفرض عليه التزامات وتعتبر أهلية الوجوب أحد أهم السمات للشخصية القانونية تبدأ منذ ولادة الفرد وتستمر حتى وفاته وتعتبر كاملة مكتملة لدى الشخص البالغ .

أما أهمية الأداء : وأصل ثبوتها إنسانية وتعني صلاحية الفرد مباشرة جميع التصرفات القانونية بنفسه أو نيابة عن غيره , تعتمد هذه الصلاحية بشكل أساسي على وجود الإدراك الكامل والوعي بالتصرفات لذلك يتطلب وجود العقل وفي بعض الحالات تكون أهلية الأداء ناقصة وغير موجودة وفي هذه الحالة قد يكون للفرد أهلية الأداء مما يعني أنه يكون محل اعتبار بموجب القانون وله حقوق ولكن غير قادر على ممارسة التصرفات القانونية بشكل مستقل[2].

[1] عيسى حداد مرجع سابق – ص 79.

[2] عيسى حداد – مرجع سابق ص 80 .

وقد نص القانون الجزائري على الأهلية في عقد الزواج لصحته في القانون الجزائري اذ نصت المادة 40 من القانون المدني { كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية , ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة (19) كاملة } , وهو سن الرشد المدني وكان أهلية الزواج قبل تعديل قانون الأسرة محددة سن 21 سنة للرجل وسن 18 للمرأة غير أنه و مع الانتقادات التي مست القانون تم تعديل هذا النص القانوني وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني 19 سنة كاملة [1]، ونص المادة { تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو لضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج }.

ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ويعتبر السن القانونية (19) سنة للزواج منطقي تماشيا مع سن الرشد المدني إلا أن المشكل يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية لأن القانون لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يصل إليه.

ولم يحدد الفقه بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج واعتبرها هي الفترة الزمنية التي تأتي بعد مرحلتي الطفولة والتمييز وهي تظهر طبيعيا علامات في الفتى كالاحتلام والفتاة كالحيض ، في حين ذهب الفقه المالكي إلى أن نهايته هي ثمانية عشر عاما في الفتى والفتاة ، وعليه الصغير غير مميز لا يعقد الزواج ولكن يكون موقوفا على إجازة وليه.

وأما فيما يتعلق بالعقل فإن جمهور الفقهاء لا يشترطونه لصحة عقد الزواج ، فيجوز عندهم أن يتزوج الولي (أب أو غيره) المجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة .

[1] بن شويخ الرشيد – مرجع سابق – ص 60-61.

وعليه نجد أن القانون الجزائري اعتبر الزواج من التصرفات التي تقضي توفر الأهلية الكاملة، لما يرتبه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية وعائلية وقد أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل سن البلوغ لمصلحة أو ضرورة (م 7.ق.أ) وهذا من السياسة الشرعية ضمانا لمصلحة الشاب والمجتمع بعد مراعاة إجازة الولي (م 81)[1]،وتثبت الأهلية للشخص البالغ العاقل الراشد الذي تعتريه أية عوارض أو سبب من الأسباب لأن الرشد شرط أساسي والأهلية تتم وفقا للحلم والبلوغ والنكاح والرشد.

وهذا بحسب المعنى الذي جاءت به الآية الكريمة لقوله تعالى : { وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم }[2]، وهنا نجد أهلية الأداء مقيدة بشرطين لابد منهما , بلوغ سن الرشد ويكون ذلك بالاحتلام أو الحيض.

ولا يوجد فرق في الأهلية بين الجنسين في قانون الزواج الجزائري بمعنى أن الشروط تكون متماثلة للإناث والذكور ومع ذلك قد تختلف بعض التفاصيل بناء على الظروف القانونية المحددة لكل جنس وفي حالات القاصرين قد يكون هناك اختلاف في التمثيل القانوني حيث يتطلب الزواج للإناث موافقة ولي الأمر بشكل أكبر في الذكور.

[1] بلحاج العربي – مرجع سابق ص 60 – 61.

[2] سورة النساء – الآية 6 .

المطلب الثاني: الرشد و البلوغ في عقد الزواج في القانون الجزائري

يظهر البلوغ بوجود علاماته الطبيعية حتى سن معين وفي حالة عدم ظهور تلك العلامات ولكن وصل الفرد لذلك السن يعتبر بالغا بالسن والبلوغ في عقد الزواج هو مبدأ قانوني وشرعي ينص على أن الزواج غير مجاز حتى يبلغ الشخص سن الرشد ويأتي هذا الأمر استنادا إلى الآية الكريمة التي تشير إلى أن الزواج لا يجوز إلا بعد بلوغ الفتيان والفتيات لقوله { حتى إذا بلغوا النكاح } .

وفي القانون يتم تحديد سن البلوغ القانوني الذي يسمح للأفراد بالزواج غالبا ما يكون هذا السن معتمدا على القوانين المحلية أما الرشد فيتطلب القدرة على فهم وتحمل مسؤوليات الزواج وهو يمثل جانبا أكثر شمولا يتعلق بالنضج العقلي والاجتماعي بشكل عام البلوغ ليرتبط العمر بينهما الرشد يرتبط بالنضج الشخصي والقدرة على اتخاذ القرارات المسؤولة قال بنعثمين { يشترط الرشد في العقد وهذا أهم الشروط أن يكون الولي رشدا أو الرشد في كل موضع بحسب الرشد في العقد بأن يكون بصيرا بأحكام عقد النكاح بصيرا بالأكفاء ليس من الناس الذين عندهم غرة وجه بل يعرف الأكفاء ليس من الناس الذين عندهم غرة وجهه بل يعرف الأكفاء ومصالح النكاح }[1].

كذلك في قانون الأحوال الشخصية الجزائري وغيره من القوانين ينص على أن البلوغ شرط أساسي لعقد الزواج حيث يجب أن يبلغ الزوج و الزوجة سن الرشد قبل الزواج.

تحدد المادة 40 من القانون الجزائري أن الشخص الذي يبلغ سن الرشد ويتمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه,فهو يعتبر كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ويحدد القانون في الجزائر سن الرشد بتسعة عشر عاما كاملة في القانون الجزائري ويتمتع بقواه العقلية ولم يتعرض لحظر

[1] قانون رقم 84 /11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1984 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم

قانوني , يحصل على كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية , بمعنى أخر يكون لديه القدرة القانونية الكاملة للقيام بالتصرفات المدنية مثل عقد الزواج .

كذلك المادة 7من ق. أ تحدد أهلية الرجل والمرأة في الزواج بعمر 19 سنة كاملة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك في حالات الضرورة أو الظروف الخاصة , بشرط مراعاة مصلحة الطرفين لشروط الزواج وتشير هذه المادة إلى إن الزواج يعتبر صحيحا للأشخاص الذين بلغوا سن الرشد وتوفرت لديهم الشروط المطلوبة للزواج مع مراعاة مصلحتهم وظروفهم الخاصة [1].

المبحث الثالث : الولاية في عقد الزواج

الولاية تعتبر حق شرعي ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا فيه وهي ولاية عامة وولاية خاصة وهناك الولاية على النفس وولاية على المال لكن الولاية المراد التطرق لها هي الولاية عن النفس في الزواج [2]وقد أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه المذهب المالكي واعتبر الولي على الزوجة ركن من أركان عقد الزواج و أدركه في المواد 33.32.13.11.09 من قانون الأسرة الجزائري.

وقد نصت المادة 33 ق.أ على أنه إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق بفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، ومن هنا نجد بأن الولي والصداق فيه هما ركنان من أركان عقد الزواج الأساسية .

[1] السيد أبو عبيطة – مرجع سابق ص 99.

[2] نصيرة بلعيد – النظام القانوني لتوثيق عقد الزواج في الجزائر – دراسة مقارنة – المركز الجامعي بتيبازة معهد الحقوق و العلوم السياسية – الجزائر ص 43.

المطلب الأول: تعريف الولاية و أنواعها

تعريف الولاية لغة : هي سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء ومنها أخذت كلمة الوالي الذي له سلطة ونفوذ على قطر معين , ويعتبر الخطة و الإمارة والسلطان " الولاية بفتح الواو ، وكسرها مصدر فيقال ولى عليه ولاية إذا أمكن أمره وقام به " ومن معاني الولاية أيضا النصير لقوله تعالى{ ومالكم من دون الله من ولي ولا نصير } سورة المائدة – الآية 56وقوله تعالى {ومن يتول الله ورسوله والذين امنوا فان حزب الله هم الغالبون }[1] .

تعريف الولاية اصطلاحا : ويقصد بها الفقهاء " تنفيذ القول على الغير والإشراق على شؤونه "كما يعرفها الإمام أبو زهرة بأنها " القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير الحاجة إلى إجازة أحد " [2] .

والولاية أيضا هي سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات, وجعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف يخصه هو أو غيره ولايته ممن عليه سلطة مستمدة من الشارع أو من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة.

وقد عرفت أيضا هي القدرة على إنشاء العقد ناقدا غير موقوف على إجازة أحد ويمكن الاستنتاج مما يلي :

أ. ثبوت هذه الولاية في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة وتعتبر سلطة ثابتة من جانب الشرع .

[1] عيسى حداد – مرجع سابق ص 116-117.

[2] بن حرز الله – الخلاصة في أحكام الزواج والصلاة – مرجع سابق ص 54.

ب. لابد من توافر شروط للقيام بالعقود الشرعية والمالية والعقود الشرعية ما تتصل بالشخص مثل تزويج نفسه وبيعه لماله وهنا نسميها الولاية القاصرة أما إذا كانت متعلقة بالغير هنا تكون الولاية متعدية كتزويج ابنته مثلا.

شروط الوالي : يشترط في الولي البلوغ وأن يكون عاقلا لأن الولاية تثبت إلا لمن يقدر على تحقيق مصالح الغير ، فلا تصح أولا تجب من شخص صغير السن أو المجنون ولا المعتوه لأن هؤلاء ليس لهم ولاية حتى على أنفسهم فمن باب أولى أن تكون لغيرهم ، ولابد أن يكون الولي أيضا مسلما فلا يجوز الكافر على المسلم لقوله تعالى :{ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا } سورة آل عمران – الآية 28 .، وقوله أيضا { لا يتخذ المؤمنين الكافرين أولياء من دون المؤمنين }لأن غير المسلم لا يؤتمن على مصالح المسلم كذلك فلا ولاية لمسلم على غير مسلم لقوله تعالى :{ والذين كفروا بعضهم أولياء بعض } سورة الأنفال – الآية 73 .

ورئيس الدولة حاليا ونوابه تثبت ولايتهم على المسلمين وغير المسلمين لأن صاحب الولاية العامة في الدولة.

