وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

– المركز الجامعي نور البشير – البيّض

معهد الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

التخصص: قانون اسرة

الموسومة بـــــــ :

السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر

دراسة مقارنة

من إعداد الطالبتين :

- بالسايح حسناء
- مقدم مريم

إشراف الدكتور:

زايد محمد

لجنـــــة المنـــاقشـــــــة

▪ الأستاذ	بن عزوز	المركز الجامعي نور البشير البيض	رئـــيسا.
▪ الأستاذ	زايد محمد	المركز الجامعي نور البشير البيض	مشرفا .
▪ الأستاذ	خالدي ثامر	المركز الجامعي نور البشير البيض	عضوا مناقشا.

الموسم الجامعي : 2022/2021.

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

كلمة شكر

الحمد والشكر لله عز وجل على إعانته الانجاز هذه المذكرة

وأقدم شكري الجزيل إلى الدكتور زايد محمد الذي قام بالإشراف على انجاز مذكرة تخرجي ،والذي كان له فضل الكبير في إرشادي وتوجيهي من اجل انجاز هذا العمل كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى جميع أساتذتي الكرام على مدار جميع المسار الدراسي كما لا ننسى جميع موظفي المكتبات الجامعية الذين ساعدوني على انجاز المذكرة وكل من ساعدني من بعيد او قريب لكم جزيل الشكر والعرفان

الإهـــــداء

إلى جنتي في الأرض

ومالكي في الحياة من حملتني وهن على وهن وسقتني من نبع حنانها وكان دعائها سر توفيقي ونجاحي امي الحبيبة أطال الله في عمرها

الى جدتي الغالية اطال الله في عمرها

إلى من احمل لقبه بكل فخر واعتزاز أبي العزيز اطال الله في عمره إلى توئم روحي اختاي

صابرين وسندس

إلى سندي في الحياة أخي محمد

إلى أخي الثاني زياد عبد اللطيف

إلى كل أهل والأقارب إلى كل أصدقائي وزملائي

إلى كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم صفحتي

إلى كل هؤلاء اهدي ثمرة جهدي

حسناء

الإهداء

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات و بفضله تنال المطالب و الرغبات الى من لهما الفضلُ عليا من بعد

الله سبحانه و تعالى والديَّ العزيزين تخرجي و ثمرة تعبي و جهد الاعوام أهديه نجاحي أولا الى من سهرت وتعبت وبذلت و بخير دعائها وفقت الى حبيبة قلبي الى مَن تملكُ جنةً تحتَ القَدَم أمي حبيبتي كلُّ معاني الشكر و التقدير لا توافي شكرك و لا تجاوزُ القدَم الى والدي الى من تعب و كد و عمل الى من يرى أصغر نجاح لي فيعظم في عينه و يصنع منها فرحة لا تضاهيها فرحة ... الى أخواتي مصدر بسمتي و سعادتي ايت و ابتهال الى توأمي روحي زينب الى اخوتي محمد و يوسف... إلى جدتي العزيزة أعظم الابواب البر و الدعاء والدة أمي الى روحي جدتي و فقدتي قلبي رحمكُ الله برحمته الى ميمة مربيتي غاليتي أهديها فرحتي و نجاحي الى جميع عائلتي و احبتي و صديقاتي ... الى عائلتي ثانية الى والدا زوجي أمي و ابي حفظهما الله الى اخوتي و اختاي اقاسمكم فرحتي و سعادتي بهذا اليوم الى مسكُ الختام و رفيقي دربي و انسي الى زوجي سندي ادامكُ الله لي و حفظكُ بحفظه ...الى اساتذتي و اخص بالذكر استاذي الفاضل زايد أحمد الى كل زملائي و في

معهد الحقوق و علوم السياسية

مريم مقدم

قائمة المختصرات:

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.م: قانون مدني.

ق.ع: قانون عقوبات.

ق.إ.م.إ: قانون إجراءات مدنية و الإدارية

م.ع: المحكمة العليا.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

د.ط: دون طبعة.

د.م.ن: دون مكان النشر.

د.ت.ن: دون تاريخ النشر.

ج: الجزء.

ص: صفحة

مقدمة

تعتبر الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة القرابة والزوجية، هذه الأخيرة شرعها الله قبل القوانين الوضعية في قوله تعالى (**ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**).[1]

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة الزواج والطلاق وما يترتب عليهما من آثار في قانون الأسرة رقم 11/84المؤرخ في 1984/06/09المعدل و المتمم للأمر 02/05 المؤرخ في 2005 /02/27

إذ حدد سن الأهلية في المادة 89من القانون المدني، وهو نفس سن أهلية الزواج الذي اعتمده قانون الأسرة في المادة 2 منه و هو 19 سنة ، غير أنه يمكن الترخيص بالزواج قبل ذلك وهذا
الترخيص يكون من القاضي، كما أن العلاقة الزوجية قد تعتريها بعض المشاكل مما يؤدي بالزوجين إلى اللجوء إلى القضاء لطلب الطلاق، مما يدفع بالقاضي للتدخل في حل النزاع المعروض من خلال تطبيق النصوص الموجودة، على الوقائع المعروضة عليه وهذه الحالة لا تطرح أية مشكلة، غير أن المشكلة تثور عندما لا يوجد نص يحكم الواقعة المعروضة على القضاء، ففي هذه الحالة على القاضي عملا بقواعد العدالة والإنصاف أن يعمل نشاطه الذهني لإيجاد حل يحقق العدل لجميع الأطراف في إطار ما يعرف بالسلطة التقديرية.

ومن هنا كان لزاما علي التطرق إلى مفهوم السلطة التقديرية للقاضي، ويلاحظ أن هذه الكلمة مركبة من مصطلحين (السلطة والتقدير)، مما يدفعني إلى تحديد تعريف كل مصطلح على حده، قبل التطرق إلى مفهوم السلطة التقديرية.
تعرف السلطة في اللغة بأنها" سلط : السلاطة والقهر وقد سلطه الله، فتسلط عليهم والاسم سلطة بالضم، ورجل سليط أي فصيح حديد اللسان، والسلطان الحجة والبرهان والسلطان إنما سمي سلطانا لأنه حجة الله في أرضه، قال تعالى "فنفذوا لا تنفذون إلا بسلطان" والسلطان الحجة، ولذلك قيل للأمراء سلاطين لأنهم الذين تقام بهم الحجة والحقوق[2].

أما في الاصطلاح فهي"لا تخرج عن القوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله على وجه الالزام "،1أما التقدير فيعرف في اللغة بأنه "القدر، محركه: القضاء والحكم، ومبلغ الشيء. والقدر الغنى واليسار والقوة، كالقدرة والمقدرة، وتدبير الأمر: قدره بقدره، وقياس الشيء بالشيء. والتقدير التروية والتفكير في تسوية أمر[3]

أما اصطلاحا فهو" تبيين كمية الشيء، وهو من المعاني اللغوية، والتقدير تحديد كل مخلوق بحده الذي يوجد فيه."

---

[1] -الروم الآية .1
[2] -ابن منظور، لسان العرب، دار صادر ، بيروت ، ص 320- 321
[3] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط ،4مؤسسة الرسالة، بيروت 2005 ، ص 460

والسلطة التقديرية: تدل على القوة والصلاحية التي تمنح لمعين للقيام بتقدير أمر ما، بالتفكير فيه بحسب نظر العقل ومقايسته على أمور اخرى"

والسلطة التقديرية للقاضي هي: "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايسة، لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي [1]

كما تعرف بأنها"الوسيلة التي منحها المشرع للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعته في البحث عن الحقيقة، واحقاق الحق وتحقيق العدالة[2]

وتجدر الإشارة أن منح القاضي سلطة تقديرية تنازعه اتجاهان: الأول ينكر كل سلطة تقديرية للقاضي، مؤسسين ذلك على أن إباحة النشاط التقديري للقاضي عند ممارستة لولاية القضاء، يؤدي إلى كثير من التضارب وعدم الاستقرار في العمل، فضلا عن إفساح المجال لتحكم القضاة مما يؤدي إلى ميل ميزان العدالة.

أما الثاني فهو اتجاه وسط يبيح السلطة التقديرية بقيود معللا ذلك بأن العمل القضائي وليد النظام القانوني، ولذلك يكون مقيدا بقواعد مما ينبغي استبعاد مسألة تمتيع القاضي بسلطة

تقديرية كاملة أو مطلقة، أي أن سلطة القاضي معلقة على شرط احترامه لقواعد الإثبات وطرق التحقق المبينة في القانون[3].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع منحه سلطة تقديرية في أغلب مواده، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فالمتمعن فيه يجد سلطة القاضي حاضرة في جميع المجالات سواء قي الزواج أو الطلاق أو النيابة الشرعية، ففي الزواج منحه سلطة تزويج القاصر. وهذا هو موضوع درستنا .

أهمية الموضوع :

يكتسي موضوع السلطة التقديرية للقاضي أهمية بالغة من حيث أنه يساعد في سد الكثير من الثغرات الموجودة في القانون، سواء في حالة عدم وجود النص القانوني أو في حالة عدم قطعيته، وذلك من خلال سلطة القاضي في إيجاد الحلول المناسبة، عندما تعرض عليه قضية تكون القاعدة القانونية غامضة وغير واضحة.

أسباب اختيار الموضوع:

[1] محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط ،1دار النفائس للنشر، الأردن، 2007 ، ص 80 ،81

[2] أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، ط ،1دار القلم، الرباط، 08.، ص09 ،10

[3] أحمد الأمراني، المرجع السابق ، ص 27.

لقد اخترت هذا الموضوع عن اقتناع ورغبة في معرفة المقصود من السلطة التقديرية، إضافة إلى الرغبة في الإحاطة بمجالات تدخل القاضي في قانون الأسرة، وكذا معرفة حدود وضوابط سلطة القاضي في مجال تزويج القاصر . و الآثار المترتبة عن الإذن القضائي بهذا الزواج .

أهداف البحث:

تتمثل أهداف هذه الدراسة في:

ـ إعطاء القارئ ولو لمحة بسيطة عن السلطات المخولة للقاضي من خلال قانون الأسرة.

ـ محاولة الإحاطة بموضوع السلطة التقديرية للقاضي في قانون الأسرة تحديدا في زواج القاصر .

إشكالية البحث:

يطرح هذا البحث إشكالية مفادها:

فيما تتمثل سلطة القاضي في تزويج القاصر والى أي مدى يمكن تدخل القاضي في ذالك ؟

المنهج المتبع:

للاجابة على الإشكالية السابقة اتبعت المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل المواد القانونية ومحاولة الوقوف على سلطة القاضي في كل موضوع، كما اعتمدت على المنهج المقارن من خلال مقارنة بعض الأحكام الواردة في قانون الأسرة بالشريعة الإسلامية.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى فصلين خصصنا الفصل الأول لدراسة عموميات حول اهلية القاصر في الزواج أو الإطار المفاهمي لأهلية القاصر في الزواج ، وهذا الفصل قسمنه الى مبحثين :

المبحث الأول تناولنا أحكام الأهلية وولاية تزويج القاصر وفي المبحث الثاني تناولنا دور السن في إبرام عقد الزواج القاصر ، وكل مبحث مقسم إلى مطلبين .

أما الفصل الثاني فقد تم تخصيصه لدراسة حدود ومجال تدخل القاضي في تزويج القاصر ،وهذا الفصل قسمنه إلى مبحثين فتنولنا في المبحث الأول السلطة القضائية في إبرام عقد الزواج القاصر

أما المبحث الثاني إجراءات وانعكاسات الإذن القضائي ، وكل مبحث مقسم إلى مطلبين .

الفصل الأول : عموميات حول أهلية القاصر في الزواج

تمهيد:

لا يختلف المسلمون في مشروعية الزواج، وأن الأصل فيه الوجوب لمن خاف على نفسه العنت والوقوع في الفاحشة لاسيما مع رقة الدين، وكثرة المغريات، إذ العبد ملزم بإحصان نفسه وصرفها عن الحرام، وطريق ذلك الزواج، ولهذا إستحب العلماء للمتزوج أن ينوي بزواجه إصابة السنة، وصيانة دينه وعرضه فالزواج صلة شرعية تبرم بعقد بين الرجل والمرأة بشروطه وأركانه المعتبرة شرعا،ولأهميته قدمه كثير المحدثين والفقهاء على الجهاد، ولأن الجهاد لا يكون إلا بالرجال، ولا طريق له إلا بالزواج، وهو يمثل مقاما أعلى في إقامة الحياة وإستقامتها، بما ينطوي عليه من المصالح العظيمة، والحكم الكثيرة والمقاصد الشريفة.

وفي هذا الفصل سنتطرق إلى مبحثين :

- **أحكام الأهلية و ولاية تزويج القاصر (المبحث الأول).**
- **دور سن في إبرام عقد الزواج (المبحث الثاني).**

المبحث الأول : أحكام الأهلية وولاية تزويج القاصر

تعد الأسرة النواة الأولى لبناء المجتمع ، فلكل أسرة عماد لها وهما الزوجين حيث اعتنى بهما الإسلام أعظم عناية.كما خلق ضوابط لبناء الأسرة المسلمة التي تتمثل في حرية اختيار الزوجين اللذان يقوما في بناء أسرة ورعايتها.