وقد شرعت الولاية في الإسلام حفظا على حقوق العاجزين عن التصرف بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها ورعاية لمصالحهم وشؤونهم ، حيث يعتبر الإسلام الحنيف المجتمع وحدة متماسكة ومن لم يستطع رعاية مصالحه أقام له الشارع من يتولى أمره لتحقيق النفع له أو دفع ضرر عنه .

والوالي ركن في عقد الزواج إذ أن العقد يتوقف عن الولي وهذا الاستدلال من الكتاب والسنة, عن أبي موسى الأشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : { لا نكاح إلا بولي } وهذا من بين ما استدل به التلمساني في مفتاح الوصول ويترتب عن ذلك أنه وقع العقد بدون ولي فانه يفسخ مطلقا قبل الدخول وبعده , وعن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى

الله عليه وسلم :{ أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل، باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فان استأجروا فالسلطان ولي من لا ولي له }[1].

أنواع الولاية : الولاية نوعان

أ. **ولاية على المال :** وهي سلطة التصرف في المال وهذا السبب موضوع الدراسة .

ب. ولاية عن النفس: وهي سلطة إنشاء عقد وهي المقصودة في هذه الدراسة[2] .

الولاية في عقد الزواج : يعرف فريق الفقهاء الولاية على الزواج بأنها تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه ويقصد هنا بالغير هو القاصر والمجنون ولأن ولاية الاختيار شرعت لحماية حقوق القصر والقيام بشؤونهم لفقد أهليتهم وتنقسم الولاية إلى قسمين رئيسيين هما[3] : ولاية الاختيار وولاية الإجبار

أولا: ولاية الاختيار: وهي التي لا يستطيع الولي أن يستبد لتزويج المولى عليه لابد من مشاركته الزوجة ولها في اختيار الزوج ويتولى الولي عقد القران إذ يقول بن القيم في زاد المهاد { لا تجبر البكر البالغة على النكاح ولا تزوج إلا برضاها }، أما من تثبيت له الولاية فأغلب الفقهاء يرون بأنها تكون للأب والجد وزاد البعض العصياتعلى طريقة المواريث ، بمعنى جميع الأقارب الأقرب فالأقرب ،وإذا لم يجدوا تنتقل لذوي الأرحام وتنتهي إلى السلطان لأن السلطان ولي من لا ولي له .

[1] بن حرز الله – مرجع سابق– ص 56.

[2] عيسى حداد – مرجع سابق ص 119.

[3] بن شويخ الرشيد – مرجع سابق – ص 62.

وتسمى ولاية الاختيار كذلك بولاية المشاركة وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة، فالخيار لها ، غير أنه يستحسن أن تستشير وليها و أن يقوم هو بإجراء عقد زواجهما حتى لا تخرج المرأة عن الأعراف و التقاليد [1].

ومن الأدلة الشرعية المستمدة من القرآن و السنة النبوية الشريفة قوله تعالى :{ فإن طلقتم النساء فبلغهن أجلهن فلا تعضلهن أن ينكحهن أزواجهن } سورة البقرة – الآية 232، وقوله تعالى: { وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم } سورة النور – الآية 32.

ويعتبر هاتان الآيتان خطاب للأولياء يحثهم عن تزويج النساء ، ولأن ذلك فيه مساس بكرامتها و اجتناب التصادم مع عائلتها كما نهى الأولياء الاعتراض عن نكاح من ترضاه، ومن السنة النبوية الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم : {لا يزوج النساء إلا الأولياء و لا يزوجهن إلا من الأكفاء ولا من عمر دراهم }.

وشرط الولاية واجب في عقد الزواج و إلا يعتبر العقد باطلا في الحالات التالية:

1. الزواج من غير ولاية المرأة ولو استند إلى الولاية بعد باطلا وكذلك إذا تزوجت المرأة بدون إذن ولي يعتبر العقد باطلا " و إن دخل لها المهر.
2. يعتبر الولي سند المرأة في اتخاذ القرارات المهمة و الخطيرة قد تترتب عنها نتائج لا يمكن تداركها في المستقبل.

و أساس الولاية هي المصلحة و على ذلك فدوره هو الرقابة لتحقيق هذه المصلحة لما يمتاز به من حكمة ، لأن عقد الزواج من العقود ذات القيمة الدينية و الاجتماعية التي تؤثر على بناء المجتمع لهذا يقضي الأمر وجود رجل أقدر على الحكم من غيره[2].

[1] بلحاج العربي – مرجع سابق – ص 119.

[2] عيسى حداد – مرجع سابق ص 122-123 .

ثانيا: ولاية الإجبار

ولاية الإجبار هي سلطة ثانية شرعا، بمقتضاه يستطيع الولي إجبار المولى عليه بالزواج من غير موافقته ورضاه بسبب الصغر وفقدان العقل[1] .

وهي التي تعتبر ولاية كاملة, فولاية الإجبار تثبت على الصغير أو من حكمة بالنسبة للذكر تثبت للصغيرة بالنسبة للبنت كانت بكرا أو تثيبا[2].

المقصود بالولي هنا الأب أو الجد عند الشافعية أوجه العصية أما الحنفية الأب ووصيه عند المالكية.

ولاية الإجبار في المذاهب الفقهية :

عند الحنفية:تثبت على الصغير والصغيرة والمجنون والمعتوه والمعتوهة سواء بكرا أو تثيبا نظرا لعجزهم في إدارة شؤونهم ومعيار ثبوت الولاية عند الحنفية هو الصغير وما في معناه " العقل".

عند المالكية: زيادة على ما اتفق عليه جمهور الفقهاء على علة ثبوت ولاية الإجبار والسبب فيها فقدان العقل وضعف الإدراك علة الولاية على الصغير هي الصغر.

[1] نصيرة بلعيد – مرجع سابق – 45.

[2] بن شويخ الرشيد – مرجع سابق – ص 66.

غير أن المالكية ترى أن الأفضل أن يستشير الأب ابنته البكر كما وسع في سلطة الأب على إجبار البنت البكر البالغة حتى التي تزوجت وظلت بكرا [1].

و تعتبر ولاية الإجبار هي الولاية الكاملة لأن الولي يقوم بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه فيه أحد ، وقد استدل جمهور الفقهاء على وجوب الولاية في الزواج بآيات و أحاديث كثيرة لقوله تعالى: { فانكحوهن بإذن أهلهن} سورة البقرة – الآية 282. , وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: { أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل وان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فان استأجروا فالسلطان ولي من لا ولي له }.

المطلب الثاني: الولاية في القانون الجزائري

أخذ القانون الجزائري برأي الجمهور, فنص بأن لا تباشر المرأة عقد الزواج ولكن تفوض وليها (المادة 9 و 11 ق.أ) كما يجوز للولي أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان من مصلحتها (المادة 2/12 ق.أ) وهذا لما تقره العادات والتقاليد والأعراف الاجتماعية وأحكام الفقه المالكي إذ نصت المادة 12ق.أ بأنه يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج , وكان هذا الزواج الأصلح لها , هنا يستطيع القاضي أن يأذن بهذا الزواج مع مراعاة أحكام المادة 9 ق . أ المتعلقة بأركان عقد الزواج ولا يزوجها بدون موافقتها المادة 13 ق.أ .

لكن يجوز للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان المنع من مصلحتها (المادة 12 / 2 ق.أ) وبالنسبة لولاية التزويج على الصغار فان المشرع الجزائري أخذ بعدم جواز العقد عليهم وهذا ما أكدته المادة 7 ق.أ والتي تشترط أهلية الزواج بتمام 21 سنة للرجل والمرأة 18 سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحته أو ضرورة وهنا نجد المشرع الجزائري على الولاية المنصبة على المرأة بحيث جعلها ولاية اختيارية تعتمد على إذنها وموافقتها ، ونستنتج أن محيط الولاية محاط بسياج من الحماية والرعاية والحرية بعيدا عن الضغط أو

[1] عيسى حداد – مرجع سابق – ص 127 .

الإجبار أو الإكراه فلا يجوز للولي أن يجبر ابنته البالغ على الزواج إلابإذنها ورضاها ومثال على ذلك " أبطل مجلس قضاء مستغانم في حكمه الصادر في 3 نوفمبر 1966 زواجا استبد فيه الولي فيه بدون إذن المرأة[1].وبالرجوع إلى نص المادة 11 (الأمر رقم 02.05 المؤرخ في 15 فبراير2005) بقوله { تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها فأحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره } وهذا بخلاف ما كان عليه الأمر في المادة الأصلية لهذا القانون والتي كانت بالصيغة التالية: { يتولى زواج المرأة وليها ...}.

وهنا المشرع وسع دائرة الولي بحيث يمكن لأي شخص تختاره المرأة الراشدة أن يكون وليها وهذا التوسيع حاد مطلقا فلم يقيده المشرع كما جاءت المادة 33 ق.أتقتضي بأنه أذا تم الزواج بدون ولي فانه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه.

ومن هنا فان الولي في قانون الأسرة الجزائري هو شرط من شروط العقد الأساسية[2] وهكذا فانه طبقا للقانون الجزائري يجوز أن تباشر عقد زواجها بنفسها استنادا لنص المادتين 9 و 10 ق أ على أن يكون ذلك بموافقة الولي (المادة 11 و 13 ق. أ) لأن الأب طبعا هو الذي يعرف مصلحة ابنته أكثر منها وإذا كان اعتراضه غير عقلاني وبدون مبرر شرعي انتقلت الولاية للقاضي الذي يقوم برفع الظلم.

[1] بلحاج العربي – مرجع سابق – ص 125.

[2] الدكتور عبد القادر بن حرز الله – مرجع سابق ص 68–69.

الفصل الثاني

متى يمكن طلب الحصول على رخصة الزواج قبل بلوغ سن الرشد القانوني ؟ يمكن تقديم الطلب من طرف أي شخص (ذكر أو أنثى) لم يبلغ سن الرشد القانوني لإبرام عقد الزواج وهو 19 سنة كاملة.

قال الله عز وجل في كتابه الكريم { وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إني اعلم مالا تعلمون }سورة البقرة – الآية رقم 29.، خلق الله عز وجل الإنسان ليكون خليفة في الأرض فخلقه من رجل وامرأة ، كل منهما له صفاته الخاصة به لكن كلاهما مكملا للأخر، بل وجعل علاقتهما علاقة تكاملية .

جعل الله عز وجل الزواج الطريق المشروع لبناء الأسرة ويعتبر عقد الزواج هو العقد الذي تبنى عليه هذه الأسرة.