ومن هذا المنطلق سوف نتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين

ماهية القاصر في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري" المطلب الأول ".

ولاية تزويج القاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون "المطلب الثاني" .

المطلب الأول : ماهية القاصر في الشريعة الإسلامية و التشريع

تعتبر الأسرة أساس المجتمع الصالح، لا تكون إلا بزوجين صالحين قادرين على تحمل أعباء الزواج ومسؤولية هذا الرباط الغليظ، لذلك شرع الله عز وجل لها أحكاما ونظما لتكوينه وإنشائه سليما، من هذا المنطلق يمكن إدراك أهمية موضوع زواج القصر لأنه يكون خلية من المجتمع فإذا صلحت هذه الخلية صلح المجتمع وإذا فسدت فسد المجتمع، وبقدر ما هو مهم فهو حساس بالنظر إلى طرفي هذا الزواج وهم القصر الذين يمثلون الطبقة الحساسة في المجتمع حيث سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم القاصر وفق الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري.

الفرع الأول : مفهوم القاصر في الشريعة الإسلامية

والإنسان كائن مفعم بالمواهب والطاقات التي تكون عوامل بناء وإعمار إذا ما وجهت وألجمت بلجام الشريعة، وتكون عوامل هدم ودمار إذا أهملت، وتركت للشهوات والنزوات. وكما قيل سلامة البناء من سلامة الأساس، فمرحلة الطفولة هي المرحلة الأساس في تكوين الإنسان عقلا وروحا؛ لذا أولها الإسلام من العناية ما يكون كفيلا بضمان نشأة جيل مسئول لأمة مسئولة، وقد جعل الحكماء للإنسان أطوارا، كل طور سبع سنين، وذلك تبعا لنموه الجسمي

مفهوم القاصر وفق الشريعة الإسلامية :

حيث سنقوم بتقسيم هذا الفرع إلى قسمين :

- القسم الأول : مفهوم القاصر في اللغة .
- القسم الثاني : مفهوم القاصر اصطلاحا (الشرعي).

أولا : في اللغة

جاء في لسان العرب :"(لقَصر، والقِصرَ ُ في كل شيء خلافُ الطُّولِ ، وقَصرُ الشيء بالضم.

قْصرُ ُ قِصرَ اً خلاف طال ، وقَصرَتُ من الصلاة أَقْصر - قصرْا، والقَصِيرُ خلاف الطويل والجمع قُصرَاء ، وقِصارٌ والأُنثى قصِيرة ، والجمع قِصارٌ ، والأقصرُ جمع أَقْصرَ مثل أَصْغَر وأَصاغِر ، وقَصر عن الأَمر يَقْصرُ قُصُوراً وأَقْصرَ وقَصرَّ وتَقَاصر امرأَة قاصرِةُ الطَّرْف لا تمَدُّه إِلى غير بعلها [1]).

وبنفس التعريف عرف اللغويون مادة (قصر)[2] ، مما يدل على اتفاقهم على اعتبارها تدل ، على عكس الطول وخلاف الطبيعي من الأمر.

وجاء في أساس البلاغة: (القصور بمعنى التقصير، والعجز)، ومن خلال تعريف الزمخشري للقصور يُمكن القول بأن القاصر في اللغة : (هو الشخص العاجز عن إدراك الأمور على حقيقتها لصغر سنه).

أو هو : (الشخص الذي وصل مرحلة من عمره ما زالت قاصرة عن مرحلة البلوغ).

القصر بمعنى الصغار وهو جمع صغير .والصغير بمعنى صبي يقال صبي من انا من الصغرة أي من الصغار[3] .: صبيان العرب إذا نهي عن اللعب يقال والصغر يدل على حقارة وقلة من ذالك الصغر ضد الكبير والصغير خلاف الكبير والصغار .الراضي صغرا وصغرا. ويقال أصغرت الناقة او كبرت [4].

ثانيا:اصطلاحا

من خلال دراستنا في مدلول القاصر عند فقهاء الشريعة لم نجد فيما اطلعنا عليه من كتب المتقدمين من استخدم لفظ القاصر إلا بعض النصوص منها ما ورد في الفتاوي الفقهية :

(وسئل رحمه الله تعالى عن رجل أقامه حاكم شرعي متكلما على صغير قاصر بمقتضى موت أبيه من غير وصية فأراد القيم المذكور أن يبيع عقارا...)[5].

ومنها ما جاء في فتأوي الرملي ، ما نصه **(سُئل هل يجِبُ على الرَّجُلِ الْكَسْبُ الَّذِي يَلِيقُ به لِعِيَالِهِ القَاصرين...).**

ومنها ما جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية ما نصه **(سُئِلَ في قَاضِي دِمَشْقَ أَنَّهُ زَوَّجَ قَاصرةً عُمْرهَ ا اثْنَتَا عَشْرَةَ سَنَةً وَ طَلَقَتْ فَهَلْ تَنْقَضِي عِدَّتهُا بِالأَشْهُرِ أَوْ بِالحَيْض).**

ويلاحظ أن الفقهاء درجوا على استعمال مفردات أخرى للدلالة على الصغير الذي لم يصل سن البلوغ بعد ، كلفظ الصبي ولفظ الحدث ولفظ الطفل.

- **الصبي :**

الصبي لغة: يطلق على المولود منذ ولادته إلى أن يفطم ، والجمع أصبية وصبوة وصبية .[6]

الصبي اصطلاحا : فيطلقه الفقهاء على من لم يبلغ [1]

---

[1] د.بن يحي أم كلثوم ، القاصر مفهومه وأهليته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مجلة دراسات قانونية ،جامعة بشار ،الجزائر، 2012، ص26.

[2] د.بن يحي أم كلثوم ، القاصر مفهومه وأهليته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ،المرجع السابق ص26.

[3] ابن منظور.لسان العرب المحيط، جزء العاشر، دار النوادر، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1970، ص1886.

[4] ابي الحسين احمد ابن فارس ابن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، الطبعة الأول.سوريا،دمشق،1979، ص 290.

[5] د.بن يحي أم كلثوم ، القاصر مفهومه وأهليته في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص27.

[6] د.بن يحي أم كلثوم ، القاصر مفهومه وأهليته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ،المرجع السابق، ص27.

في قول ابن عاشر رحمة الله عليه :

وَكُل تَكْليف بشَرط العقْل مَعَ البُلوغ بدَم أَوْ حَمْل

أَوْ بمَني أو بإنبَات الشعَرْ أَوْ بثَمان عَشْرة حَولًا ظَهَرْ

-الحدث :

الحدث لغة : من حداثة السن كناية عن الشباب وأول العمر ، وكل فَتيٍّ من النـاس والـدواب والإبل حدث .

الحدث في الاصطلاح : فقد عرفه الفقهاء بتعريفات متقاربة ، منها ما قالـه ابـن حجـر ،" الحدث هو الصغير السن" [2].

وقال الشاطبي :" لحدث الذي لم يستكمل الأمر بعد "[3] .

هم الذكور والإناث دون البلوغ، سواءا إن كان البلوغ بظهور العلامات الطبيعية ، كالاحتلام والحيض ، أو كان باعتبار سن معينة[4]

والصغار من لم يبلغوا الحلم أي البلوغ الطبيعي [5]

ومن هنا يمكن القول أن القاصر هو: من لم يستكمل أهلية الأداء، سواءا كان فاقدها ،كصغير المميز، أو ناقصها كالمميز.

و يمكن ربط مصطلح زواج القصر بمصطلح الزواج المبكر فتختلف تعاريف هذا الأخير

باختلاف النظرة إلى سن الزواج ،من حيث النمو العقلي والجسدي والعاطفي، ومن بين هذه التعاريف :

الزواج المبكر :هو زواج في سن أقل من 19سنة، ويعرف أيضا بأنه الزواج الحاصل في سن تسبق إكتمال النمو الجسدي للفتاة، علما بأن النمو الجسدي يتم ما بين 18 إلى 20 عاما. [6]

يقصد بالقاصر في الفقه كل شخص لم يبلغ الحلم أو الرشد. وقد اطيبقت عليه: تسميات أخرى كالصبي أو الصغير أو الطفل .(3)

لقوله تعالى "وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ" (59)7

---

[1] العلامة محمد ابن احمد الفاسي ، مختصر دور الثمين المعروف باسم الميارة الصغرى ، اعتناء دكتور رابح زروطي سلسلة الفقهية المالكية الطبعة الأولى ، ص 04.

[2]الإمام الحافظ ابن حجر العسقلاني ،الأسماء والصفات ،دار الأندلس للطبعة والنشر ،ص 199.
[3] الإمام الشاطبي ، كتاب نظرية المقاصد، المعهد العالمي الفكر الإسلامي ، تنسيق احمد الريوني،ص276.
[4] سها ياسين عطا القيسي، زواج الصغار في ضوء تحديد السن الزواج، مذكرة لنيل درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية ، كلية الشريعة والقانون، غزة، فلسطين، ،2010ص.12.
[5] عبد الناصر توفيق العطار، الوسيط في أحكام الأسرة، الطبعة الأولى، المكتبة الأزهرية لتراث، مصر، ،2010ص7.
[6] مقال بعنوان ظاهر الزواج المبكر، الموقع الإلكتروني2011,Po-lestine& information, urfo, www,urfioinfo.Ps
[7] سورة النور الآية 59.

ويقصد به ايضا كل من الذكور والإناث دون البلوغ.سواء إن كان البلوغ بظهور العلامات الطبيعية كالاحتلام والحيض.أو كان باعتبار سن معينة .[1]

الفرع الثاني : مفهوم القاصر في القانون

أغلب قوانين الدول العربية قد أجمعت على إطلاق مصطلح قاصر على الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد سواء كان مميزا أو غير مميز فهو قاصر، وهناك فئة خاصة من الأشخاص يأخذون صفته نظرا لإصابتهم بأحد العوارض التي تصيب العقل فتؤدي إما لانعدام أهليتهم أو لنقص أهليتهم أو لتعارضهم لأحد موانع الأهلية فلا يمكنهم ممارسة حقوقهم القانونية بسبب ذلك المانع[2] ،وفي هذا الفرع سنطرح مفهوم القاصر وفق التشريع الجزائري:

القاصر هو الشخص الذي لم تظهر عليه علامات البلوغ ، و لم يدرك عقله حالة الرشد ، و الرشد يراد به " القدرة على تدبير الأمور المالية ، و استغلال الأموال استغلالا حسنا ، و يراد به ، صلاح العقل ، و حفظ المال ، لذا يقصد بالرشد القدرة على استغلال الأموال ، و حسن التصرف فيها" [3].

تطلق عبارة "حداثة السن "على مرحلة الطفولة وهي مرحلة الأولى من عمر الشخص ، وهي كناية عن مرحلة أول العمر[4].

بل إن مفهوم القاصر (الحدث) في ظل النظام القانوني الواحد وفي الدولة الواحدة قد يختلف من قانون لآخر ، فوصف القاصر (الحدث) في القانون المدني الج ا زئري ينطبق على كل شخص لم سن الرشد المدني والمحدد بتسعة عشر سنة[5]

وبهذا يطلق على الشخص وصف حدث (قاصر) طيلة الفترة الممتدة منذ ولادته حتى لم بلوغه سن الرشد التي حددها القانون.

وعرف فقهاء القانون القاصر بأنه : (من لم يبلغ سن الرشد القانوني) [6]

أو هو : " الشخص الذي يتمتع بقدرة قاصرة على فهم الخطاب لعدم اكتمال عقله" [7]

وعرف أيضا في قانون الأسرة الجزائري :

دونما الخوض في أهم التعديلات التي جاء بها قانون الأسرة من إسقاط الركنية على الولي ، وتعديل مواد الولاية في عقد النكاح ، و إلغاء المادة الثانية من نفس القانون ، نتيجة ضغوطات الجمعيات النسوية ، و مهاجمتها لقانون الأسرة رقم 84-11 المعدل والمتمم.

---

[1] هبيرات أمنة .توثيق عقد الزواج وأثره على أحكام الأسرة .مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر،بسكرة ،الجزائر ،2015،ص 6.

[2] نواري منصف، الوصاية على القاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد خيضر،2015،ص 25.

[3] حداد عيسى، عقد الزواج ، دراسة مقارنة ، د.ط ، منشورات جامعة باجي مختار ، الجزائر، 2006، ص 45.

[4] ابرهيم التشيم،يعرف بعض الفقهاء القاصر أو الحدث على أنه كل شخص لم يبلغ السن المنصوص عليها قانونا لبلوغ الرشد ئي لجنائي، 2016 ، ص 03 .

[5] يكون الرشد المدني بتمام 19سنة كاملة ، إذ تنص المادة 40 من الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني الجزائري (ق .م.ج) والمنشور في (ج ر ج ج د ش) عدد 78 الصادر 1975/09/30. المعدل والمتمم عدت مرات أهمها بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 ه الموافق 13 ماي 2007 والمنشور في (ج ر ج ج د ش) عدد 31 الصادر في 13 ماي 2007 .."وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ".

[6] د.بن يحي أم كلثوم ، لقاصر مفهومه وأهليته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، المرجع السابق، ص28.

[7] كمال حمدي،الأحكام الموضوعية في الولاية على المال،بدون رقم طبعة،القاهرة،منشاة المعارف،ص 17

إن القوانين الوضعية لم تتعرض لتعريف القاصر تعريفا واضحا إلاّ ما ورد ضمنيا في قواعد قانونية أخرى [1] فالقاصر حسب التقنين المدني هو كل شخص ذكر أو أنثى الناقص الأهلية لعدم اكتمال رشده

و قدرته على تمييز ما فيه مصلحة له ، أي لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني ، و هذا حسب ما جاء في نص لمادة 40من ج.م.ق السابقة الذكر [2].

و لقد وضع المشرع الجزائري في القانون المدني أن فترة القصر تنقسم إلى فترتين مترابطتين ، الأولى يكون فيها الشخص قاصرا غير مميز و هي تمتدّ منذ الولادة حيا إلى ما قبل بلوغ سن التمييز المحددة ببلوغ 13سنة كاملة ، و الثانية يكون فيها الشخصّ قاصرا مميزا إذا بلغ
الشخص سن 13سنة و لم يبلغ 19سنة.

المطلب الثاني : ولاية تزويج القاصر بين الشريعة الإسلامية و القانون

بسبب انعدام أو نقص الأهلية عند القاصر يكون عاجزا عن ممارسة التصرفات القانونية بنفسه ، إذ لا يستطيع القاصر تمييز ما في مصلحته ، نظرا لعدم اكتمال عقله ورشده ، فليس من العدل تركه يتصرف في أمواله لذا لابد من ضوابط تحد من تصرفاته المالية ، وذلك بفرض النيابة الشرعية دارته .

يعرف الصبي الصغير على انه لا يعرف مصلحة نفسه لا في الزواج ولا حتى من يختارها للزواج فقد منع الفقهاء مباشرته عقد الزواج لنفسه بنفسه ، ووعو الأمر تحت صرف الولي ، والمشرع الجزائري حاول ان يحذو حذوا لشريعة الإسلامية ذالك وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب حيث :

- مفهوم الولاية وأقسامها (الفرع الأول)
- ولاية تزويج القاصر في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري (الفرع الثاني)

الفرع الاول: مفهوم الولاية واقسمها

يحتاج القاصر إلى من ينوب عنه في رعاية مصالحه وإدارة أمواله ، لذلك كان من الضروري وضع نظام قانوني يحقق هذا الهدف ، ونجد المشرع الجزائري وضع هذا النظام ، فنص على ذلك في المادة 81 ق.أج على انه " 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" [3]

حيث قسمنا هذا الفرع إلى قسمين :

- ❖ القسم الأول: تعريف الولاية لغة .
- ❖ القسم الثاني: تعريف الولاية اصطلاحا .

أولا الولاية لغة :

الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر لفعل ولي، والولي جمع أولياء وهو النصير والمحب وعليه ولاية ملك أمره وقام به [4]

الولاية بالكسر السلطان والولاية النصر يقال هم على ولاية إي مجتمعون في النصرة [5]

ثانيا : الولاية اصطلاحا :

الولاية حق شرعي مخول لشخص راشد في التصرف في شؤونه وهذا يعرف بالولاية على النفس، أو تولي شؤون غيره وتدعى بالولاية على الغير هي تدبير الكبير الرشاد شؤون القاصر الشخصية والمالية وقد تجتمع الولايتين معا أي الولاية على النفس والولاية على الغير للوالدين[6]

---

[1] تعرض المشرع الجزائري إلى ناقص الأهلية وفاقدها و الأحكام المتعلقة بهما ضمن المواد 40،42،43،44 من القانون المدني، و المواد 81إلى 86من قانون الأسرة ، و المواد من 326إلى 329من قانون العقوبات الجزائري.

[2] المادة 40من الأمر رقم58- 75المتضمن القانون المدني.

[3] منصف نواري، المرجع السابق، ص 20.

[4] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء 2، ص 1057، ص1058.

[5] ابن المنظور، المرجع السابق، ص 4420.

[6] زوبيدة إقروفة، الإبانة في أحكام النيابة، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014 ص40.

حيث عرفها رجال القانون وشراحه والتي اعتمدوا فيها على معناها اللغوي والشرعي، وفي هذا الصدد يعرف البعض الولاية بأنّها : (قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر ، وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير، وقد تكون ولاية على النفس أو على المال[1]).

ويعرفها آخرون بأنّها : (سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود والتصرفات وترتيب آثارها عليها دون توقف على رضا الغير[2]).

كما عرفت بأنّها:(السلطة التي يقرها القانون لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية، باسم ولحساب شخص غير كامل الأهلية [3]).

أقسام الولاية :

تجدر الإشارة إلى أن الفقهاء قسموا الولاية إلى نوعان: ولاية قاصر وولاية متعدية.

فالأولى هي قدرة العاقد على إنشاء العقد بنفسه و تنفيذ أحكامه ، أما الثانية فهي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بغيره وهذه الولاية تنقسم بدورها إلى ولاية عامة وولاية خاصة
فأما العامة كولاية السلطان و القاضي و الخاصة هي على ثلاثة أقسام : ولاية على النفس ، وولاية على المال ، وولاية على النفس و المال معا .

وقد ذكر الإمام أبو الزهرة أن المولود تثبت عليه ثلاث ولايات ، فالأولى هي ولاية التربية وهي الحضانة والثانية هي ولاية المحافظة على نفسه وصيانته ، وهذه تثبت على الطفل بعد تجاوزه سن الحضانة إلى بلوغه غير مفسد كما تثبت على المجنون المعتوه وعلى البكر من النساء و الثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها ، أما الولاية الثالثة ، فهي الولاية المالية [4]

القسم الأول : الولاية على النفس

ما لا شك فيه أن طبيعة ظروف القاصر تحتم رعايته رعاية كاملة بحسب نموه وتسلسل فترات حياته ، لما به من عجز عن التوصل إلى المسار الصحيح لبناء حياته وقضاء حوائجه ، لذلك هو بحاجة إلى من يتولى القيام عنه ألا وهو الولي عن طريق الولاية على النفس التي تشمل كل من الرضاعة والحضانة وحسن التنشئة و التعليم وصولا إلى التزويج[5]

القسم الثاني : الولاية عن المال

كمعنى عام لها فهي قيام شخص بالتصرفات القانونية بدلا من شخص آخر او الى جانبه يطلق على هذا الشخص الولي كما يطلق عليه الوصي والمقدم[6] .

أو هي القيام بالتصرفات المتعلقة بالمال كالبيع والإجارة والرهن وما إلى ذلك, وفي قول آخر هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال ومنافعها و تنفيذها [7]

---

[1] حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،مصر، 1974، ص596.
[2] مصطفى السباعي، الأحوال الشخصية(في الأهلية والهبات والوصية)، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1977، ص40، أشارت إليه جميلة موسوس، المرجع السابق، ص14.
[3] لبيب محمد شنب، مبادئ القانون، المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص95.
[4] محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1950، ص458.
[5] محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و القانون، دراسة مقارنة، بدون اسم ناشر، القاهرة، 2001،ص 669.
[6] صورية غربي، حماية المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر، 2014، ص 125.
[7] مصطفى عبد الغني شيبة ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار الكتب الوطنية ،الطبعة الأولى ، دار الكتب الوطنية ، ليبيا ، 2006 ، ص 247.

أو هي القيام بالتصرفات المتعلقة بالمال كالبيع والإجارة والرهن وما إلى ذلك ، وفي قول آخر هي القدرة على إنشاء ، العقود الخاصة بالأموال ومنافعها و تنفيذها [1]

من خلال ما سبق من تعريف الولاية يظهر لنا أن هذا المبدأ يقوم على أساس المسؤولية التي تقع على عاتق الولي ولا سيما في أخطر عقد ألا و هو عقد الزواج ، باعتبار أن آثاره لا تلحق الزوجين فقط و إنما تصيب الأهل سواء كانت تكريما أو مهانة

الفرع الثاني : ولاية تزويج القاصر في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري

يحتاج القاصر إلى من ينوب عنه في رعاية مصالحه وإدارة أمواله ، لذلك كان من الضروري ، وضع نظام قانوني يحقق هذا الهدف ، ونجد المشرع الجزائري وضع هذا النظام ، فنص على ذلك في المادة 81 ق.أ.ج ، على انه " 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]

وفي هذا الفرع سنقوم بتقسيمه إلى قسمين :

القسم الأول : ولاية التزويج القاصر في الشريعة الإسلامية

اعتبارا من كون القاصر أو الصغير لا يمكنه مباشرة عقد زواجه بنفسه، لكونه ناقصا للأهلية، فإن هذه المسألة تتطلب معالجتها في الفقه الإسلامي و كذا في قانون الأسرة الجزائري.

حتى نتمكن من معرفة أحكام نكاح القاصر من حيث الصحة و الفساد والبطلان ، لابد من التطرق إلى أنواع وأقسام الولاية ، وهل تقتضي الولاية على القاصر ، ولاية اختيار أم ولاية إجبار.

إن الولاية كنظام قانوني و شرعي قائم على النظر في مصالح المولي و تدبير شؤونه قد قرن لغرض إحداث نوع من التوازن ، بين طرفي عقد الزواج ، حيث لا يكون للمولي القدرة الكافية لتحقيق هذا التوازن ، و من ثم كانت الضرورة ملحة في إسناد هذه ، المهمة للولي.

افترق الفقه الإسلامي بين معتبر للولاية شرطا وغير معتبر

قال جمهور الفقهاء باستثناء الحنيفة أو الولاية شرط لصحة عقد الزواج مستندين في ذلك إلى جملة من الأدلة كقوله تعالى :"وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّۚ وَلَأَمَةٞ مُّؤۡمِنَةٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكَةٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَتۡكُمۡۗ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ وَلَعَبۡدٞ مُّؤۡمِنٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَكُمۡۗ أُوْلَٰٓئِكَ يَدۡعُونَ إِلَى ٱلنَّارِۖ وَٱللَّهُ يَدۡعُوٓاْ إِلَى ٱلۡجَنَّةِ وَٱلۡمَغۡفِرَةِ بِإِذۡنِهِۦۖ وَيُبَيِّنُ ءَايَٰتِهِۦ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمۡ يَتَذَكَّرُونَ"

وان اتفق الفقهاء في المذاهب الفقهية الإسلامية ، على ثبوت ولاية الإجبار على الصغير – القاصر - ، من جهة ومن جهة ثانية ترتيب وتحديد أصحاب ولاية الإجبار على الصغير فإن أحكام زواج القاصر تتأرجح بين الصحة و الإبطال[3].

قالوا :ان خطاب هاتين الآيتين موجه لأولياء ،فلو لم يكن لهم حق الولاية لما نهوا عن العضل ،اما اشهر الأحاديث الواردة في هذا ، قوله صلى الله عليه وسلم:"

القسم الثاني : ولاية تزويبج القاصر في التشريع الجزائري

يعتبر القانون 11.84 الولاية ،كنا من أركان الزواج هذا البعض المادة 96 المدرجة تحت عناون اركان الزوج ، ورتب تباعدا لذالك ، في المادة 32 من نفس القانون، فسح العقد متى اختل اي ركن ، ثم قضت المادة 33 إن الزواج "إذا تم ولي اوشاهدين اوصداق،يفسح قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد ،الدخول بصداق

---

[1] مصطفى عبد الغني شيبة، المرجع نفسه، ص248.

[1] قانون رقم ، 84-11 ، المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، و المتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 ، المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[3] ربيعة حزاب ، يعقوبي فتيحة ، احكام نيكاح القاصر بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، جامعة وهران ، جوان 2018 م ، شوال 1439،ص 173.

المثل إن اختل ركن واحد ، ويبطل إذ احتل أكثر من ركن ،" إلا ان التعديل الأخير كان محل تغير لموقف المشرع من هذه التكييف ،فاعتبر الولاية شرطا من شروط صحة الزواج ،ولا ركنا ،هذا اقتداء بجمهور الفقهاء

وترتيب عن هذ التعديل بطبيعة الحال تعديلين ، المداتين 32و33 حيث قصت هذه الأخير بفسخ الزواج متى تختلف ركن الوالي عند وجوبه ، أي زواج القاصر [1]

فالولاية ليست حجرا بالمفهوم القانوني لهذا المصطلح وانما هي مساعدة للحماية والمحافظة على حقوق فاقد الأهلية اوناقصها ،وحقوق مصالح الفتاة المغيرة سبب عدم بلوعها : وعدم تجربة حياة الزوج [2]

أ- " ايما امرأة نكحت بغير أذن وليها فنكاحها باطل (ثلاث مرات) فان دخل فالمهر لها بما أصاب فيها ،فان اشتجرو فالسلطان ولي من ولاي له "[3]

اما ابو حنيفة قال ان الولاية لست شرط لصحة زواج الكبيرة من الشتاء ،وللمراة البالغة العاقلة ان تزوج نفسها ،مع وجوب الزوج الكفا ومهر المثل [4]

القسم الثاني : ولاية تزويج القاصر في القانون الجزائري

المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري قد نص على ولاية الولي والقاضي في المادة 11 منه التي تنص في الفقرة الثانية على أنه " دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون ، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب ، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له[5].