المبحث الأول: تحديد السن القانوني للزواج

إن مسألة تحديد السن القانوني للزواج من أهم المسائل التي أثارت جدلا في القانون الجزائري ,لذلك يجب علينا أن نبدأ بطرح موقف الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الرئيسي لقانون الأسرة الجزائري والذي يتحتم على القاضي الجزائري الرجوع إلى أحكامه في كل ما لم يوجد في نص قانوني هذا من جهة ومن جهة أخرى فسوف نتعرض في هذا الجزء أولا على مشروعية تحديد السن القانوني للزواج وشروط السن في أهلية الزواج , ولا ننسى الاستثناءات التي تطرأ على قاعدة تحديد سن الزواج .

بالإضافة إلى تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية كما تقدمنا من قبل وقلنا أنها هي المصدر الرئيسي لقانون الأسرة الجزائري الذي يعتمد عليه المشرع , لذلك يجب التطرق إلى حكم تحديد الزواج في الشريعة والمعايير التي يجب إتباعها في تحديد السن بالنسبة للرجل والمرأة ،والآثار المترتبة على تقييد الزواج بسن معينة في الشريعة الإسلامية .

وفي ختام هذا الفصل نقوم بوضع مقارنة بين الشريعة والقانون في تحديد سن الزواج.

المطلب الأول: مشروعية تحديد السن القانوني للزواج

كانت المادة السابعة (7) من قانون الأسرة الجزائري تنص على ما يلي : " تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة وللمرأة بتمام 18 سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة "[1] ، هذا ما نصت عليه المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري قبل تعديلها ، حيث أنه وبناء على هذه المادة وما نصت عليه قبل تعديلها ، حيث انه وبناء على هذه المادة وما نصت عليه يمكننا هنا تحديد سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري كالتالي :

أولا : يجب على الرجل أن يبلغ السن القانوني الذي يؤهله للزواج وهو المحدد ب 21 سنة كاملة .

ثانيا : نفس الشيء بالنسبة للمرأة يجب أن تبلغ السن القانوني الذي يؤهلها للزواج والمحدد ب 18 سنة كاملة .

لكن بعد تعديلها نجد أن النص الجديد من نفس المادة (07) (معدلة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005) قد نص على ما يلي : " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج " [2].

لذلك نجد أن النص المعدل قام بالتوحيد بين الرجل والمرأة بخصوص الأهلية وهي بلوغ 19 سنة كاملة والتي أصبحت مطابقة للأهلية المدنية المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني، إلا أنه قبل بلوغ تلك السن يستطيع القاضي الترخيص بالزواج لمصلحة أو ضرورة ،

[1] قانون الأسرة (نصا وشرحا) – لحسين بن شيخ آثملويا – دار الهدى – عين مليلة – الجزائر –ص 20

[2] نفس المرجع السابق – ص 19.

وهذا بموجب أمر على عريضة بعد الاطلاع على الأسباب والإثباتات الطبية وكذا الاطلاع على التماسات النيابة العامة ، ويصدر الأمر بالترخيص عادة من رئيس المحكمة ، لكن لا يوجد ما يمنع من أن يصدر هذا الترخيص عن قاضي الأموال الشخصية .

وترشد القاصر للزواج رجلا كان أو امرأة من طرف القاضي وإذا أبرم عقد الزواج فانه يرشده أيضا ليكون أهلا للتقاضي بنفسه دون حاجة إلى ولي أو وصي فيما يخص أثار الزواج من حقوق والتزامات ، فرخصة الزواج تجعل من القاصر راشدا بخصوص تلك الحقوق والالتزامات لكن بشرط أن يتم إبرام عقد الزواج ، ويبقى القاصر غير مؤهل للقيام بالتقاضي خارج نطاق تلك الحقوق والالتزامات[1]

وفي العموم نجد أنه لا يسمح للرجل قبل بلوغ تسعة عشر سنة ، ونفس الشيء بالنسبة للمرأة أن يتزوجها مهما كانت إمكانية قابليتها الجسمانية للزواج .

ومن هنا نجد أن قانون الأسرة الجزائري عندما عالج مسألة أهلية الزواج وحددها لكل من المرأة والرجل بتسعة عشر سنة كاملة (19) يكون هنا قد عالج النقطة نفسها التي سبق و أن عالجتها المادة الأولى من قانون رقم 63.

إلا أنه نفس الشيء الجديد الذي جاءت به المادة السابعة من قانون الأسرة هو رفع السن لكل من الجنسية عكس المادة الأولى من قانون 63 والخاصة بتحديد السن و إن كانت رفعته للمرأة و الرجل وجعلته نفس السن الوارد في المادة 40 من القانون المدني الجزائري [2]،ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري قام بشأن تنظيمه لسلطة القاضي في منح الترخيص بالزواج النقاط التالية:

1. أن المشرع الجزائري لم يحدد للقاضي السن الأدنى الذي لا يجوز النزول عنه وهو بصدد دراسة طلب الترخيص بالزواج ،لذا اقترح بعض الفقه الجزائري على ضرورة تدخل المشرع الجزائري

[1] قانون الأسرة (نصا وشرحا) – لحسين بن شيخ آثملويا– دار الهدى – عين مليلة – الجزائر –ص 20.

[2] عقد الزواج (دراسة مقارنة) عيسى حداد – منشورات جامعة باجي مختار – عنابة – 2006 – ص 95.

لتحديد السن الأدنى للزواج ، فقال الدكتور بن شويخ الرشيد: " نرى انه لا يمكن في جميع الأحوال النزول تخت 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي ، لان مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدنيوية كأصل عام ، خصوصا و أن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي " [1]، لذلك يجب على المشرع في هذه الحالة تحديد السن الأدنى للفتاة بست عشر سنة كاملة (16) ، والفتى بثماني عشر سنة كاملة (18) ويمنع قيام الزواج مهما كانت الضرورة أو المصلحة لذلك ، إذا كان السن وقت العقد دون ذلك .

وإذ اسلمنا بأن سن البلوغ بين الرجل والمرأة يختلف حيث أنه غالبا ما يكون بلوغ المرأة قبل بلوغ الرجل لذلك نجد أن المشرع قد تدخل لتحديد السن الأدنى مع مراعاة الفوارق بينهما ، لذلك نجد أن الأقرب للواقع الاجتماعي اليوم وهذا ما ذهب إليه الدكتور تشوار جيلالي في تحديده " للسن الأدنى ب 18 سنة للرجل ، و16 سنة بالنسبة للمرأة "[2]، كما أن المشرع يمكنه الاستعانة بأهل الاختصاص من علم النفس والطب وذلك لوضع سن يكون الأقرب للواقع الجزائري .

2. عدم مراعاة المشرع الجزائري لمسألة التفاوت في سن الزواج على خلاف التشريعات الأخرى التي نظمت مسألة الكفاءة بين الرجل والمرأة كشرط لصحة عقد الزواج.

3. ضرورة اشتراط شهادة طبية لطالبي الترخيص التأكد من القدرة على الزواج ،إذا قمنا بالرجوع إلى نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري ، نجد أن المشرع الجزائري لم يشترط ضرورة تقديم شهادة طبية أو الفحص الطبي ، عند طلب الترخيص بالزواج ، بل اشترط فقط تأكد القاضي من وجود مصلحة أو ضرورة ، وقدرة الطرفين على تحمل تبعات الزواج وأثاره .

[1] مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية – إشكالية التحديد القانوني لسن الزواج في قانون الأسرة الجزائري – المجلد 08 العدد 01 / سنة 2022–ص 720 – عليان حدة – كلية الحقوق – جامعة غليزان –الجزائر .

[2] نفس المرجع – ص 721.

في حين نجد أن المادة 07 مكرر من ذات القانون بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 :" يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن (3) ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج " [1].

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 ، و يؤشر بذلك في عقد الزواج.

وبملاحظة هذين النصين نجد أن المشرع لم يشترط ضرورة الفحص الطبي عند تقديم طلب الترخيص والإعفاء من سن الزواج ،وإنما اشترطه عند إبرام عقد الزواج ، وكان الأجدر أن يشترطه المشرع في الحالتين معا ، لذلك أن منح الترخيص متوقف على التأكد من قدرة الطرفين .

ولن يتأنى للقاضي معرفة هذه القدرة إلا بعد اطلاعه على الفحوصات الطبية التي تثبت مدى خلو الطرفين من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج .

وما نجده في الواقع وما يجري في المحاكم اليوم أنه رغم عدم اشتراط المشرع للشهادة الطبية ،إلا أن للقاضي دائما يستعين برأي طبيب مختص ، و أن شهادة هذا الأخير تعتبر أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي في إثبات القدرة على الزواج ، وبالإضافة إلى الوسائل الأخرى كالاستعانة بباحث اجتماعي أو نفسي ، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي [2].

إن التأكد من القدرة هي سلطة القاضي التقديرية لذلك نجد أن المشرع قد تدخل واشترط تقديم الشهادة الطبية لطالبي الترخيص للزواج، مما يشكل حماية للقاصر طالب الزواج.

[1] قانون الأسرة (نصا وشرحا) – لحسين بن شيخ آثملويا– دار الهدى – عين مليلة – الجزائر –ص20.

[2] مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية – المجلد 08 العدد 01/ سنة 2022 – اشكالية التحديد القانوني لسن الزواج في قانون الأسرة – كلية الحقوق – جامعة غليزان – الجزائر – ص 723.

ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري قد وفق في تدخله لتحديد السن القانوني للزواج كأصل عام مع إمكانية الترخيص والإعفاء من هذا السن وذلك استجابة لمطالب بعض الفئات التي تعيش ظروفا خاصة وتمكينها من إتمام هذا الزواج في إطار القانون ويكون تحت سلطة ورقابة القاضي المختص بذلك ، وعلى هذا الأساس يكون للمشرع تنظيم الزواج من خلال تحديد السن الأدنى للزواج أو فرض شكلية معينة لعقده ، أو تقييد الزواج التعددي أو تقييد الطلاق ، قصد تحقيق العدالة وتماسك الروابط الأسرية بالمحافظة على حقوق الزوجين .

ولعل أهم حق هو عدم إنكار الرابطة الزوجية ، والقضاء على ظاهرة الزواج المبكر وأثاره السلبية بدافع توفير الحماية للقاصر وضمانا لاستقرار عقود الزواج [1].

المطلب الثاني:شروط السن في أهلية الزواج

إن أهلية الزواج تعتبر من المسائل التي تتعلق بالنظام العام حيث لا يمكن إبرام عقد الزواج بدون مراعاة السن القانوني ولو ارتضى ذلك الطرفان قياسا على الأهلية بصفة عامة،أما ما يجب ملاحظته في تحديد سن الزواج الوارد في تعديل المادة السابعة (07) من قانون الأسرة الجزائري بين الرجل والمرأة في سن أهلية الزواج ، وهي مساواة شكلية أكثر منها مساواة جوهرية خاصة إذا علمنا جميعا إن المشكلة التي يشكوا منها المجتمع الجزائري ليست هي مشكلة الزواج المبكر بل هي مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة ومشكلة البطالة والعجز عن تحمل تكاليف الزواج بالنسبة للرجل ومن جهة أخرى فإننا نلاحظ إن تعديل المادة السابعة قد جاء بشرط ثالث لإمكانية منح الإعفاء من سن أهلية الزواج .

[1]التحديد التشريعي لسن الزواج – د. منادي مليكة بريكة – أستاذة محاضرة أ بكلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة سعيدة – ص 223.

بالإضافة إلى أنه يجب على القاضي مراعاة المصلحة و الضرورة عند الترخيص بالإعفاء من سن أهلية الزواج أن يراعي أيضا ما إذا كان المرخص لهما يتمتعان بالقدرة الكافية على الزواج أم لا يتمتعان ؟ سواء كان ذلك فسيولوجيا أو اقتصاديا أو اجتماعيا[1].

وإذا نظرنا إلى النص الجديد نجده انه يكاد يكون نسخة طبق الأصل من النص القديم حيث أن كلمة القاضي استعملت في النص القديم إلا انه لم يتم تغييرها في النص الجديد بكلمة رئيس المحكمة وبقيت كما هي كلمة قاضي في مجال منح رخصة الإعفاء من سن أهلية الزواج .

أما ما جاء به من جديد في هذه المادة فهو ما تضمنته الفقرة الأخيرة منها والتي منحت الزوجين الذين لم يبلغا سن الرشد المدني صلاحية و أهلية التقاضي فقط فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة واثبات النسب وحضانة وطلب الطلاق و الخلع وغير ذلك [2].

لذلك نجد أن معظم قوانين الأحوال الشخصية بما فيها قانون الأسرة ، وقد تكلمت على شرط السن المحدد لأهلية الزواج تماشيا مع مقتضيات العصر ، في إطار تولي السلطة التشريعية باعتبارها نائبا عن ولي الأمر ، سن التشريعات المنظمة لمصالح الجماعة بدافع التخلص من الإضرار الصحية والاجتماعية التي تترتب على الزواج المبكر بسبب صغر ست طرفي العقد لأن هذه السن لا تسمح لتكوين أسرة قادرة على التكفل بالأعباء الكثيرة والمتولدة عن تشعب العلاقات الناجمة عن الزواج [3].

---

[1] قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج و الطلاق و بعد التعديل) – عبد العزيز سعد مستشار سابق بالمحكمة العليا – دار هدى – الطبعة الثالثة – 2011– ص 25.

[2] قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج و الطلاق و بعد التعديل) – عبد العزيز سعد مستشار سابق بالمحكمة العليا – دار هدى – الطبعة الثالثة – 2011– ص 26.

[3] التحديد التشريعي لسن الزواج – د. منادي مليكة بريكة – أستاذة محاضرة أ بكلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة سعيدة – ص 220.

فالحد الأدنى لسن الزواج ما هو إلا شرط لصلاحية الشخص حتى يكون طرفا في الزواج، فلا يرتبط بصحة الإرادة اللازمة لإبرام الزواج ، لأنه هنا قد يبلغ الشخص سواء كان الرجل أو المرأة السن التي تؤهله للزواج على الرغم أنه لا يتمتع بالقدرة الكافية على تزويج نفسه بنفسه أي بإرادته المنفردة ، ومن هنا وجب اشتراط موافقة الولي لإتمام الزواج بين الرجل والمرأة حتى يكون صحيح ، لذلك نجد أن المرأة في حال بلوغها سن 18 سنة تكون في هذه الحالة أهلا للزواج ، وذلك أن تقوم بإبرام هذا العقد أو غيره لأنها هنا مازالت قاصرة في نظر القانون و الشريعة العامة.

لأن أهلية وجوب الزواج يشترط فيها اكتمال الرجل والمرأة بلوغ الحد الأدنى لسن الزواج لأنه يعتبر شرطا أساسيا لإبرام العقد ، و لأن سن 19 سنة يعتبره المشرع الجزائري سن الرشد وهذا ما نجده في القانون المدني وهو 19 سنة كاملة .

وذات الشيء بالنسبة إلى ما جاء في القانون 09/05 إذ انه لا يعتد برضا القاصر ما لم يكمله الولي طبقا للقواعد العامة[1] .

لذلك نجد أن المادة 09 مكرر تنص على: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج،الصداق،الولي،شاهدا، انعدام الموانع الشرعية للزواج "[2].

إلا أننا هنا نجد أن المشرع الجزائري في هذه المادة قد تعامل مع شرط الأهلية تعاملا مغايرا بالنسبة لباقي الشروط الأخرى الواردة في المادة ، وعلى الرغم من ذلك نجد أن الفقرة الأولى من المادة السابعة (07) من قانون الأسرة الجزائري المعدلة قد نصت على أن أهلية الزواج لا تكتمل إلا بعد بلوغ سن 19 سنة كاملة بالنسبة للرجل و المرأة ، كما أن الفقرة الثانية قد نصت على أن القاضي يجوز له ترخيص الزواج بالنسبة لكل من المرأة أو الرجل أو لأحد منهما بالزواج ومتى

[1] التحديد التشريعي لسن الزواج – د. منادي مليكة بريكة – أستاذة محاضرة أ بكلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة سعيدة – ص 221.

[2] نفس المرجع – ص 221.

تأكد القاضي من قدرة كل من الطرفين على إبرام عقد الزواج ، لذلك يشترط لإبرام هذا العقد أن يكون كل من المرأة و الرجل يبلغ سن 19 سنة فما فوق ، حتى إذا رغب ولي الرجل أو المرأة في تزويجهم دون أن يبلغا السن القانوني لذلك فانه لا يجوز عقد هذا الزواج إلا بعد حصول كل منهما على رخصة من رئيس المحكمة تسمح لهما بإبرامهذا العقد ، إلا أن رئيس المحكمة لا يمكنه منح هذه الرخصة إلا في حالة واحدة وهي بناء على طلب ولي القاصر سواء الرجل أو المرأة أو ممثلهما القانوني ، وعلى الرغم من طلب الترخيص إلا أن رئيس المحكمة لا يمكنه منح هذه الرخصة للزواج إلاإذا تحقق هذا الأخير من وجود مصلحة أو ضرورة لذلك ، كأن تكون المرأة مخطوفة و أهلها يريدون تزويجهما بالشخص الذي قام بخطفها

ومن جانب أخر لا يمكن للقاضي منح إبرام عقد الزواج بين الرجل والمرأة إذا لم يبلغا سن 19 سنة إلاإذا ثبت للقاضي أن لهما القدرة على المرأة وتوفير السكن المناسب والقدرة على الإنجاب وتحمل مسؤولية الأطفال بالنسبة للمرأة وغيرها من الأمورالأخرى .

وهذا ما يعني أن القاضي الذي يمنح رخصة الإعفاء من سن أهلية الزواج لا يجوز له أن يمنحها للرجل و المرأة هكذا مجانا أو مجاملة منه لأن القاضي هنا مقيد أي مربوط بالتحقق قبل ذلك من إثبات صغر السن ومن توفر المصلحة ، وكذلك قدرة كل من الرجل و المرأة على الزواج. و بما أن رئيس المحكمة في هذه الحالة قد منح كل من الرجل و المرأة رخصة الإعفاء من سن أهلية الزواج ، فانه يجب هنا على من يتولى تزويج كل من المرأة والرجل في هذه الحالة أن يقوم بالاحتفاظ بنسخة من هذه الرخصة ليظهرها أمام الموثق أو الموظف المؤهل لتحرير العقود الخاصة بالزواج ، ويقوم بتسليمها له قبل الشروع في مباشرة إجراءات إبرام العقد وتحريره ومن جهة أخرى فانه 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 يضمنها إلى أصل العقد المسجل في سجل عقود الزواج بسجلات الحالة المدنية[1].

المطلب الثالث :الاستثناءات من قاعدة تحديد سن الزواج

منح قانون الأسرة الجزائري في المادة السابعة (07) للقاضي سلطة تمكنه من تحديد سن الزواج وذلك بتقدير السن المحدد لأهلية الزواج وذلك في حالة وجود مصلحو أو ضرورة معينة تقتضي ذلك ، وبناء على ما تم تقديمه سوف نقوم بدراسة مسألة الاستثناءات من قاعدة تحديد سن الزواج في ثلاثة فروع وهي كالآتي :

الفرع الأول: سلطة القاضي

أجاز الاستثناء من القاعدة الواردة في نص المادة السابعة أجاز لكل من لم يبلغ السن المحدد لأهلية الزواج ، أن يتزوج قبل ذلك إذا ثبت أن هناك ضرورة أو مصلحة في الزواج ، والحصول على رخصة الإعفاء من السن القانوني يكون من رئيس المحكمة التي يسكن بدائرتها المعني نفسه أو وليه .

ومن خلال ما تقدم يمكن ملاحظة أن قانون الأسرة الجزائري لما سمح للرجل و المرأة بالزواج دون السن المحدد لذلك قام هنا بمراعاة العادات والتقاليد السائدة في المجتمع الجزائري ، هما يترتب على ذلك الخوف من تأخير تحديد سن الزواج من الآثار التي لا تحمد عقباها.

لذلك نجد أن هذا الرأي لا يتعارض إطلاقا مع الشريعة الإسلامية بل قام بتأكيده ونجد ذلك فيما روي في السنة النبوية الشريفة أن الرسول (ص) عقد على السيدة عائشة رضي الله عنها

[1] قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج و الطلاق و بعد التعديل) – عبد العزيز سعد مستشار سابق بالمحكمة العليا – دار هدى – الطبعة الثالثة – 2011– ص 27.

و أرضاها وهي بنت ست سنوات وبنى بها وهي بنت تسع سنوات [1] ، ونعتبر أن هذه الحالة استثناء رباني لأنه لم يحدث بعد ذلك .

إلا أن مع ثبوت زواج الصغار سواء كان ذكر أو أنثى لا يكون في كل الحالات مباحا لان هذه الحالة لم تحدث بعد ذلك ومرد ذلك أن ولي الأمر له الحق في أن يقيد تلك الإباحة متى كان للمسلمين مصلحة في ذلك .

ومما تقدم نجد أن الأطباء وعلماء الاجتماع و النفس أثبتوا أن زواج الصغار يترتب عليه بصفة عامة كثيرا من الأضرار النفسية والجسمية و الاجتماعية كذلك الأمر الذي أدى بالأخصائيين إلى الدعوة إلى تحديد الزواج ببلوغ سن معينة يؤهل من الرجل و المرأة إلى تحمل أعباء الزواج أو بالأحرى أعباء الحياة و المسؤولية وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى رفع سن أهلية الزواج إلى سن 19 سنة لكل من الذكر و الأنثى ، وهذا السن يتزامن مع بلوغهما مستوى معين من النضج الاجتماعي و الثقافي الذي لمح إليه المشرع الجزائري .