حسب ما جاء في المادة 13 م ق ،أ،س،ج، التي تنص على أنه : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره ، أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون ، موافقتها [6] "

أن ولاية الولي في القانون هي ولاية اختيار ، ففي هذه الولاية لا يمكن للولي أن يتزوج غيره بدون رضاه ، وإنما لابد من رضا الولي ورضا المولى عليه ، بمعنى إشتراكهما في الاختيار.

فالقانون في هذه الحالة خرج على ولاية الإجبار بأن نص على أن الولي لا يجوز له

أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج كما لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها.

مؤدى هذا لا يجوز للولي أبا أو غيره أن يمنع الصغيرة التي في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه ، وهنا يأتي دور القاضي ليقدر مدى صلاحية الزواج بالنسبة لها [7]

المشرع الجزائري في المادة 11 ق. أ .ج لم ينص على ترتيب الأولياء لذلك وبرجوع

إلى المادة 222 ق،أ،ج [8] ، التي تحلينا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، فالأولياء يرتبون ، حسب القرابة كما يلي : قرابة الأبوة وهي الأب فالجد وإن علا ، قرابة البنوة وهي الابن وابن ، الابن وإن نزل ، قرابة الأخوة وهي الأخ الشقيق ، والأخ للأب ، قرابة العمومة وهي العم الشقيق والعم للأب .

وهذا الترتيب على أساس حق الشخص في الميراث ، وإذا انعدمت هذه القرابات فالولاية للقاضي [9]

---

[1] قاسمي عبد الله ،المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق،رسالة دكتتوره ، جامعة ابي بكربلقايد تلسمان 2015/2014.ص 78

[2] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائر ،ديون المطبوعات الجامعية الجزائر ،2007 ص519

[3] ابو عبيد الله النيسابوري ، المشترك ، ج2، رقم 2745، دار المعرفة ، بيروت ،د،س،ن محمد بن عيسى الترميذي سنن الترمذي ،ج 3، الحديث 1102، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الحسان،ص 408.

[4] رمضان علي السبب الشرنباصي ، احكام الاسرة في الإسلام ،دار الهدى الإسكندرية ،2006،ص52

[5] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 ينونيو 1984 ، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005

[6] قانون رقم ، 84-11 ، المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، و المتضمن قانون الاسرة ، المعدل والمتمم بالامر رقم 05-02 ، المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[7] أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2009.ص 199

[8] قانون رقم ،84-11 ،المؤرخ في 9 يونيو 1984 و المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالامر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 .

[9] تشوار الجيلالي ، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، جامعة الجلفة ، 2009، ص 25.

المبحث الثاني : دور السن في ابرام عقد الزواج

تكون بداية الإنسان في الحياة الدنيا جنينا في بطن أمه، فإذا ولدته سمي صبيا، وببلوغه سبع ، سنين يصير يافعا ، ثم بالغا مكلفا ، وبناء بذلك يمكن حصر الأدوار الحياتية التي يمر القاصر قبل ، بلوغه في ثلاثة مراحل : مرحلة الجنين ، ومرحلة الطفولة قبل سن التمييز ، ومرحلة التمييز إلى سن ، البلوغ ، وتصاحب كل مرحلة من هذه المراحل أهلية معينة.

وفي هذا المبحث سنقوم بطرح مطلبين معنونين كما يلي :

- ماهية الأهلية في الشريعة الإسلامية و القانون (المطلب الاول)
- أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية و القانون (المطلب الثاني)

المطلب الأول: ماهية الأهلية في الشريعة الإسلامية و القانون

لكل فرد في المجتمع حقوق يكسبها، وهذه الحقوق لابد من ممارستها حتى تنتج آثارها ، وتحقق مقاصدها ، إلا أنه لا يحق لكل شخص أن يمارس الحقوق كلها أو بعضها إلا إذا كان أهلا .

حيث سنتناول فرعين :

- **الفرع الأول : مفهوم وأقسام الأهلية**
- **الفرع الثاني : المراحل القانونية للأهلية**

الفرع الأول : مفهوم وأقسام الأهلية

تعتبر أحكام الأهلية أحد أهم المواضيع التي اعتنى المشرع الوضعي بتنظيمها في التي نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة موضحا في ذلك تدرج الأهلية والم ا رحل تمر بها بحسب تدرج السن، كما لم يغفل المشرع عن تحديد هذه الأهلية في قانون الأسرة، معتبرا إياها شرطا من شروط إبرام عقد الزواج وذلك ببلوغ سن قانونية معنية يتم بها الزواج.

ومن هذا المنطلق سنقوم بتقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة أقسام :

- **القسم الأول : تعريف الأهلية لغة**
- **القسم الثاني : تعريف الأهلية اصطلاحا**
- **القسم الثالث : أقسام الأهلية**

لقوله تعالى : ﴿ وَمَا يَذْكُرُونَ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَىٰ وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ﴾[1]، فقيل أن فلان هو أهل لما هو قائم به لقوله تعالى : ﴿ إِذْ جَعَلَ الَّذِينَ كَفَرُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْحَمِيَّةَ حَمِيَّةَ الْجَاهِلِيَّةِ فَأَنزَلَ اللَّهُ سَكِينَتَهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ وَعَلَى الْمُؤْمِنِينَ وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَىٰ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا ۚ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾[2]،

القسم الأول : تعريف الأهلية لغة

الأهلية مؤنث الأهلي ، يقال أهله لذلك الأمر تأهيلا وأهله هآر له أهلا واستأهله استجوبه [3]يقال أهل الرجل وأهل الدار ، وأهل الرجل عشيرته وذوو قربائه ، والجمع أهلون واهالٌ وأهِل وأهلات وأهلاتٌ ، وأهل الإسلام : من يدين به ، وأهل الأمر : ولاتُه ، وأهل البيت سكانه ، ويقال بأن فلان به أهلية أي صلاحية للأمر [4]

ويقال أيضا: أهل بأهله فهو آهل، وقرية آهلة عامرة، وأهلت بالشيء، أنست به، وأهل الرجل يأهل ويأهل أهولا إذا تزوج وتأهل كذلك ، ويطلق الأهل على الزوجة ، والأهل أهل البيت ، والأصل فيه القرابة [5]ومنه فالأهلية في اللغة لها عدة معان، وكلها ترجع إلى معنى صلاحية الأمر للشيء.

القسم الثاني : تعريف الأهلية اصطلاحا

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

اولا : **الأهلية في الفقه القانوني:** لم يضع المشرع الجزائري أي تعريف قانوني للأهلية ، تاركا الأمر لرجال الفقه ، فعرفها مثلا الأستاذ الدكتور محمد صبري السعدي بأنها:" صلاحية الشخص

لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ، ومباشرة التصرفات القانونية ، التي يكون من شأنها أن ترتب

له هذا الأمر أو ذاك "[6]

وعلى العموم يمكن القول أن تعريفات الأهلية تنحصر فيما يلي :

" الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات ، وصلاحيته لمباشر التصرفات القانونية بنفسه "[7]

وقد نصت معظم التشريعات الوضعية على مبدأ جوهري ضمن النظرية العامة للأهلية وأحكامها ، مفاده أن الأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية ، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك [8]

ونجد أن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات العربية لم يعرف الأهلية ، وإنما اكتفى بمنح حماية خاصة لعديمي الأهلية وناقصيها ، محددا بذلك سن الرشد المدني ، وهو ما نصت عليه م 40 ق م ج " كل شخص بلغ سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه ، يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوق المدنية ،

---

[1] سورة المدثر، الاية 56.
[2] - سورة الفتح ،الاية 26.
[3] مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط، ج1، المكتبة الإسلامية ، تركية، 2003، ص 31.
[4] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب ، ا لمرجع السابق ، ج 11 ، ص 28 -29 .
[5] أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، ، المصباح المنير، د. ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، سنة 1987، ص 11.
[6] د.ط..دار الهدى .الجزائر، 2012 محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، العقد ولادارة المنفردة
[7] أحمد بوكرا ززة، المسؤولية المدنية للقاصر : دارسة مقارنة ، رسالة دكتوا ره علوم في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة1 ، 2013-2014 ،ص 30.
[8] ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة السلامية والقانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة جامعة الماجستير في القانون، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 20 اوت 1955 ، سكيكدة 2011-2012 ، ص 11.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة " ، وكذا نص م 78 ق م ج " كل شخص أهل للتعاقد ، ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون "[1]

وتعتبر أحكام الأهلية من النظام العام، لا يجوز لأحد أن يتنازل عن أهليته أو يعدلها، وكل اتفاق بذلك يعد باطلا، وهو ما أكدته م45 ق م ج " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها"[2]

ثانيا : تعريف الأهلية في الفقه الإسلامي

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

الأهلية هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه [3]

وتعرف أيضا بأنها: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب شرعي [4]

وهي الأمانة التي أخبر الله عز وجل بحمل الإنسان إياها [5]

بقوله تعالى : ﴿ **إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنسَانُ ۖ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا**﴾[6]

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

القسم الثالث : أقسام الأهلية

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

أولا: أهلية الوجوب : رغم اختلاف الفقهاء في تعريفهم لأهلية الوجوب من حيث الألفاظ المستعملة، إلا أن المعنى يبقى نفسه في كل التعاريف عرفها الدكتور مصطفى ازرقا رحمه الله بأنها " صلاحية الشخص للإلزام والالتزام " ، وذلك بأن يكون الشخص صالحا لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، ولصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعا ، بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق له والواجبات ، عليه [7].

ومناط أهلية الوجوب في نظر الشرع الإسلامي هي الصفة الإنسانية، ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد فكل إنسان في أي طور كان وأي صفة كان، سواء جنينا أو مجنونا،يعتبر متمتعا بأهلية الوجوب [8].

وكل إنسان له أهلية وجوب تثبت له من وقت ميلاده، بل وقبل ذلك، أي عندما يكون جنينا إلى وقت موته وتصفية تركته وسداد ديونه، و إذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت معها الشخصية [9].

---

[1] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، ج . ر . ع 78 ، الصادر في 1975/09/30 .معدل والمتمم.
[2] المرجع نفسه.
[3] وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج4، ط2، دار الفكر ، دمشق 1985 ، ص 116.
[4] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ط2، دار القلم ، دمشق 2004 ، ص 783.
[5] علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، البزدوي، ج4 ،د ط ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، 1974 ،ص273.
[6] سورة الأحزاب – الآية 72.
[7] مصطفى أحمد الزرقا ، المرجع السابق ، ص785 .
[8] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص785.
[9] عبد الرازق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، ج1، د. ط. دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1952 ، ص 266،ص 267.

وتعد الصلة وثيقة بين الذمة وأهلية الوجوب ، فالذمة هي كون الإنسان صالحا لأن تكون ، له حقوق وعليه واجبات ، وأهلية الوجوب هي الصلاحية ، والذمة تلازم الإنسان ، إذ يولد وله ذمة بحكم أنه إنسان ، ومن ثم تثبت له أهلية الوجوب ، فأهلية الوجوب إذن تترتب على وجود الذمة [1]

ثانيا : **أهلية الأداء**

ظهرت عدة تعريفات لأهلية الأداء حتى وان كانت مختلفة في اللفظ ، فإنها متحدة في المعنى ، ونذكر منها:

عرفها السنهوري بأنها :" صلاحية الشخص لاستعمال الحق " [2]

عرفها الدكتور محمد سعيد جعفور بأنها: "قدرة الشخص على ترجمة إرادته لإنشاء آثار قانونية، فيباشر بنفسه عملا قانونيا بحق أو التزام "[3]

وقد نصت م 43 ق م ج على أنه " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"[4]

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

المطلب الثاني : أهلية الزوج في الشريعة الإسلامية وفي القانون

لقد تم تحديد أهلية الزواج ببلوغ من قانون معينة يصح بها عقد الزواج ، بلوغ من قانونية معينة يصح بها عقد الزواج ، وهذه السنن تختلف باختلاف التشريع القانوني لكل بلد بحس المراحل التي يمر بها في إصداره كما لم يقفل الشريعة الإسلامية هي لأخرى موضوع أهلية الزواج وكان لها موقف في هذه المسالة بإذن فهي تختلف من بلد لأخر باختلاف ظروف الحياة وللتعرف أكثر على ذالك سنتطرق في هذا العنصر الى الزواج في الشريعة الإسلامية (فرع اول)،ثم أهلية الزواج في التشريع الجزائري (فرع ثاني).

الفرع الأول : أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية

تعددت الآراء الفقهية عند الفقهاء الشريعة الإسلامية في جواز تحديد سن معينة للزواج من عدم تحديدها والاكتفاء بفكرة البلوغ الجنسي ومن هذا المنطلق سنحاول تحديد سن الزواج حسب ما جاء ت به الشريفة الإسلامية .