وهذا الأمر لا يمس بحرية المواطنين أو المجتمع الجزائري بل مراعاة فقط للناحية الاقتصادية لمجتمعنا الجزائري والاجتماعية و التكوين العلمي للأفراد.

إن خروج المشرع الجزائري عن القاعدة العامة لسن أهلية الزواج و السماح به دون السن المحدد لم يكن خروجا سلبيا عن القاعدة العامة ، وإنما كان خروجا سلبيا عن القاعدة العامة ، وإنما كان خروجا مقيدا بتعليق الزواج بين الرجل و المرأة قبل بلوغ السن المحدد قانونيا للزواج وذلك على شرط طلب الإعفاء المسبق من القاضي الذي يتعين عليه دراسة الطلب وفحصه بعناية تامة ليتبين إذا كان في الزواج مصلحة ، أو ضرورة للزوجين أو لأحدهما ، وبهذا الاستثناء يكون المشرع قد جعل القاضي رقيبا على عقود الزواج التي تبرم بناء على إذنه ، كما يمكن القول أن

[1] عقد الزواج (دراسة مقارنة) – عيسى حداد –مرجع سابق – ص 106.

المشرع جعل القاضي وليا و أمينا عادلا يرعى شؤونهم وفقا لظروفهم الخاصة ...إضافة إلى حالتهم المادية والمتمثلة في تحمل المسؤولية العائلية [1].

الفرع الثاني: حالة الضرورة

إن المادة السابعة تبيح للقاضي الترخيص بالزواج قبل السن القانوني في حالتين فقط هما :

أ. هناك مصلحة:إذا كانت هناك مصلحة للزوجين أي الذكر و الأنثى أو المجتمع يجوز للقاضي منح الترخيص بالزواج.

ب. **هناك ضرورة** :لقد بحث الفقه في مسألة الضرورة ، فانتهى إلى أن (الضرورات تبيح المحظورات)[2] وهي قاعدة فقهية شرعية أثارت المادة السابعة (07) إشكالا كبيرا حولها واليها وعلى هذا فللقاضي السلطة الكاملة في تقدير ذلك لأنه من أولي الأمر المختصين في مثل هذه القضايا ، ويمكن الاستشارة كذلك في هذا السياق إلى أن التشريع الجنائي يقدم أمثلة لحالة الضرورة على النحو التالي :

1. في حالة الاعتداء : نصت المادة 1/326 من قانون العقوبات على أن "كلا من خطف أو بعد قاصر لم يكمل الثامنة عشر سنة ، وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحاليل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500 – 2000 دج ....."[3]

.

2. في حالة الخطف: نصت الفقرة الثانية من المادة 326 من قانون العقوبات على أنه : " ... إذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ، ولا يجوز

[1] عقد الزواج (دراسة مقارنة) – عيسى حداد – مرجع سابق – ص 107

[2] عقد الزواج (دراسة مقارنة) – عيسى حداد – مرجع سابق – ص 107.

[3] نفس المرجع – ص 108.

الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله "[1] ، فوفقا لما جاء في هذه المادة أنه يجوز تزويج الفتاة المخطوفة حتى و إن لم تبلغ سن الثامنة عشرة سنة من عمرها دون المتابعة للجزائية للأشخاص لهم الحق في طلب إبطال الزواج ولكن شرط الحصول على إذن القاضي المختص سواء كان بطلب منها مباشرة أو بواسطة من ينوب عنها .

لكن السؤال المطروح هنا و الذي يطرح نفسه بنفسه، هل يمكن أن يتم تزويج الفتاة المخطوفة أو المعتدي عليها قصرا أي غصبا أو تعطى لها حرية الاختيار بين الرفض و القبول ؟ وخاصة انه إذا كان الفعل الذي وقع عليها بالقوة دون رضاها، وقد تكون متعمدة لها الفعل، ارتكاب هذه المخالفة حتى تستطيع إرغام أهلها على تزويجهما أو على الزواج،و الأمر نفسه ينطبق على الفتى، لكن في حالة ارتكاب هذا الفعل بالقوة دون رضا من الفتاة فيمكن لنا أن نتساءل عن القوانين التي يعتمد عليها القاضي في هذه الحالة للفصل في هذه الوقائع .

وهذا ما يؤدي بنا إلى الوقوع في إشكالية تحديد طبيعة الضرورة التي يمكن بمقتضاها المساهمة في بناء الأسرة وذلك لتحقيق المقاصد الشرعية من الزواج وهذه ثغرة من ثغرات قانون الأسرة الجزائري الذي لم يهتد إلى الحلول الصحيحة لمعالجة هذه الوقائع التي تتعارض مع الشريعة الإسلامية حيث بفضل ألا يتم الزواج ولو ترتبت عليه أضرار خاصة لأن مصلحة المجتمع أولى في مثل هذه المسائل المعقدة [2] .

[1] عقد الزواج (دراسة مقارنة) – عيسى حداد – مرجع سابق – ص 108–(قانون العقوبات).
[2] نفس المرجع – ص 109.

الفرع الثالث :إجراءات منح الرخصة

المرحلة الأولى: قانون 1930

نجد هنا أنه في حالة عدم بلوغ السن لسكان منطقة القبائل أنه يجوز للجنة المختلطة التي تتألف من رئيس المحكمة استئناف الجزائر، وقاضي الصلح والطبيب أن يقدموا تقريرا استشاريا للحاكم العام الذي يصدر بدوره الرخصة[1].

المرحلة الثانية : أمر 59-274

الرخصة بالإعفاء من شرط السن القانوني من صلاحيات رئيس المحكمة الكلية بشروط وهي:

1. وجود دوافع قوية تبرر الإعفاء يقدرها القاضي.
2. تقديم طلب من أحد الزوجين.
3. للقاضي سلطة تقدير منح الإعفاء[2].

المرحلة الثالثة: قانون رقم 63

يجوز لرئيس المحكمة الكلية – الحاكم السابق نفسه أن يمنح الإنهاء من شرط السن بالشروط التالية:

- وجود دوافع قوية تبرر الإعفاء
- استشارة مفوض الدولة قبل منح الإذن[3].

[1] عقد الزواج (دراسة مقارنة) – عيسى حداد – مرجع سابق– ص 110.
[2] نفس المرجع – ص 110
[3] نفس المرجع -ص 111

المرحلة الرابعة: قانون 1984

يحق للقاضي المختص الترخيص بالزواج قبل بلوغ السن القانوني لمصلحة أو ضرورة وقد ينتج عن ذلك توسيع النصوص السابقة من لدن المشرع على النحو التالي:

1. توسيع دائرة الاختصاص بمنح الرخصة للقاضي الذي لا يشترط فيه أن يكون رئيسا للمحكمة الابتدائية الكبرى بحسب التنظيم القضائي السابق و إنما يشترط فيه أن يكون قاضيا لمحكمة من الدرجة الأولى .
2. إلغاء تدخل وكيل الجمهورية على الرغم من دوره الضئيل المتمثل في الاستشارة ، غير أن هذا الدور قد يكون مهما إذا كانت هناك أفعال إجرامية حيث يخالف الزواج المقاصد الشرعية ، لأن الزواج معنى سام ، و لا يجوز اعتبار الزواج وسيلة لإخفاء ما يمس شرف الأسرة من عار ، لأن المشكلة هنا ليس الزواج بل هو الطلاق [1].
3. تحديد المشرع أهلية كل من الرجل و المرأة ب 19 سنة كاملة ، ومن الملاحظ أنه ليس في الفقه الإسلامي سنا معينة للزواج ، و إنما هناك أحكام عامة تعتمد البلوغ الجنسي العقلي الذي يقدر ب 15 سنة ، وهو تحديد منقول عن الشرائع العربية لا دخل للشريعة الإسلامية فيه ، على العكس فان المصلحة تقتضي تزويج الأبناء إذا وجد مبررا في مرحلة البلوغ الجنسي دون انتظار للسن الذي يحددها القانون وهذا الأمر ليس مطلقا و إنما يتم هذا الزواج من طريق القاضي المختص وفقا للمصلحة ومن الملاحظ أيضا أن المشرع لم يحدد السن اللازم للإعفاء ، وهذه المسألة جوهرية ، يجب على المشرع أن ينظر فيها لتحديد الحد الأدنى للعمر المرخص للزواج

[1] عقد الزواج (دراسة مقارنة) – عيسى حداد – مرجع سابق – ص 111.

[1]، ومن هنا نجد أن شروط منح الرخصة و إجراءاتها التي تم ذكرها في مختلف القوانين عبر مراحل التطور التاريخي ، و على الرغم من أن القاضي يمنح هذه الرخصة بعد إتمام إجراءات معينة حتى يتحصل الرجل أو المرأة على حد سواء ، إلا أننا نتساءل عن سلطة الموثق غي تحرير العقد الذي فقد احد أركانه أو شروطه وعلى الرغم من ذلك نجد أن قانون التوثيق أي بالأحرى لا توجد مادة تمنع الموثق من اتخاذ أي إجراء ايجابي يمنع تحرير العقد وهذا المنطق نجده ينافي القانون ، لأن الموثق هو أحد أو لا يعد من مساعدي السلطة القضائية و مكملاتها ، وهذا يعني أنه لا يصبح له دور ايجابي في الرقابة ، وهذا ما فتح المجال للعمل الخاص وعدم تبعية الموثق من الناحية المالية للجهاز الحكومي ، لأن ذلك لا يبرر عدم منح السلطات القانونية للموثقين خاصة بعد إلغاء دور وكيل الجمهورية من حق إبداء الرأي و بالتالي التحقق من عدم مخالفات القانونية هذا الوضع غير منطقي سوف يؤدي إلى مشاكل أهمها :

1. عدم الاطلاع على حقيقة المقصود من الإعفاء شرط السن المحدد في قانون الأسرة قد يحمل في مضمونه طابع التستر وراء بعض الأفعال غير القانونية .

2. لا ينبغي التمسك بالعادات والتقاليد لتغطية فعل معين وراء الزواج لأن ذلك يتسبب في حدوث مشاكل عملية تؤدي إلى الطلاق .

3. تحقيق المقاصد الشخصية على حساب الأهداف الشرعية ، ويتجلى هذا في التحايل على القانون،الإرغام فتاة معينة على الزواج في حالة رفضها، أو رفض الأولياء،وهذه تعتبر أفعال مخالفة للقانون.[2]

ومن خلال كل ما تم تقديمه نجد أن استغلال القانون بهذه الطرق يفتح أمام الشباب سواء كانوا ذكورا أو إناث وكذلك أصحاب المصالح أبوابا كثيرة لتحقيق مصالحهم الشخصية ونزواتهم الغير

[1] نفس المرجع – ص من 111 إلى 112.

[2] عقد الزواج (دراسة مقارنة) – عيسى حداد – منشورات جامعة باجي مختار – عنابة – 2006– ص 113.

مسؤولة ومن هنا ينتج لنا أن الزواج يفقد أنبل أهدافه و غاياته النبيلة و المشروعة التي تخدم المصالح العامة والمجتمع برمته .

المبحث الثاني: تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية

نجد أن تحديد سن الزواج مسألة أثارت خلافا كبيرا بين الفقهاء ومدى جوازا تزويج القاصر كذلك ، لذلك تعتبر قضية تحديد سم الزواج من القضايا المعاصرة التي اختلف الفقهاء فيها سواء كانوا للمتقدمين أو المعاصرون على حد سواء ، في حين نجد أن القانون قد حسم الأمر في ذلك بتحديد سن الزواج في المادة السابعة .

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فله القدرة على معالجة القضايا المطروحة وتنوع الحلول لتلك القضايا و المسائل وذلك تبعا لسلاسة الأسس و الضوابط التي تتبع في استنباط الأحكام فقد أوجه الفقه ثروة ضخمة من أراء الفقهاء التي تعالج مختلف القضايا الزواج ومن بينها بالتحديد قضية تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية وهذا ما سوف نتطرق له هذا المبحث .

المطلب الأول: حكم تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية

إن جماعة العلماء والباحثين تناولوا مسألة تحديد سن الزواج بحيث يمكن إجمال أقوال أهل العلم في قولين رئيسين هما:

القول الأول: يتمثل في أنه يفيد بإيجاز تحديد سن الزواج.

القول الثاني: فانه يفيد بعدم إيجاز تحديد سن الزواج[1].

والذين أجازوا تحديد سن الزواج و تقييده بسن معين وهو ما ذهب إليه الفقهاء المعاصرين منهم : فضيلة الشيخ بن عثيمين و الشيخ علامة عبد المحسن العبيكان الخضري بك ، والدكتور يوسف القرضاوي [2] وعلماء آخرون على نفس هذا القول .

لذلك نجد أن الأدلة التي اعتمدوها هؤلاء الفقهاء كانت من الكتاب و السنة ، أما التي كانت من الكتاب قوله تعالى : { وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم } سورة النساء – الآية رقم 06.. ومن هنا الدليل الذي يمكن فهمه من الآية الكريمة هو { حتى إذا بلغوا النكاح } أي يعني الحلم و البلوغ هو صلاحية كل من الزوج والزوجة للزواج وتحمل مسؤولية هذا الزواج وتبعاته كلها . أما ما جاء في السنة ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : { لا تنكح البكر حتى تستأذن و لا تثيب حتى تستأمر } ، فقيل يا رسول الله كيف إذنها ؟ قال : { إذا سكتت } .[3]

ومن خلال فهمنا لقراءة للحديث نجد أنه يقول لا يجوز زواج أ تزويج الفتاة القاصر التي لم يبغ خمس عشرة سنة (15)، حتى تكون بالغة راشدة، حتى يتسنى أخذ إذنها و مشورتها و ذلك لا ينطبق على من لم تبلغ خمس عشرة (15).

ومن خلال ما تقدم نجد أن حكم تحديد سن الزواج يهدف إلى تحقيق المصلحة للزوجين بحيث أنهما في هذا السن يمكن أن يدركا مسؤولية الزواج والواجبات التي عليهم الالتزام بها ، وكذلك بالنسبة لإنجاب الأطفال حيث أن الزواج المبكر ينتج عنه أضرار نفسية و جسمية وفسيولوجية

[1] زواج القاصر بين الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري –لخذاري لعلالي – جامعة محمد خيضر بسكرة – مذكرة ماستر 2022/2021 – ص 55.

[2] نفس المرجع – ص 55.

[3] نفس المرجع – ص 56.

و غيرها من الأضرار الناجمة على هذا الزواج المبكر ، مما يؤدي كذلك إلى ارتفاع نسبة الولادات القيصرية و زيادة معدلات الإجهاض مما قد يؤدي إلى الموت في كثير من الأحيان .[1]

أما بالنسبة للذين أجازوا بعدم تحديد سن الزواج حيث أنهم استدلوا بالكتاب في قوله عز وجل :{ و يستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتب في يتامى النساء التي لا تؤتونهن ما كتب لهن و ترغبون أن تنكحوهن} سورة النساء – الآية رقم 126 ، و معنى ذلك في الآية الكريمة أنه حث على الزواج و رغب فيه دون تحديد للسن أي أنه لم يحدد سن معينة لجواز تزويج اليتيمة وهي ما زالت لم تبلغ سن البلوغ .

أما بالنسبة للسنة النبوية فاستدلوا بقوله عليه الصلاة و السلام : { يا علي ثلاثة لا تؤخرهن الصلاة إذا آنت ، و الجنازة إذا حضرت ، و الأيم أذا وجدت كفؤ }[2] .

يعني هنا الأيم الفتاة التي ليس لها زوج سواء كانت كبيرة أو صغيرة حيث أن الحديث نص على عدم التأخير في تزويجها متى كانت كفؤ لذلك .

وهنا نجد اختلاف بين القولين هنا قول يقول بجواز تحديد سن الزواج و القول الأخر بعدم جواز تحديد سن الزواج ، وبعد كل ما تقدم نجد أن الرأي الراجع هو القول الأول لأن جواز تحديد سن الزواج يختلف من بلد إلى آخر و كذلك اختلاف الزمان و المكان وكذلك اختلاف سن البلوغ للقاصر و ذلك لعدة أسباب منها نجد أن تحديد سن الزواج و منع القاصرات من الزواج المبكر هذا يقلل من نسبة الطلاق في المجتمعات و حماية حقوق الأطفال، ورغم وجود الزمان و المكان يؤدي إلى متن قانون يفيد بتحديد سن الزواج.

[1] زواج القاصر بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري –لخذاري لعلالي – جامعة محمد خيضر بسكرة – مذكرة ماستر 2022/2021 – ص 57.

[2] نفس المرجع السابق 57.

المطلب الثاني: معايير تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية

إن الزواج من الأمور الجدية التي لا يمكن الهزل أو التأويل فيها ، لذلك يجب أن يكون الشخص سواء الرجل أو المرأة المقبلين على هذا الزواج بالغين لذلك نجد أن معايير تحديد سن الزواج يقوم على معيارين أساسيين هما : البلوغ بالسن ، و البلوغ بالعلامات الطبيعية .

1.البلوغ بالسن :

لغة : بلغ أي وصل إليه وانتهى والبلوغ يعني الوصول إلى الشيء ، والبلوغ يعني كذلك الإدراك أي المشارفة على الوصول إليه .

اصطلاحا: يقصد بالبلوغ الحلم ، أي وصول الصبي إلى مرحلة لم يعد فيها صغيرا ، فإذا لم يكن الإنسان قد حلم قبل الخامسة عشرة سنة كان البلوغ هو تحديد هذا العمر عند غالبية الفقهاء بتحديد السن عند الكبير و الصغير هو بخمس عشرة سنة بالاعتماد على حديث الرسول (ص) عن نافع ، عن ابن عمر ، قال : { عرضني رسول الله (ص) يوم أخذ في القتال ، و أنا لبن أربع عشرة سنة ، فلم يجزني و عرضني يوم الخندق و أنا ابن خمس عشرة سنة ، فأجازني قال نافع : فقدمت على عمر بن عبد العزيز ، وهو يومئذ خليفة فحدثته هذا الحديث ، فقال : إن الحد بين الكبير و الصغير }[1]، لأن تحديد السن في عقد الزواج بالنسبة للفقه علامة البلوغ .

ونجد أن مسألة تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية أثارت جدلا كبيرا بيت الفقهاء في مدى جواز تزويج القاصر الذي لم يبلغ السن لذلك نجد أن الفقهاء قسم إلى عدة اتجاهات:

الاتجاه الأول : وفيها أجاز هذا الاتجاه تزويج الولي للفتاة القاصر و استدلوا في ذلك بالآية : { و اللائي لم يحضن } سورة الطلاق – الآية رقم 04 و يقصد بها هنا أن الله عز وجل جعل عدة الصغيرة التي لم تحضن ثلاثة أشهر و العدة لا تكون إلا بعد عقد الزواج فدل ذلك على صحة عقد هذا

[1] عقد الزواج (دراسة مقارنة) – عيسى حداد – منشورات جامعة باجي مختار – عنابة – 2006 – ص 84-85.

الزواج ، و هذا ما أكده الإمام البخاري من خلال ما جاء في الآية الكريمة حيث أنه جعل عدتها ثلاثة أشهر قبل البلوغ ، وهذا ما رواه البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها و أرضاها : " أن النبي صلى الله عليه وسلن تزويجها وهي بنت ست سنين و أدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا " .

الاتجاه الثاني : وهذا الاتجاه يمنع تزويج القاصر قبل سن البلوغ و هذا ما أكده كل من ابن شبرمة ، وعثمان البتي ، و أبو بكر الأصم و استدلوا في ذلك قوله تعالى : { وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم }[1] ، حيث أن وجه الدلالة في الآية الكريمة أنها جعلت بلوغ النكاح علامة على انتهاء الصغر ، حتى و لو جاز النكاح قبل البلوغ .

الاتجاه الثالث : هذا الاتجاه أكد على الإباحة حيث أنه يجوز لولي الأمر تقييد المباحات للضرورة أو المصلحة و الذي أخذ بهذا الرأي الفقيه المغربي علال الفاسي ، و علل تحديد سن الزواج ب 15 سنة لأن هذا التحديد يرمي إلى التقليل من مخاطر و أخطار الزواج المبكر ، واعتبر هذا مستحسنا لأنه مبني على اعتبارات طبية لا تبطل العقد حيث يبرمه الولي وفق الضوابط الشرعية ، وفي الأخير تماشيا مع الرأي الثالث نجد أن معظم التشريعات العربية قد عمدت إلى تحديد سن الزواج في قوانينها و منعت عقد أي زواج دون بلوغ كل من الطرفين السن القانوني لذلك ، إلا في الحالات الاستثنائية و ذلك بعد الحصول طبعا على إذن قضائي.

[1] إشكالية التحديد القانوني لسن الزواج في قانون الأسرة – مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية – المجلد 08 العدد 01 / سنة 2022– ص 714 –جامعة غليزان – الجزائر (عليان حدة).

2.البلوغ بالعلامات الطبيعية :

إن البلوغ بالسن يتحقق بظهور العلامات الطبيعية حيث أن هذه العلامات يمكن أن تكون مشتركة بين الذكر و الأنثى، كما يمكن أن تكون تخص البنات فقط.