أولا : في الشريعة الإسلامية

إذا لقينا نظرة على الكتب الفقهية القديمة وجدنا أنها لا تأخذ في الأصل بفكرة السن في الزواج وإنما بالبلوغ ، وهو البلوغ الجنسي الفعلي الذي يكون بظهور أمارته الطبيعية وهي اثنان يشترك فيهما الذكر والأنثى تتمثل في الإنزال وإنبات شعر العامة ، وامارت أخرى تتفرد بها الأنثى دون الذكر ومنها الحقن والحمل ..... الخ [1]

ويعرف الإنزال أو ما يسمى بالاحتلام بأنه خروج المني المتدفق بلذة في حالة النوم أو في حال اليقظة بالجماع [2]

---

[1] عبد الجليل بضياف ، عوارض الأهلية وأثرها في إيقاع الطلاق ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الاسلامية ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، 2009-2010،ص 22.
[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص 268
[3] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق ، ج2، د.ط. دار هومه ، الجزائر، 2011، ص 209.
[4] الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق.

[2] عمر سليمان الاقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، ط1، دار النفائس ، عمان، الأردن ، 1997، ص111.

أما لإنبات فهو نبات الشعر الخشن على الاثنين وأعلى الذكر للغلام هو ما يعرف عند العلماء بنبات شعر العامة ويحتاج في إزالته بالحق ، دون الشعر الزغب العفيف الذي فبت للعميرا ولا عبرة بنبات شعر الإبط أو اللحية أو الشارب لان ذالك بتاريخ عن البلوغ ، وحينئذ لا يكون علامة عليه [3]

أما الحيض فهو الدم الذي ينفضه رحم المرأة بصورة دورية كل شهر قمري غالبا خلال فترة نشاطهما الجنسي التي تمتد من البلوغ إلى سن اليأس و يتوقف مؤقتا الحمل والنفاس ،كما يمكن أن يتوافق مؤقتا

أو نهائيا بسبب بعض الأمراض [4]

أما الحمل أو ما يعرف بالحبل ، فهو تختلف الجنين في رحم أمه ، وله علامات تدل عليه منها انقطاع الطمث، انتفاخ ، البطن تدرجيا ..... الخ وعليه فانه يصعب تحديد سن معينة تنطبق على جميع الأشخاص [5]لان وقت الظهور تلك الامارات أن يختلف باختلاف الأشخاص و نموها [1].

وتعتبر قضة تحديد سن الزوج بسن المعين من قضايا الواقع المعاصر وهي محل الخلاف بين الفقهاء المتقدمين والمعاصرين على حد سواء فقد اتفقوا على أن الزواج من حيث مشروعيته جائز ومشروع كما اتفقوا على زواج تحديد المباح للمصلحة ؟ غير أنهم اختلفوا في تحديد سن معينة للزوج فقد ذهب بعض العلماء من الفقه ومنهم فلي الشيخ ابن عثيمين رحمه الله والشيخ العلامة عبد المحسن العبيكان وفضيلة الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي ، إلى جواز تحديد سن الزواج وقد قدر جمهور الفقهاء سن الزواج البلوغ بالخامسة عشر للذكور والإناث في حين ذهب الفقه المالكي إلى آن ثمانية عشر تماما في الفتى والفتاة ، وأما الحنيفة فقالوا أن البلوغ يتحقق في الثامنة عشر بالنسبة للذكر والسابعة عشر بالنسبة للانثى [2].

1- تأثير المزاج : فالفتاة العصبية المزاج تبلغ في حدود الرابعة عشر سنة اما هادئة المزاج فتبلغ في حدود سبعة عشر سنة

2- تأثير بنية البدن : فالفتاة العولة البدن بفعل حسن التغذية والصحة الجيدة تبلغ في حدود أربعة[3] عشرة سنة في حين أن النحيلة والنحيفة البدن تبلغ في حدود خمسة عشرة سنة [4]

وعليه يمكن القول الن بالرغم من عدم وجود نص شرعي من القران الكريم او السنة يحدد سنا ماهية للفتى او الفتاة الاهلية الزوج بصفة دقيقة واضحة ومعلومة ، فان فقهاء الشريعة الاسلامة قد ساهمو في وضع علامات ومعايير كثيرة ومتنوعة الامكانية تحديد سن البلوغ وسن الرشد ، ومن ثم امكانية تحديد سن اهلية الزوج [5].

الفرع الثاني : اهلية الزواج في القانون الجزائري

نحاول ان نتطرق الى تحديد سن ، الزواج في القانون الجزائري من خلال مراحل مر بها القانون موفرة حكم الاستعمار الفرنسي للجزائر الى يومينا هذا مع الباشالرة الى اهم الا شكالات ، المثارة بشان هذه المسالة

اول : مرحلة ما قبل الاستقلال:

[1] سعيد قاضي ، رضا المكلفة في انشاء عقد الزوج في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في العلوم الاسلامية ، تخصص امول الفقه ، كلية العلوم الاسلامية ، جامعة الجزائر (1) ،2011-2010، ص66-67.

[4] احمد محمد كنعان ، الموسوعة ، الطيبة الفقهية ،ط1،دار النفائس ، بيروت لبنان 2000،ص408

5- المرجع نفسه ، ص 373.

[1] جيلالي تشوار الزوج والطلاق اتاجاه ، الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبعية والبيلوجية للمرجع السابق ، ص49.

[2] العربي بلحاج ، احكام ، الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد ،ج1،ط(1)دار الثقافة ، الجزائر 2012،ص 156-157.

[4] سعيد قاضي ، رضا المكلفة في انشاء عقد الزواج المرجع السابق ص 86-87.

[5] سعيد عبد العزيز ، الزواج والطلاق ، في قانون الاسرة الجزائري ،/ المرجع السابق ص93.

صدر خلال هذه المرحلة قانونين هما :1- قانون رقم 30-323 بتاريخ ماي 1930 : وكان اول نص عثرنا عليه ، ويتمن ثلاثة مواد فقط لا عبر ، وما يهمنا هو نص المادة 01 والمادة 02 ، حيث نصت المادة 01 منه على انه " ان الاهالي القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسين لا يمكن لهم ابام ، الزواج قبل اتمام السن الخامسة عشرة (15) سنة كاملة ، ولكن يمكن للحاكم العام منح الاعفاء من السن من اجل اسباب خطيرة بعد اخذ راي لجنة تتالف من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر رئيسا وقاضي الصلح بالقبائل وطبيب ، ويعين اعضاء هذه اللجنة بداية كل سنة بقرار من الحاكم العام "

ونصت المادة 02 منه على انه لا يمكن ابرام عقد الزواج المشار اليه في المادة 01 من طرف الاهالي القبائل بدون تصريح مسبق بالخطبة امام الموظف المختص بتلقي تصريحا ، الزواج حسب نص المادة 17 من قانون 23 مارس 1882 من طرف الزواج او الزوجة ،اة ممثلهما ولا بد ان يبري الاطراف ذالك للموظف بالموية سن الطبين وتبرير العمر لا يمن الا بشهادة الحالة المدنية اوحكم يحل محلها ، وبعد الا ستظهار بهوية وسن الخطبين سلم لمهما الموظف المختص شهادة لتمكينهم من ابرام عقد الزواج ..... [1]

أ- لم يخضع القانون معيار لتحديد سن الزواج بين الفتى والفتاة حيث ان العمر بينهما محددة بسن الخامسة عشر سنة على الرغم من اختلاف الطبيعة الفيزيولوجية لكليهما ، وهذا مخالف لقواعد الشريعة الاسلامية حيث انفق الفقهاء كل اختلف سن الزواج بالسنبة للرجل عن المراة

ب- قصر تطبيق هذا النص على المواطنين الذين لا يتمتعون بحقوق الفرنسين بمعنى شكلا تطبيق نظامك خاص عليهم مستوحى من الشريعة السلامية بالرغم من الزوج على تلك تالقواعد كما اينا في تحديد السن ب 15 سنة دون تفريقة بين الرجل والمراة

ت- فرض القانون الصريح السابق بالخطة امام الموظف المختص بتصريح الزواج ويعني ذالك تقيد الحقوق المواطنين الذي الا يتمتع بحقوق المواطنين الفرنسين وهذا ، تفريق بين المسليمن على اساس نزعه عنصرية بالرغم قواعد العدالة والمساواة التي ينص عليها ديننا الحنيف

ث- اباح القانون للسلطة الفرنسية الاعفاء من بعض او كل الشروط السابق ذكرها وجود مبروات موضوعية وترك الامر للسلطة التقدرية للحاكم العام [2]

2- قانون رقم 59-274: وهو يمثل المرحلة الثانية من التطور التشريعي في قانون الاسرة الجزائري وهو يتعلق بعقود الزواج التي يبرمها الاشخاص الذي يخضعون لنظام الاحوال الشخصية المحلية في عمال الجزائر والساورة الوحات [3].

حيث نصت المادة 05 منه على انه لا يجوز للرجل قبل بلوغ ثماني عشر سنة كاملة ، ولا للمراة قبل بلوغها خمس عشرة سنة كاملة ان يتزوجا ، ومع ذالك يجوز لرئيس المحكمة الكلية بناء على دوافع قوية الاعفاء من شروط السن [4].

من خلال النص هذه المادة نستخلص ما يلي :

أ- ان هذا النص لم يغير الاحكامك التي سبق ذكرها في القانون رقم 30-323

ب- اصناف هذا النص تعديلا جزئيا بزيادة سن ، الزواج بالنسبة للرجل ، حيث اصبح بثمانية عشر سنة ، بينما ابقى عليها بالسنبة للمراة بخمس عشرة سنة

ت- يسري هذا القانون على عقود الزوج التي يبرهمها الاشخاص الخاضعين لنظام الاحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر، والساورة الوحات ، والمقصود بالعمالة 69-38 بتاريخ 23-ماي 1969 المتمن قانون الولاية بعمدل والمتمم بالقانون رقم 90-09 المؤرخ في 7 افريل 1990 [5]

---

[1] قانون رقم 30-323، بتاريخ 02 ماي 1930، يتعلق بالتسريح بالخطوبة وسن زوج القبائل .

[2] عيسى حداد عقد الزواج ، دراسةمقارنة ،د،ط، منشورات جامعة باجي مختار ، عغنابة ، الجزائر ،2006،ص 87-88

[3] سعيد عبد العزيز قانون الاسرة الجزائري ، في ثبوته الجديدة المرجع السابق ، ص23-241

[4] قانون رقم 59-274 بتاريخ 04 فيفري 1959 خاص بعقود الزواجالتي يعقدها الاشخاص الذين يخضعون اللاحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر و الوحات والساورة ،ج،ر،159/02/11

[5] عيسى حداد ، عقد الواج، المرجع السابق، ص 88-89.

هذا فيما يتعلق بالنصوص التي صدرت في ظل فترة الاحتلال الفرنسي للجزائر ، وكان المشرع الفرنسي يهدف من وراء هذه التشريعات الى احكام قبضة على لاسرة الجزائرية واحصاء كل تصرفتها ، واحدث تميز عنصري بين ابناء المجتمع الجزائري ، حيث نصت المادة 10 من القانون 59-275 على انه لا تطبق احكام الامر على عقود الزواجالتي ابرمت وفقا للمذاب الاباضي ، وهذا التفريق كان له ابعاد سياسية واجتماعية ، الان المستعمر كان يعمل انذاك سياسة – فرق تسد- ولكن استقلال الدولة الجزائرية واسترجع سيادتها ، فقد ظهرت قواينن تنص على المحافظة على وحدة الشعب ولامة الجزائرية المسلمة [1]

ثانيا : مرحلة بعد الاستقلال

سنحاول ان نتطرق في هذه المرحلة لتطور التشريع الجزائري الخاصة بقانون الاسرة الجزائري بعد الاستقلال.

1- قانون رقم 63-224: نصت المادة الاولى منه ليس للرجل قبل بلوغ 18 سنة كاملة ولا للمراة قبل بلوغها 16 سنة كاملة ان يعقدا زوجها ، ومع ذالك فرئيس المحخكمة الكلية ان يمنح بناء على دوافع قوية بعد اخذ مفوض الدولة اذن جال عفاء من شرط السن [2]

2- قانون رقم 84-11: جاء في نص المادة 7 منه تكتمل اهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة ، والمراة بتمام 18 سنة وللقاضي ان يرخص بالزواج قبل ذالك لمصلحة او ضرورة [3]

ان المشرع الجزائري في هذا القانون رفع سنن الزواج بالنسبة للرجل الى 21 سنة وللمراة الى 18 سنة ، وهو سن يتزامن مع بلوغهما الة 21 سنة وللمراة الى 18 سنة ، وهو سن يتزامن مع بلوغهما مستوى معين من الثقافة والنضج الجتماعي فلا يعتبر انه قد مس بحرية زواج المواطنين اذا انه من المحتمل ان يكون قد راعى الناحية الاقتصادية في هذه الفترة للمجتمع الجزائري من حيث زيادة السكالن زيادة مذهلة ومخيفة ، دون الزيادة في الانتتاج بالاضافة الاعتبار ان الفتيان والفتيات دون هذه السبا يكو نوا قادرين على اعباء الحياة الزوجية [4].

3- الا مر رقم 05-02:

يعتبر المرحلة الخامسة في التشريع الجزائري لتحديد من الزواج حيث نصت المادة 7 منه : تكتمل اهلية الرجل في الزواج باتمام 19 سنة للقاضي ان يرخص بالزواج قبل ذالك لمصلحة او ضرورة متى تاكدت قدرة الطرفين على الزواج يكتسب البزوج القاصر اهلية التقاضي فيما يتعلق باثر عقد الزواج من حقوق التزمات 5.

هذا القانون فقد ساير متطلبا العصر فلبى الدعوات المقالبة بالتاكيد على التوفر عنصر الرا بين الزوجين بقصد حماية الاسرة واستمرارها فنص على جكلان الزواج اذ اختل كل الرضا واتفاق الاردتين بين الزوجين بعدبلوغ لهذا انصت المادة 7 على ان سسن الزواج بالنسبة للذكر ولانثى هو 19 سنة اي انما سوت بينهما في السن فتكتمل اهليتهما للزواج وهذه المادة اتت بجديد من حيث نصها في الفقرة الاخيرة على اعطاء أهلية التقاضي الزواج القاصر فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق وواجبات ، هذا يعتبر شيء اجابي اثنى به الزواج من حقوق ووجبات ، وهذا يعتبر شيء ايجابي به هذا التشريع الأخير 6.

ثالثا : خلاصة القول

القوانين التي سبق قانون الجزائري الأسرة الجزائري سواء منها صادر خلال فترة الاحتلال او بعدها كلها حافظت على استثناء الذي يمكن إبرام عقد الزواج قبل بلوغ هذا السن إذا كانت هناك مصلحة

---

[1] **عيسى حداد ، عقد الزوج ، المرجع السابق ، ص 89-90.**

[2] **القانون رقم 63- 244 المؤرخ في 29 جوان 1963 المتعلقة بتعين الحدالادنى الزواج حسب المادة 99 من قانون الحالة المدنية والخاصة بعقودج الزواج الجريدة الرسمية العدد 2 المؤرخ في يوليو 1963.**

[3] **القانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 ه الموافق ل 9 يليو 1984 المتضمن قانون الاسرة ، الجريدة الرسمية رقم 24 المؤرخة في 12 ينيو 1984.**

[4] **سعد عبد العزيز ، الزوج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري المرجع السابق، ص 67.**

[5] **القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة ، المعدل و المتمم بالامر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.**

[6] **العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2013،ص 25.**

أو ضرورة وهذا بعد استثناء لما جاء به المادة 7 من ق.ا.ج .

المبحث الثاني : دور السن في ابرام عقد الزواج

تعتبر الأهلية احد أهم المواضيع التي اعتنى المشرع الجزائري بتنظيمها في نصوص القانون المدني باعتباره الشرعية العامة موضحا في ذالك تدرج الأهلية والمراحل التي تمر بها حسب تدريج السن ، كما لم يفعل المشرع فن تحديد هذه الأهلية في قانون الأسرة معتبرا إياها شرط من شروط إبرام عقد الزواج ، أي بلوغ سن قانونية معينة يتم بها الزواج ،وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث أن نتطرق إلى :

- ماهية الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (المطلب الأول)
- ثم أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (المطلب الثاني)

المطلب الأول : ماهية الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون

تولى القانون الوضعي تنظيم أحكام الأهلية باعتبارها أحد أهم مقومات الشخصية الإنسانية، فحتى وان لم واضحا لها فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يغفلوا عن مثل هذا الأمر ، وقد اكتفى المشرع الجزائري بتنظيم أحكام أهلية الأداء من خلال نصوص قانونية موزعة بين القانون المدني وقانون الأسرة ، وذلك حماية لحقوق الأفراد وضمان استقرار المعاملات بينهم ، وتبقى أحكام الأهلية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وعليه من خلال هذا المطلب سنتطرق لي فرعين هما:

- ❖ مفهوم الأهلية و أقسامها " الفرع الأول "
- ❖ المراحل القانونية للأهلية " الفرع الثاني "

الفرع الأول :مفهوم الأهلية وأقسامها

لقد اختلف التعارف التي وصفها فقهاء القانون والشريعة الإسلامية للأهلية غير أن المعنى يبقى نفسه باعتبارها ترتبط أساس بحقوق التزامها الشخص

أولا :لغة

يقال اهل الرجل وأهل الدار وأهل الرجل عشيرته وذو قربة ،الجمع اهلون ،واهل و اهلات ،واهل الاسلام :من بينا به ،وأهل الأمر : ولاته ،واهل البيت ساكنه ، ويقال بان فلان يه أهلية اي صلاحية للامر [1].

وقد جاء في قواله تعالى:" وما يذكرون الا ان يشاء الله هو اهل التقوى واهل المغفرة "[2]

ويقال ايضا: اهل باهله فهو اهل ، وقربة اهله عامرة ،اوهلت بالشيئ انست به ،واهل الرجل ياهل وياهل اهوالا اذا تزوج وتاهل كذالك ،ويطلق الاهل على الزوجة ،والاهل اهل البيت ،والاهل فيه القرابة .[3]

ومنه الأهلية في اللغة لمساعدة معان ،وكلها ترجع الى معنى صلاحية الأمر للشيء .

ثانيا: اصطلاحا

ونحاول أن نعرف الأهلية في الفقه القانوني ثم في الفقه الإسلامي

1- الأهلية في الفقه القانوني : لم يضع المشرع الجزائري أي تعريف قانوني للأهلية ،تاركا لأمر لرجال الفقه ،فعرفها مثلا الأستاذ الدكتورة السعدي بأنها:" صلاح الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ،ومباشرة التصرفات القانونية ،التي يكون من شانها أن ترتب له هذا الأمر أو ذالك [4]

وعلى العموم يمكن القول أن تعريفات الأهلية تنحصر فيما يلي :"الأهلية هي صلاحية الشخص الاستبيان الحقوق والالتزام بالوجبات وصلاحيتها لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه "5

وقد نصت معظم التشريعات الضيفة على مبدأ جوهري ضمن النظرية العامة للأهلية وإحكامها امفاة ان الأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية ،وما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك 6.

ونجد أن المشرع الجزائري على غرار الباقي التشريعات العربية ليعرف الأهلية ،وإنما امتقى بمنح حماية خاصة لعديمي الأهلية وناقصيها، محددا بذالك سن الرشد المدني ،وهما نصت عليه ص40 ق م ج سالفة الذكر .

وقد نصت المادة 78 من نفس القانون علمي ان كل شخص أهل للتقاعد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون [7]

وتعتبر أحكام الأهلية من النظام العام ، لايجوز من إن يتناول عن أهليته أو يعدلها ،وكل اتفاق بذالك يعد باطلا وهما أكدته م 45 ق م ج ليس لأحد التنازل عن أهلية ولا لنغير أحكامها 8.

الأهلية في الفقه الإسلامي :

اعتنى كذالك الفقه الإسلامي بوضع تعاريف للأهلية ،وربما كانت أوضح عندهم وهذه بعضها : الأهلية هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه 9.

الفرع الثاني :

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

أولا: أهلية الوجوب

---

[1] **أبو لفضل جمال الدين ابن المنظور ،لسان العرب،د،ط،دارصادر بيروت لبنان 1968،ص28-29**

[2] **سورة المدثر – الاية 56.**

[3] **احمد بن علي الفيومي ،المنهاج المتميز ،د،ط،مكتبة لبنان بيروت ،لبنان ،1987**

[4] **محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانوني المدني ،العقد والادارة المنفردة ،د،ط،دار المهدي،الجزائر 2012،ص 152.**

[5] **احمد بوكوزازة،المسؤولية المدنية للقصار ،دراسة مقارنة ،رسالة الدكتوره علوم في القانون ،الخاص كلية الحقوق ،جامعة قسنطينة 2013-2014-ص30.**

[6] **ابتسم ملبط ، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في التشريعة الإسلامية والقانون الضيفي ،مذكرة مقدمة لنيل شهادة المجاستر في القانون تخصص قانون شؤون الأسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية 20 أوت 1955 سكيكدة 2011-2012، ص11.**

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

[8] **المرجع نفسه.**

[9] **وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي و دلته ،ج4،ط2،دار الفكر دمشق 1985،ص116.**

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

عرفها الدكتور مصطفى الزرقا رحمه الله بأنها " صلاحية الشخص للإلزام والالتزام " ، وذلك

بأن يكون الشخص صالحا لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، ولصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعا ، بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق له والواجبات عليه [1]

وتعرف أيضا بأنها: صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات [2]
ومناط أهلية الوجوب في نظر الشرع الإسلامي هي الصفة الإنسانية ، ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد ، فكل إنسان في أي طور كان وأي صفة كان، سواء جنينا أو مجنونا ، يعتبر متمتعا بأهلية الوجوب[3]
وكل إنسان له أهلية وجوب تثبت له من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك ، أي عندما يكون جنينا إلى وقت موته وتصفية تركته وسداد ديونه ، و إذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت معها ، الشخصية [4]

وتعد الصلة وثيقة بين الذمة وأهلية الوجوب ، فالذمة هي كون الإنسان صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، وأهلية الوجوب هي الصلاحية ، والذمة تلازم الإنسان ، إذ يولد وله ذمة بحكم أنه إنسان ، ومن ثم تثبت له أهلية الوجوب ، فأهلية الوجوب إذن تترتب على وجود الذمة [5]

عناصر أهلية الوجوب :وهما عنصران:

أ-عنصر إيجابي :وهو الذي يؤهل الشخص لأن يلزم غيره بأداء واجبات له عليه، فهو على غيره ما يثبت له من حقوق، فهو المنتفع في هذه العلاقة، كالجنين في رحم أمه، فهو يثبت له على غيره حقوق، كالنسب ولا يثبت عليه شيء لغيره[6]

ب-عنصر سلبي :وهو الذي يؤهل الشخص لأن يلتزم بأداء واجبات عليه لغيره، فهو يوجب عليه ما يثبت لغيره من حقوق، وكأنما سلبنا منه تلك الواجبات ثم سلمناها لغيره، إذن فغيره هو المنتفع في هذه العلاقة [7]

ثانيا: أهلية الأداء

1-تعريف أهلية الأداء :ظهرت عدة تعريفات لأهلية الأداء حتى وان كانت مختلفة في اللفظ، فإنها متحدة في المعنى، ونذكر منها:
عرفها السنهوري بأنها: "صلاحية الشخص لاستعمال الحق[8]"

عرفها الدكتور محمد سعيد جعفور بأنها: "قدرة الشخص على ترجمة إرادته لإنشاء آثار قانونية، فيباشر بنفسه عملا قانونيا بحق أو التزام[9]"

ومناط أهلية الأداء هو العقل والتمييز، أي أن مدى أهلية الأداء عند الشخص يتحدد بمدى قدرته على التمييز، ووزن التصرفات وتبين ما تنطوي عليه من نفع وضرر، فحيثما وجد لمجنون العقل ومعه التمييز توجد أهلية الأداء، وتأسيسا على ذلك فالصبي غير المميز او

---

[1] **مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص09.**
[2] **الهادي الخضروي ، الأهلية كشرط لإبرام عقد الزواج حسب آخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري مقال منشور بمجلة دراسات ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الأغواط ، ع 22ب ، 2012،ص 186.**
[3] **مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص 785.**
[4] **عبد الرازق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالت ا زم بوجه عام ، مصادر الالتزام ج ،1د،ط، حياء التراث العربي .**
[5] **عبد الجليل بضياف، عوارض الأهلية وأثرها في إيقاع الطلاق، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة ،2010، ص 22 .**
[6] **مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص785.**
[7] **خالد بوشمة، المرجع السابق، ص 20.**
[8] **عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 268.**
[9] **محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ج 2، دار هومة، الجزائر،2011، ص279 .**

المعتوه ليس لهم أهلية أداء، لأن عباراتهم غير صالحة لأن تكون سببا لإنشاء حقوق لهم أو لغيرهم[1]

وعليه فالإرادة لا تصدر إلا عن تمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته[2] ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، فيكون مستمتعا بالحق، وهذه هي أهلية الوجوب دون أن يستطيع استعماله بنفسه ،وهذه هي أهلية الأداء،وعليه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلا تاما.

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

الفرع الثاني : المراحل القانونية للأهلية

يمر الإنسان في حياته بعدة أدوار ومراحل من بداية خلقه إلى غاية وفاته، وفي خلال هذه الأدوار تتحدد الأهلية لدى الشخص بين الانعدام والنقصان والكمال ، وهذا بطبيعة الحال بحسب التدرج في السن ، مما ينتج عنه اختلاف حكم تصرفات الشخص باختلاف هذه الأدوار .