أولا : العلامات المشتركة بين الإناث و الذكور

أ. **الاحتلام** :وهو المني من الذكر الرجل أو من الأنثى[1]، ومن أدلة ثبوت حصول البلوغ بالاحتلام ما جاء في قوله تعالى : { و إذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلكم كذلك يبين الله لكم آياته و الله عليم حكيم } سورة النور – الآية 57. ، وهذا يعني أن الصغار إذا بلغوا كانوا يستأذنون في العورات لذلك إذا بلغوا الحلم يجب عليهم الاستئذان و هذا دلالة واضحة على بلوغ الصغار يكون بالاحتلام .

ب. **الإنبات** : وهو إنبات الشعر الخشن حول القبل الذكر و الأنثى و الإثبات البلوغ بالإنبات ما جاء في السنة النبوية الشريفة : حدثنا زهير بن حرب ، حدثنا عبد الرحمان بن مهدي عن شعبة ، وبهذا الإسناد، وقال في حديثه : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : { لقد حكمت فيهم بحكم الله ، وقال مرة : لقد حكمت بحكم الملك}.[2]

ثانيا: العلامات التي تخص الإناث فقط

أ. **الحيض:** وهو خروج الدم من الموضع المعتاد في الأنثى،و الأنثى هنا لا تحيض إلا إذا كانت بالغة، لذلك فأن ظهور الحيض دليل على بلوغها.

ما روته عائشة رضي الله عتها أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله (ص) و عليها ثياب رقاق ، فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال : { يا أسماء إن امرأة إذا

[1] زواج القاصر في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري – شلال كاهينة– جامعة آكلي محند أولحاج البويرة – سنة 2015/2014–ص 67.

[2] نفس المرجع السابق – ص 68.

بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا و هذا ، و أشار إلى وجهه وكفيه }[1] ، ومعنى ما جاء في الحديث أن يجب على المرأة ستر عورتها ببلوغ الحيض .

ب. **الحبل** : هو نزول المني من المرأة ، واختلاطه بماء الرجل ومن هنا يتكون و يظهر الحبل على المرأة و هي علامة من علامات بلوغ المرأة لقوله عز وجل : { فلينظر الإنسان ممن خلق . خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب و الترائب } سورة الطارق – الآية من 5 إلى 7.

إن الله عز وجل في قوله (خلق من ماء دافق) بمعنى المني يخرج دفقا من الرجل و من المرأة ، فيولد منها الولد بإذن الله عز وجل ، وقوله : (يخرج من بين الصلب و الترائب) و يعني صلب الرجل وترائب المرأة و هو مصدرها و هذا دليل على الحبل علامات البلوغ[2].

ومن خلال ما تم تقديمه في هذا الجزء نجد أن الاحترام و الحيض و الحبل وإنبات الشعر كلها علامات تدل على بلوغ كل من المرأة و الرجل على حد سواء وعدم ظهورها قد يكون بسبب علة خلقية أو مرض معين.

[1] زواج القاصر في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري ـــمرجع سابق –ص 71.

[2] زواج القاصر في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري –مرجع سابق – ص 70.

المطلب الثالث:الآثار المترتبة على تقييد الزواج بسن معينة في الشريعة الإسلامية

إنه في الغالب إذا تم إصدار قانون يقيد الزواج بسن معينة فإنه يترتب عليه عدة أثار و هاته الأخيرة قد تكون ايجابية و قد تكون سلبية و بالتالي فإننا في هذا المطلب سوف نتطرق إلى الآثار الايجابية و السلبية معا.

أولا :الآثار الايجابية

تتمثل الايجابية في تحديد سن الزواج في النقاط التالية :

1. حماية حقوق الأطفال : حيث أن الشريعة الإسلامية قامت بالاعتناء بالأطفال عناية فائقة و هذا يكون على مسؤولية الزوجات اللذان تكون مهمتهما هو حماية و رعاية أطفالهم و القيام بتنمية عقولهم و أجسامهم و أرواحهم والمحافظة عليهم و تربيتهم تربية صالحة ، وهذا ما أكدته الشريعة الإسلامية على أن الزواج ميثاق غليظ ، يترتب عليه الكثير من الأحكام الشرعية المتعلقة بالزواج ، لذلك نجد أنه لا يوجد مصلحة الإنجاب و الحفاظ وتربية الأطفال لأن هذا الأخير يعتبر مسؤولية كبيرة أمام الزوجين و أمام الله عز و جل .
2. تكريم المرأة و رعاية حقوقها : نجد أن الإسلام قد قرن بين الرجل و المرأة في عامة الأماكن ، فقد عرف نصيبها من رقة القلب و الوجدان ، وأنهما مناط شرف الرجل و مواطن عرضه ، فالإسلام كرم و رفع من شأنها و قدرها فهي الأم و الزوجة و البنت و الأخت ، ومن وجوه تكريمه لها أنها أتاح لها المشاركة في اختيار شريك حياتها دون إكراه ، وفي الوقت ذاته شرع الولاية في زواجها و ذلك حفاظا عليها و على مصلحتها[1] .
3. المحافظة على الهدف الأسمى للزواج : إن الهدف من الزواج هو تحقيق المودة و الرحمة و العشرة الطيبة بين الرجل و المرأة و من خلال هذا يتم تحقيق التآلف و التعاون بين الزوجين

[1] زواج القاصر في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري – شلال كاهينة– جامعة آكلي محند أولحاج البويرة – سنة 2015/2014–ص74.

على البر و التقوى لذلك نجد أن المشرع أكد على شرط الصداق و الشهادة و الولي و بلوغ السن لأن الزواج كما شرعه الله عز وجل بشروطه و أحكامه لأنه يعتبر الوسيلة الصحيحة لاستمرار نسل الإنسان.

ثانيا : الآثار السلبية

أما الآثار السلبية فتتمثل فيما يلي:

1. انتشار العلاقات غير الشرعية لأن تحديد سن الزواج الشرعي يمنع العديد من الشباب و الفتيات اللذين هم دون السن المحددة قانونيا على الرغم من أهليتهم وقدرتهم على الزواج[1].
2. اللجوء إلى التحايل على القانون و التزوير في أوراق رسمية لأننا نجد بعض الأولياء الذين يتحايلون على القانون إلى تسنين بناتهم للوصول إلى السن القانوني المحدد للزواج حتى يتمكنوا من تزويجهم و هم في سن صغيرة و هذا يعد أكبر تحايل على القانون.
3. انتشار الرشوة و يظهر ذلك في تزوير الشهادات الطبية التي تقدم من أجل عقد الزواج و تثبت أن الفتى أو الفتاة قاصرين فليلجأ الأولياء إلى تزوير هاته الشهادة لذلك نجد أن المجتمع يعاني كثيرا من دفع الرشوة لتزوير هذه الشهادة .

المبحث الثالث: مقارنة تحديد سن الزواج بين الشريعة و القانون

إن قانون الأسرة الجزائري قام بإعطاء ترخيص في تحديد سن الزواج و ذلك ما نجده في المادة السابعة و ما تم التطرق إليه سابقا ، أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فاعتمدت على تحديد سن الزواج إلى الأدلة من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة ، لذلك نجد القانون و الشريعة لم يختلفوا كثيرا في تحديد سن الزواج سواء للذكر أو الأنثى ، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلبين التاليين:

[1] زواج القاصر في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري – مرجع سابق – ص 87.

المطلب الأول : الاستثناءات من قاعدة تحديد سن الزواج في الشريعة و القانون

1. في القانون نجد أن المادة السابعة قد أجازت للطرفين الزواج قبل بلوغ السن المحدد في حالة الضرورة أو المصلحة و أعطت رخصة الإعفاء من السن القانوني لرئيس المحكمة ، أما الشريعة الإسلامية فإنها اعتمدت على البلوغ الحقيقي للطرفين ، لأن في الفقه الإسلامي لا يوجد سن معينة للزواج ، لذلك اعتمدوا على هذه الاستثناء وهو منقول على الشرائع العربية .

2. المادة السابعة أباحت للقاضي ترخيص الزواج قبل السن القانوني للزواج في حالة المصلحة أو الضرورة كالاعتداء أو الخطف هنا يتم الزواج إلا أن هذا الاستثناء يتعارض مع الشريعة الإسلامية حيث أن الشريعة تفضل أن لا يتم الزواج حتى ولو ترتب عليه [1] أضرار خاصة لأن مصلحة المجتمع أولى في مثل هذه المسائل المعقدة ، وهي تعتبر ثغرة من ثغرات قانون الأسرة الجزائري الذي لم يهتد إلى الحلول الصحيحة لمعالجة هذه الوقائع [2] .

3. إجراءات منح الرخصة للزواج في القانون اختلفت عبر المراحل كما تم ذكره سابقا و أن رئيس المحكمة هو الذي له سلطة منح الرخصة للطرفين وذلك بعد اتخاذ بعض الإجراءات اللازمة لمنح تلك الرخصة ، على عكس الشريعة الإسلامية التي اعتمدت على شقين في عقد الزواج شق ديني و يتعلق بالحقوق الشرعية ، والواجبات الملقاة على طرفي العقد لتحقيق المقاصد الشرعية [3] ، و شق دنيوي يتعلق بإنشاء أسرة صالحة لخدمة المجتمع الإسلامي حتى نستطيع أن نقر أن هذا الزواج مبني على أسس سليمة .

---

[1] عقد الزواج (دراسة مقارنة) – عيسى حداد – مرجع سابق – ص 109.

[2] نفس المرجع السابق – ص 113.

[3] تحديد سن الزواج في قانون الزواج الأندوسي(دراسةمقاصدية) – بحث علمي –هودياز اسماني – كلية الإمام الشافعي للدراسات الإسلامية –جمبر 2021/ 1442هـ – ص 50 .

المطلب الثاني:الآثار المترتبة على تقييد سن الزواج في الشريعة و القانون

أولا :الآثار الايجابية

1. التقليل من نسبة الطلاق المرتفعة ، لأن الزواج المبكر يعتبر أحد أسباب ارتفاع نسبة الطلاق في المجتمع ، ولا يعتبر الشخص الذي أقل من 19 سنة ناضجا و مستعدا لبناء أسرة لأن ذلك العمر يدخل في سن المراهقة أو الطفل ، حيث أن النضج في التفكير ضعيف وهذا ما تم تأكيده بالنسبة للقانون أو الشريعة الإسلامية[1] ، حيث أن الشريعة الإسلامية كان هدفها من تحديد سن الزواج هو حفظ الدين و حفظ النسل .
2. حماية حقوق الطفل حيث أن الشريعة كان لها دور كبير في الاعتناء بالأطفالو القانون كذلك كان له دور في حماية حقوق الأطفال حيث أننا نجد في كثير من الدول تأسيس منظمات خاصة لحماية حقوق الطفل.
3. تحقيق الهدف الأسمى من الزواج وهو تحقيق المودة و الرحمة و العشرة الطيبة بين الزوجين ، هذا ما أكدته الشريعة لذلك نجد أن القانون أكد على نفس الشيء و الدليل على ذلك نجد أن المشرع أكد على شرط الصداق و الشهادة و الولي و بلوغ السن ، كما شرعه الله سبحانه و تعالى.

ثانيا :الآثار السلبية

1. بالنسبة للقانون نجد من الآثار السلبية التحايل على القانون و ذلك عن طريق اللجوء إلى تزوير أوراق رسمية ، و هذا كذلك ما نجده في الشريعة حيث أن النبي (ص) بين لنا الضابط في الزواج ، فقال صلى الله عليه و سلم : { يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج ، فإنه

[1] زواج القاصر في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري – مرجع سابق -ص74

أغض للبصر ، و أحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له جاء }[1]، فالزواج يحث عليه الشرع و يرغب فيه .

2. انتشار الزواج العرفي من المواضيع التي أحدثت ضجة ونقاشا واسعا وكبيرا على المستوى الفقهي و القانوني ، فهو من بين المشاكل التي طرحت نفسها بقوة على أرض الواقع حتى أصبح ظاهرة متفشية في مختلف فئات المجتمع ، لذلك نجد أن مشكلة الزواج العرفي كادت أن تكون كارثة أخلاقية و تشريعية و اجتماعية لما تخلفه من آثار على الزوجة باعتبارها هي الضحية الأولى و الأخيرة من هذا الزواج .

[1] نفس المرجع السابق – ص 80.

خاتمة

الخاتمة:

إذاقمنابالبحثفيقضاياالأسرةبصفةعامةنجدأنهناكأحكامثابتةأومسائللاتتغيركالمهروالنسبوالنفقة,وهن اكمسائلوأحكاممتغيرةتتغيرمعتغيرالمجتمعوالزمنمثلالزواجوالسنالمناسبلهوالطلاقوالخلعلأنهذهالوق ائعتتغيرمعتغيرالظروفوالأحوالوتماشيامعالحياةالعصريةوماتشهدهمنتطوراتسواءكانتاجتماعيةأووط نيةأوعالمية.

لذلكنجدأنكلهذهالوقائعوالتغيراتقدتأثرعلىكيانالأسرةوتزعزعهوخاصةالأسرةالجزائريةلذلكلابدمنتحسي نقانونالأسرةلسدهذهالتغيراتوالاختلافبالخصوصالمواضيعالتيفيهاثغراتقانونيةالتييمكنللشخصأنيست غلهاأويتحايلعلىالقانونوهذاماتطرقنالهفيموضوعنامنخلالماتقدمفيهذهالدراسةتوصلناإلىالنتائجالتالية :

-

تحديدمنالزواججائزومشروع,ولايمكننااالقولأنهحرامأوباطلوذلكلجوازثبوتهفيالكتابوالسنةالنبويةالشريفة , لكنلابدمنوضعضوابطلهذاالزواجوحصرهفيحدودمعينةوذلكللحفاظعلىمصلحةالمجتمعومراعاتها .

-إنالمشرعالجزائريوالشريعةالإسلاميةسلكوانفسالطريقبتحديدهملسنمعينةللزواجوحذوانفسالحذوفيو ضعشروطلذلك.

-المشرعالجزائريشرعزواجالقاصرلكنوضعلهاقيدليتمهذاالزواجوهوالتصريحالذييقدمهالقاضيوذلكبناء اعلىالمصلحةوالضرورة,وهذاماابتعتهالشريعةالإسلاميةوهيموافقةالوليعلىالزواج.

وبعدهاتهالنتائجالتيتوصلنااإليهايمكنناتقديمبعضالتوصياتوذلكبهدفالمحافظةعلىكيانالأسرةواستقراره اوبالخصوصالأسرةالجزائرية :

- أولايجبتطبيقمانصعليهالقانونفيالمادة 07 تطبيقاحقيقياوإحتراماالسنالمحددب- 19 سنةللزواج.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

1. أحمد دكار، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون و العرف، دار الضرب للنشر و التوزيع.
2. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية– دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
3. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مقدمة الخطبة – الزواج – الطلاق– الميراث – الوصية – الجزء الأول (زواج و طلاق) – ديوان المطبوعات الجامعية 1999
4. بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل – دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية .
5. السيد أبو عبيطة ، الزواج و الطلاق في زمن العولمة ، دار الفكر الجامعي ، أمام كلية الحقوق – الإسكندرية – سنة 2014.
6. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 04-2013.
7. العيش فضيل ، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا ، مع آخر تعديلات 2005 ، ديوان المطبوعات الجامعية .
8. جميل فخري جانم ، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون ، دار الحامد للنشر و التوزيع.
9. عبد العزيز سعد (مستشار سابق بالمحكمة العليا) ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل) سلسلة تبسيط القوانين – 5– دار هومة للنشر و التوزيع – الجزائر– الطبعة الثالثة 2011.

10. عبد القادر بن حرز الله ، أستاذ محاضر ورئيس قسم أصول الدين ، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية ، جامعة باتنة ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق و الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005) ، دار الخلدونية .
11. عليان عدة ، مخير التشريعات الدولية للبحار و أثرها على المنظومة القانونية البحرية في الجزائر ، كلية الحقوق ، جامعة غليزان ، الجزائر تاريخ الإرسال 2022/06/31، تاريخ القبول 05/17/ 2022 تاريخ النشر 2022/06/03، إشكالية التحديد القانوني لسن الزواج في قانون الأسرة الجزائري.
12. عيسى حداد ، عقد الزواج – (دراسة مقارنة) منشورات جامعة باجي مختار – عنابة 2006.
13. لحسن بن شيخ آثملويا ، قانون الأسرة (نصا و شرحا) ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، دراسة تفسيرية (المعدل و المتمم بموجب الأمر 05 / 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .
14. مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر فيالقانون ، تخصص قانون أسرة شلالكاهينة، زواج القصر في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري ، جامعة آكلي محند أولحاج – البويرة – كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قانون خاص – 2015/2014.
15. منادي مليكة بريكة ، أستاذ محاضر " أ " ، التحديد التشريعي لسن الزواج ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة سعيدة .
16. نبيل صقر ، الأستاذ قمراوي عز الدين ، قانون الأسرة نصا و تطبيقا ، دار الهدى – –عين مليلة – الجزائر .
17. نصيرة بلعبيد ، النظام القانوني لتوثيق عقد الزواج في الجزائر ، دراسة مقارنة ، المركز الجامعي بتيبازة ، معهد الحقوق و العلوم السياسية ، الجزائر ، دار الجامعة الجديدة.

18. قانون رقم 84 ـ 11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05 ـ 02 المؤرخ في 27 فبراير 2008 ج. ر عدد 15 مؤرحة في 27 فبراير 2005 .
19. هوديارساني ، تحديد سن الزواج في قانون الزواج الإندونيسي ، دراسة مقاصدية، بحث علمي مقدم لقسم الأحوال الشخصية بكلية الإمام الشافعي للدراسات الإسلامية 1442/2021 هـ .
20. يوسف دلاندة ، محامي معتمد لدى المحكمة العليا و مجلس الدولة ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق) ، دار هومة للنشر و التوزيع – الجزائر – الطبعة الثانية 2008.

فهرس المحتويات

الخطة

مقدمة ص01

الفصل الأول: ماهية الزواج في القانون الجزائري.....ص05

المبحث الأول: مفهوم الزواج.....ص06

المطلب الأول: تعريف الزواج في اللغة و الفقه.....ص07

المطلب الثاني: مفهوم الزواج في القانون الجزائري.....ص09

المبحث الثاني: الأهلية في عقد الزواج في القانون الجزائري.....ص11

المطلب الأول: مفهوم الأهلية في عقد
الزواج.....ص12

المطلب الثاني: الرشد و البلوغ في عقد الزواج في القانون الجزائري.....ص15

المبحث الثالث: الولاية في عقد الزواج في القانون الجزائري.....ص16

المطلب الأول: مفهوم الولاية و أنواعها.....ص 17

المطلب الثاني: الولاية في القانون الجزائري.....ص 22

الفصل الثاني: تحديد سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري و الشريعةالإسلامية...ص25

المبحث الأول: تحديد السن القانوني للزواج..... ص 26

المطلب الأول: مشروعية تحديد السن القانوني للزواج.....ص26

المطلب الثاني: شروط السن في أهلية الزواج.....ص 30

المطلب الثالث: الاستثناء من قاعدة تحديد سن الزواج.....ص 34

المبحث الثاني: تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية.....ص40

المطلب الأول:حكم تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية.....ص41

المطلب الثاني: معايير تحديد سن الزواج في الشريعة الإسلامية.....ص43

المطلب الثالث:الآثار المترتبة على تقيد الزواج سن معينة في الشريعة الإسلامية....ص47

المبحث الثالث: مقارنة تحديد سن الزواج بين الشريعة و القانون.....ص48

المطلب الأول: الاستثناءات من قاعدة تحديد سن الزواج في الشريعة ص49

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تقييد سن الزواج في الشريعة و القانون.....ص50

خاتمة ص53

قائمة

المراجع.....ص55

الفهرس ص57

ملخص الدراسة

الملخص:

يعتبر سن أهلية الزواج شرط جوهري وأساسي لصحة عقد الزواج حيث اعتبره المشرع الجزائري عقد رضائي وذلك وفقا لقانون 84 / 11 سن الزواج محدد ما بين 21 سنة بالنسبة للرجل وسن 18 سنة بالنسبة للمرأة و بموجب التعديل الأخير 11/05 تم توحيد سن أهلية الزواج تطابقا مع سن الرشد المدني بالنسبة للمرأة والرجل إلا أنه أورد استثناء على سن أهلية الزواج إذا أنه يمكن لمن هم دون السن القانوني أن يبرم عقد الزواج بمجموعة الشروط والقيود نص عليها المشرع الجزائري وذلك إذا توفرت المصلحة أو الضرورة والقدرة وفقا للسلطة التقديرية للقاضي ومتى تأكد قدرة الطرفين على الزواج يتم قبوله أو رفضه وهذا الحماية ورعاية مصالح القصر.

Abstract:

The age of eligibility for marriage is considered an essential and fundamental condition for the validity of the marriage contract, as the Algerian legislator considered it a consensual contract, according to Law 84/11. The age of marriage is set between 21 years for men and 18 years for women. According to the latest amendment 05/11, the age of eligibility for marriage was unified in accordance with the age of civil majority for women and men, but an exception was made to the age of eligibility for marriage, as those under the legal age can conclude a marriage contract with a set of conditions and restrictions stipulated by the Algerian legislator, if the interest, necessity and ability are available, according to the discretionary authority of the judge. When the ability of the two parties to marry is confirmed, it is

accepted or rejected. This is the protection and care of the interests of minors.