سنقوم بتقسيم هذا الفرع إلى ثلاثة أقسام :

- القسم الأول : انعدام الأهلية
- القسم الثاني : نقصان الأهلية
- القسم الثالث : كمال الأهلية

القسم الأول : انعدام الأهلية

وتضم دورين من أدوار الحياة، حيث يمثل الجنين الدور الأول، فليس له أهلية آداء مطلقا ، بل له أهلية وجوب ناقصة، فلا يتصور صدور أي تصرف منه لعجزه الكامل ، ولا تمييز لديه [3]
ويمثل الصبي غير المميز الدور الثاني، حيث يكون غير مميز من وقت ولادته إلى غاية بلوغه سن ثلاثة عشرة (13) سنة ، وهي سن التمييز في القانون الجزائري ، فيكون فاقد التمييز ، وبالتالي فأهلية الأداء لديه معدومة [4]

وهو ما نصت عليه م 42 ق م ج " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن ... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة" [5]

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وافق المشرع التونسي في تحديد سن لتمييز بثلاث عشرة سنة [6]

القسم الثاني : نقصان الأهلية

وهي المرحلة التي يتجاوز فيها القاصر سن الثالثة عشر (13) ، سنة دون أن يبلغ سن التاسعة عشر (19) سنة ، ففي هذه المرحلة لا يكون الشخص عديم الأهلية أو كاملها ، وإنما يكون ناقص الأهلية أي مميز [7]

---

[1] **المرجع نفسه، ص 514.**
[2] **عبد الر ا زق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 268.**
[3] **شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري ، ط1، دار خلدونية ، الجزائر، 2010، ص 333.**
[4] **محمد صبري السعدي ، لواضح في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ص 154.**
[5] **الامر رقم 75-58 ، المرجع السابق.**
[6] **لقانون المدني المصري ، الصادر في 16 جويلية 1948، انظر الموقع الكتروني : http://www.homdykhalifa.com بتاريخ 03 افريل 2017 ، على الساعة 17:53**
[7] **محمد الصغير بعلي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، نظرية الحق ، د.ط..الدار العلوم ، الجزائر، 2006، ص 151.**

وهو ما أشارت إليه م 43 ق م ج صراحة بنصها على أنه " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون" [1]

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

القسم الثالث : كمال الأهلية

وهي المرحلة التي يبلغ فيها الشخص سن الرشد، وهو تسعة عشر (19) سنة، فيكتمل لديه الإدراك والتمييز، فتكون له أهلية أداء أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع وهو ما يجعله أهلا لمباشرة كل حقوقه المدنية ، أي القيام بنفسه ولحسابه بكل التصرفات القانونية أيا كان نوعها ، سواء كانت ضارة ضررا محضا أو نافعة نفعا محضا أو دائرة بين النفع والضرر[2]

ولا يكفي لاكتمال أهلية الشخص بلوغه سن الرشد، بل يجب أن يكون إضافة إلى ذلك متمتعا بقواه العقلية غير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر المختلفة ، فإذا ثبت أن ناقص الأهلية قد بلغ سن الرشد غير متمتع بقواه العقلية بسبب إصابته بأحد عوارض الأهلية من جنون أو عته أو سفه أو غفلة ، فللمحكمة أن تقضي بناء على طلب ممثله القانوني من ولي أو وصي باستمرار الولاية أو الوصاية عليه إلى حين زوال العارض [3].

وهذا الأمر قررته م 40 ق م ج بنصها على أنه " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

المطلب الثاني : أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

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

حيث سنتناول فرعين :

- ❖ أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية " الفرع الأول "
- ❖ أهلية الزواج في القانون " الفرع الثاني "

الفرع الأول : أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية :

إذا ألقينا نظرة على الكتب الفقهية القديمة وجدنا أنها لا تأخذ في الأصل بفكرة السن في الزواج وانما بالبلوغ، و البلوغ الجنسي الفعلي الذي يكون بظهور أمارته الطبيعية وهي اثنان يشترك فيها الذكر والأنثى تتمثل في الإنزال لعانة ، وأمارات أخرى تنفرد بها الأنثى دون الذكر ومنها الحيض والحمل ... الخ [4]

---

[1] **الأمر رقم ،05-59المرجع السابق.**
[2] **شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الج ا زئري، المرجع السابق، ص344.**
[3] **محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص.579.**
[4] **جيلالي تشوار ، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص 48.**

ويعرف الإنزال أو ما يسمى بالاحتلام بأنه خروج المني المتدفق بلذة في حال النوم أو في حال اليقظة بالجماع [1].

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

أما الإنبات، فهو نبات الشعر الخشن على فرج الأنثى وأعلى الذكر للغلام، وهو ما لضعيف يعرف عند العلماء بنبات شعر العانة، ويحتاج في إ ا زلته إلى حلق، دون الشعر الزغب ا الذي ينبت للصغير، ولا عبرة بنبات شعر الإبط أو اللحية أو الشارب، لأن ذلك يتأخر عن البلوغ، وحينئذ لا يكون علامة عليه [3].
أما الحيض فهو الدم الذي ينفضه رحم المرأة رة بصورة دورية كل شهر قمري غالبا، خلال فترة نشاطها الجنسي التي تمتد من البلوغ إلى سن اليأس، ويتوقف مؤقتا أثناء الحمل والنفاس، كما يمكن أن يتوقف مؤقتا أو نهائيا بسبب بعض الأمراض[4].

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

وعليه فإنه يصعب تحديد سن معينة تنطبق على جميع الأشخاص لأن وقت ظهور تلك الأمارات يختلف باختلاف الأشخاص ونموهم [6].

وتعتبر قضية تحديد سن الزواج بسن معين من قضايا الواقع المعاصر وهي محل الخلاف بين الفقهاء المتقدمين والمعاصرين على حد سواء، فقد اتفقوا على أن الزواج من حيث مشروعيته جائز ومشروع ، كما اتفقوا على جواز تقيد المباح للمصلحة ، غير أنهم اختلفوا في حكم تحديد سن معينة للزواج ، فذهب بعض من علماء الفقه ، ومنهم فضيلة الشيخ ابن عثيمين رحمه الله ، والشيخ العلامة عبد المحسن العبيكان ، وفضيلة الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي ، إلى جواز تحديد سن الزواج وتقييده بسن معينة ، بينما ذهب جانب آخر من الفقه منهم فضيلة الشيخ عبد العزيز ابن باز ، والدكتور أحمد العسال والدكتور مصطفى السباعي والأستاذ حسام الدين عفافة إلى عدم جواز تحديد سن معينة للزواج[7].

وأمام هذا الاختلاف في تحديد سن البلوغ الذي تتم به أهلية كل من الفتى والفتاة للزواج ، قسم الفقهاء المسلمون مسار حياة الإنسان من ولادته حتى بلوغه إلى ثلاثة مراحل هي : مرحلة الطفولة ، وتمتد من الولادة وحتى إتمام السبع سنوات تقريبا ، وفيها يكون صبيا غير مميز ، وتصرفاته غير معتبرة في الزواج أو غيره ، ومرحلة التمييز وتمتد من سن السابعة حتى سن البلوغ ، وفيها يكون صبيا ممي ا ز وتصرفاته تحتاج

---

[1] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق،ص.111.
[2] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق،ص.111.
[3] سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الج ا زئري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر) ،2711-2717 ،11-10. ص 66-67.

[4] أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ط1، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000، ص 408.
[5] المرجع نفسه، ص 373.
[6] جيلالي تشوار، ا لزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق ،ص49.
[7] نجاة قروز، السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر في التشريع الجزائري ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة،2014، ص41،ص43.

إ إجازة وليه ، ثم أخيرا مرحلة البلوغ الجسماني لأهلية الزواج ، وتبدأ تقديريا عند تمام سن الثانية عشر عند الفتى وسن التاسعة عند الفتاة [1]

وقد قدر جمهور الفقهاء سن البلوغ بالخامسة عشر للذكور والإناث ، في حين ذهب الفقه المالكي إلى أن نهايته هي ثمانية عشر عاما في الفتى والفتاة ، وأما الحنفية فقالوا أن البلوغ يتحقق في الثامنة عشر بالنسبة للذكر والسابعة عشر بالنسبة للأنثى [2].

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

1-تأثير المناخ :حيث أن بلوغ الفتاة في المناطق الحارة كإفريقيا وأمريكا الجنوبية يكون مبكرا، وذلك بمجرد بلوغها ثماني سنوات أو عشر سنوات على الأكثر، أما في المناطق المعتدلة كفرنسا واسبانيا، يتراوح بلوغها بين اثني عشرة سنة وخمسة عشرة سنة، اما في المناطق الباردة كروسيا والسويد فتتراوح بلوغها بين خمسة عشرة وتسعة عشرة سنة.
2-تأثير المزاج :فالفتاة العصبية المزاج تبلغ في حدود أربعة عشرة سنة، أما هادئة المزاج فتبلغ في حدود سبعة عشرة سنة.
3-تأثير بنية البدن :فالفتاة القوية البدن بفعل حسن التغذية والصحة الجيدة تبلغ في حدود أربعة عشرة سنة في حين أن النحيلة والضعيفة البدن تبلغ في حدود خمسة عشرة سنة [3] وعليه يمكن القول أنه بالرغم من عدم وجود نص شرعي من القرآن أو السنة يحدد سنا معينة للفتى أو الفتاة لأهلية الزواج بصفة دقيقة واضحة ومعلومة، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد ساهموا في وضع علامات ومعايير كثيرة ومتنوعة لإمكانية تحديد سن البلوغ وسن الرشد،ومن ثم إمكانية تحديد سن أهلية الزواج[4].

الفرع الثاني : أهلية الزواج في القانون

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

وَضع مشروع تمهيدي لتعديل قانون الأسرة ، بعدها تمت المصادقة على هذا المشروع ، وصدر الأمر رقم 05-02 ، المعدل للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة [5]
ج_ الأمر رقم 39-32:وهو الأمر الصادر بتاريخ ،20-2-2775وجاء لتعديل
بعض نصوص القانون رقم ،94-11ومنها نص المادة 70منه، والتي أصبحت بعد التعديل
كما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19سنة"
وبناء على نص هذه المادة، فإن المشرع الجزائري قد وحد سن الزواج بين الرجل و المرأة
وأصبح محددا بـ 19سنة كاملة

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

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

---

[1] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 93.
[2] سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج، المرجع السابق، ص86 ،ص 87 .
[3] سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج، المرجع السابق، ص90 ،ص91. .
[4] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 93.
[5] ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق ،ص 31.

ج _2اكتمال بلوغ المرأة مما يؤهلها للإنجاب الذي هو أحد أهداف الزواج، كما يسمح هذا البلوغ بتبيان ما إذا كانت المراءاة سليمة أم مصابة، مما يحول دون الإنجاب.

ج _2أن بلوغ هذه السن كفيل بضمان اكتمال النمو العقلي، وبالتالي يساهم ذلك في حسن اختيار الزوج المناسب أو الزوجة المناسبة، الأمر الذي يقلل من ظاهرة الطلاق وتفكك الأسر.

ج _4عدم إجماع الفقه الإسلامي على تحديد سن معينة للزواج، جعل المشرع يتخذ موقفا حاسما في الموضوع، ويضع حدا لظاهرة تباعد السن بين الزوجين [1].

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري بتوحيده لسن الزواج بـ 19سنة، الذي حدد سن الرشد المدني بـ 19سنة، كما أنه لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، والتي لا تحدد البلوغ بسن نما يستدل عليه و محددة بأمارات بيولوجية .

فكل من بلغ سن 19سنة يتمتع بحق التزوج وتكوين أسرة وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري ، وهو حق معترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وذلك من خلال نص المادة 11/17منه "للرجل و المرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد حقوق ولهما بسبب الجنس أو الدين، متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله[2]".

ملخص الفصل الأول:

لا ريب أن النكاح أو الزواج، يعتبر من أخطر العقود التي يقدم عليها الشخص لما فيه من سكينـــــــــــــــــــة و طمأنينة ،و ما يتضمنه من أثر مقصدي عظيم يتمثل في استمرارية النسل الإنساني على الأرض ،و بالرغم من اختلاف الفقهاء في تعديد أركان وشروط عقد النكاح،فإن المتفق عليه أن لا يقوم للنكاح قائمة دونما أركانه وشروطه،وهذا في حالة عقد النكاح في صورته

[1] عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ،2015،ص3.

[2] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ،1948أنظر الموقع الإلكتروني / :،http://www.bibalex.orgبتاريخ 2 أفريل 2017 ،على الساعة 17:44.

الأصلية العادية،ولكن قد يقع وأن يكون أحد طرفي هذا العقد العظيم ،قاصرا لم يكتمل رشده و أهليته بعد ،ولم ينضج بعد ،وبالتالي فإن هذه الحالة تقتضي أحكامـــــــــــــــــا وإجراءات خاصة،مما أدى بالشريعة الإسلامية إلى توفير تلك العناية الخاصة بهذه الفئة ،فأوكلت النظر في أمورهم وتدبيرها إلى من يهتم بها ويحفظها ويتصرف فيها بما ينفعها،و هو الولي.

الفصل الثاني : حدود ومجال تدخل القاضي في تزويج القاصر

تمهيد:

يقصد بالتراخيص أو الأذونات القضائية تلك التراخيص الصادرة عن السلطة القضائية ، والتي قررها المشرع الجزائري في قانون الأسرة ، و أوجب الحصول عليها لتوثيق عقد زواج ، ببعض الأشخاص وفق الشروط الموضوعية ، وإجراءات خاصة حيث تراخيص صادرة عن الجهات القضائية المختصة تسمح بمقتضاها لطالبي الترخيص بإبرام عقود زواجهم وتوثيقها وهي إجراءات استثنائية للأصل العام ويتعلق الأمر بالإذن القضائي بزواج القاصر و زواج المجنون و المعتوه، وكذا الإذن بزواج التعدد وعليه سنتطرق إلى :

السلطة القضائية في إبرام عقد الزواج (المبحث الأول)

إجراءات وانعكاسات الإذن القضائي (المبحث الثاني)

المبحث الأول : السلطة القضائية في إبرام عقد الزواج

حفاظا على مصالح القصر في مسائل الزواج ودرءا لتعسف بعض الأولياء في ممارسة حق الولاية على هؤلاء لتحقيق أغراض شخصية أو إرضاء لعرف عشائري، وبسطا لمبدأ العدالة وسلطان الدولة تدخل المشرع بواسطة القضاء لضمان زواج القاصر فأخضع إبرامه لترخيص قضائي .

المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي

نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية في المادة 07 من قانون الأسرة التي تنص عليها انه : تكتمل " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام تسعة عشر سنة ، وللقاضي ان يرخص بالزواج قبل ذالك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرت الطرفين على الزواج ".

حيث فتح المشرع الجزائري مجالا واسعا للقاضي شؤون الأسرة لحل كل نزاع قد يطرح أمامه بماله من سلطة تقديرية واسعة . بالإضافة إلى مرونة نصوص قانون الأسرة، و عدم تبني المشرع مذهب محدد من المذاهب الفقهية وإنما استنبط أحكامه من أغلب المذاهب. لهذا فدراستنا في هذه الورقة البحثية ستتمحور حول دور القاضي في إبرام عقد زواج القاصر .

وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب المعلون أعلاه حيث قسمنه إلى فرعين :

- ❖ مفهوم السلطة التقديرية للقاضي "الفرع الأول "
- ❖ مصادر السلطة التقديرية للقاضي "الفرع الثاني "

الفرع الأول : مفهوم السلطة التقديرية للقاضي

اعتبر المشرع الزواج عقدا رضائيا ينبني على إرادة حرة بين طرفيه، نابعة عن عقل يميز ما ينفعه وما يضره وهو ما أكدته المادة12 " الزواج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"وجعل من شروط صحته توفر شرط الأهلية طبقا للمادة 19مكرر منه ونصت المادة 17منه على سن الأهلية والتي يتضح من خلالها أن المشرع حدد سن الزواج بـ 09سنة،غير أنه واستثناءا من هذه القاعدة أجاز للقاضي بما له من سلطة تقديرية الترخيص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، ومسألة الضرورة تحدد من لدن القاضي لاختلاف الناس في النظر إليها، وعلى هذا فللقاضي السلطة الكاملة في تقدير ذلك، ولعل من أمثلة الضرورة ما نصت عليه المادة593.ق.ع. فوفقا لها يجوز تزويج الفتاة المخطوفة إن لم تبلغ الثامنة عشرة من عمرها[1] .

ولإثبات البلوغ وصلاحية القاصر يأمر القاضي بعرض المعني على طبيب مختص ليتأكد من بلوغه وضرره من تأخره في الزواج، فشهادة الطبيب أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي لمنح الإذن بالزواج، وغالبية الملفات التي توقع من القاضي في هذا الصدد تحتوي على شهادة طبية، مما يجعلها تحظى بالقبول، ولصعوبة إثبات القاضي أن قاصرا قادر على ضبط نفسه وآخر غير قادر على ذلك، خصوصا حال رفض الولي لذلك، نجد القاضي يأخذ في منح الإذن بين الخبرة الطبية والبحث الاجتماعي أي أنه عليه ربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي[2].

ويتضح من خلال المادة 09 أن المشرع اشترط لزواج القاصر موافقة الولي غير أنه إذا رفض الولي الزواج وأصر القاصر على موقفه، فإن الأمر يرجع إلى القاضي الذي يقرر إما إعطاء الترخيص بالزواج أو عدمه، وفي جميع الأحوال على القاضي أن يراعي قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج .

أما بالنسبة لتخلف شرط الأهلية وانعدام الترخيص فالمشرع لم ينص صراحة أو ضمنا عما يترتب من آثار على مخالفة سن الأهلية ، وعقد أي زواج قبل بلوغ السن المحددة، وذلك على عكس القانون -992 35 الذي تناول هذه المسألة وحدد سن الزواج ب 08 سنة للذكر والأنثى و رتب آثارا معينة في حالة مخالفة شرط الأهلية أو الترخيص [3].

كما تجدر الملاحظة أن المشرع أهمل الإشارة إلى الحد الأدنى لإمكانية الإعفاء من سن الزواج، الذي يجب على القاضي أن يتقيد به ولا ينزل دونه [4] ، بل ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية. كما منح

---

[1] عيسى حداد ، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي المختار، عنابة، 2006 ص 108.

[2] أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، ط ،1دار القلم، الرباط، 2012 ص 63-64.

[3] محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر،2015، ص 29.

[4] سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط ،6شركة الأصالة،الجزائر،.2012 ص 58.

القاصر الحاصل على الترخيص أهلية التقاضي في كل ماله علاقة بالزواج وآثاره، طبقا للمادة 3/7 من قانون الأسرة .

في الأخير تم توصل إلى أن القانون منح القاضي سلطة مطلقة في مسألة الإذن بزواج القاصر من خلال منحه سلطة تقدير المصلحة والضرورة دونما ضابط أو معيار ، كما منحه سلطة مطلقة من حيث السن الذي ينزل عنه عند الإعفاء ، أضف إلى ذلك سلطته في التأكد من قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج من خلال اعتماده على الخبرة الطبية.

الفرع الثاني : مصادر السلطة التقديرية للقاضي

إن سلطة القاضي التقديرية في الزواج الاستثنائي و ذلك من خلال منح الأذن بزواج القاصر تساهم بشكل كبير في الحد من المنازعات الأسرية و ذلك من خلال الامتناع عن منع هذا الإذن، يتمتع القاضي المكلف بالزواج بسلطة تقديرية واسعة في منح الأذن بزواج القاصر ، فقد يرغب القاصر في الزواج و يوافق وليه على ذلك لكن قد يظهر للقاضي حسب سلطته أن عوامل نجاح هذا الزواج غير متوفرة فيمنـــــع هذا الاذن و قد يقع نزاع بين الوالي و القاصر حول تزويج القاصر فيتدخل القاضي حسب سلطته التقديرية في ذلك .
ان السلطة التي خولها القانون للقاضي ليتدخل بها، حيث يتم على اثرها الترخيص للقصر بالزواج وكيفية استعمال هذه السلطة وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا الفرع .

يعتبر الترخيص القضائي بزواج القصر استثناء على الأصل العام لسن الزواج الذي ، نص عليه المشرع الجزائري بالقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05- 02بالمادة 07 منه التي تنص على أنه :"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 99سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج."

لقد وضع المشرع جملة من الضوابط لمنح الإذن القضائي بزواج القصر، وهي في مجملها تخضع لسلطة ورقابة القاضي أثناء نظره في طلب الحصول على الترخيص بالزواج والقاضي يأخذ بعين الاعتبار مصلحة القصر في إبرام عقد الزواج، وكذا حالة الضرورة وقدرة الطرفين على الزواج سواء المادية أو الجسدية . وأن المشرع لما اشترط سنا معينة لإبرام عقد الزواج كقاعدة عامة فإنه وكاستثناء ارعى وضعية وحالة بعض الأشخاص بنصه في الفقرة الثانية من المادة 50من الأمر 5 المعدل والمتمم للقانون 31-99المتضمن قانون الأسرة على أنه: " ... و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"، ومن خلال تحليل هذه المادة يمكن ملاحظة ما يلي:

أولا- من حيث الاختصاص القضائي

:تعد مسألة الاختصاص القضائي من المسائل الجوهرية في الإجراءات فالتطرق إلى هذه المسألة يدفعنا لزاما إلى تحديد القاضي المختص بمنح الترخيص القضائي بزواج القصر و كذا الجهة القضائية المختصة إقليميا بالنظر في الطلب.

1- **الاختصاص النوعي:**

وقد و ا ضحت المادة 101من القانون 53-59المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية [1] لذلك فإن المحاكم الوطنية لم توحد تنظيمها لمسألة منح الترخيص نظرا لتعدد النصوص القانونية، وكذا توسيع صلاحيات رئيس المحكمة في شأن توزيع المهام ولا يعتبر هذا خرقا للقانون، مادام حلول رئيس المحكمة لأي قاضي بالمحكمة التي يمارس فيها صلاحياته كرئيس مقرر قانونا[2].

لكن لا يوجد ما يمنع من أن يصدر الترخيص عن قاضي شؤون الأسرة [3]

نص المادة 7 من قانون الأسرة فقاضي الأسرة هو المؤهل قانونا لمنح الترخيص بزواج القصر، إلا أ ا ن المستقر عليه عمليا في المحاكم الوطنية فإ ا ن بعضه أخذ بهذه المادة وأسندت الاختصاص لقاضي شؤون الأسرة، وبعضها استأثر فيها رئيس المحكمة لنفسه بمنح الترخيص بالزواج، اعتبارا منه أن زواج القاصر أمر خطير وذو أهمية تتوجب قسطا معتبرا من الحيطة والحذر وضعية وحالة بعض الأشخاص بنصه في الفقرة الثانية من المادة 07من الأمر 84- 11 المعدل والمتمم بالامر 05-02 المتضمن قانون الأسرة على أنه":... و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"، ومن خلال تحليل هذه المادة يمكن ملاحظة ما يلي

أولا- من حيث الاختصاص القضائي :تعد مسألة الاختصاص القضائي من المسائل الجوهرية في الإجراءات فالتطرق إلى هذه المسألة يدفعنا لزاما إلى تحديد القاضي المختص بمنح الترخيص القضائي بزواج القصر و كذا الجهة القضائية المختصة إقليميا بالنظر في الطلب.

وأضحت المادة 101من القانون 08-09المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية[4]

نص المادة 06 من قانون الأسرة فقاضي الأسرة هو المؤهل قانونا لمنح الترخيص بزواج القصر ، إلا أن المستقر عليه عمليا في المحاكم الوطنية فإن بعضه أخذ بهذه المادة وأسندت الاختصاص لقاضي شؤون الأسرة ، وبعضها استأثر فيها رئيس المحكمة لنفسه بمنح ، الترخيص بالزواج ، اعتبارا منه أن زواج القاصر أمر خطير وذو أهمية تتوجب قسطا معتبر ، من الحيطة والحذر[5].

لذلك فإن المحاكم الوطنية لم توحد تنظيمها لمسألة منح الترخيص نظرا لتعدد النصوص القانونية، وكذا توسيع صلاحيات رئيس المحكمة في شأن توزيع المهام ولا يعتبر هذا خرقا للقانون مادام حلول رئيس المحكمة لأي قاضي بالمحكمة التي يمارس فيها صلاحياته كرئيس مقرر قانونا [6]

لكن لا يوجد ما يمنع من أن يصدر الترخيص عن قاضي شؤون الأسرة [7].

أولا :الاختصاص الإقليمي :يؤول الاختصاص الاقليمي لطلب استصدار الترخيص القضائي بزواج القصر إلى مكان إقامة طالب الترخيص طبقا لنص المادة 426 فقرة07 من القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه":تكون المحكمة مختصة إقليميا...في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص بالزواج" .

---

[1] نصت المادة 101من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه":ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج."

[2] عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص .

[3] لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، ،0597ص، .1

[4] نصت المادة 101من القانون 08-09المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه":ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج.."

[5] عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص .30

[6] عبد الله فاسي، المرجع نفسه، ص .90

[7] لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائرص34،

ثانيا- طلب الإذن القضائي بزواج القصر :يقتضي اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على الإذن القضائي بزواج القاصر التمتع بأهلية التقاضي في مقدم الطلب التي تعد إجراء شكلي لقبول الطلب طبقا لأحكام المادتين 71و 70من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

وباعتبار أن القاصر لا يتمتع بأهلية التقاضي فإن الطلب يقدم بواسطة ول يه أو نائبه الشرعي

مرفقا بجميع الوثائق التي تثبت هوية الأطراف وكذا شهادة طبية تثبت قدره الزوج القاصر الجسدية والنفسية، اضافة الى الشهادة الطبية المنصوص عليها بالمادة 07 مكرر من قانون الأسرة وشهادة ثبات مصدر عيش الزوج الآخر.
هذا وأنه في حالة زواج قاصرة بزوج متزوج فإانه يضاف إلى الملف وثيقة هوية الزوجة السابقة، واثبات علمها بالزواج الثاني بترخيص يمنحه رئيس المحكمة طبقا لأحكام المادة 53 من الأمر رقم 84-11المتضمن قانون الأسرة [2].

ويأخذ القاضي بعين الاعتبار عند النظر في الترخيص بالزواج الصحة البيولوجية والنفسية للقاصر، ويتوجب عليه ربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي ،وكذا الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي حسب مقتضيات الحال[3] .

ويلاحظ أ ا ن المادة 07من قانون الأسرة لم تنص على اعتبار إذن الولي من عدمه عند ترخيص القاضي للزواج بالنسبة للقاصر[4] ، فإذا لم يوافق الولي على الزواج يرجع الأمر إلى القاضي الذي يراعي في منح الإذن، حالة المصلحة والضرورة والقدرة على تحمل تبعات الزواج المادية والمعنوية .

ثالثا- صدور الإذن القضائي بزواج القاصر :إن استيفاء الطلب المتعلق بإصدار الإذن القضائي بزواج القاصر للشروط والإجراءات الواجب إتباعها والسابق ذكرها، يتوجب على لضرورة القاضي النظر في الطلب بالقبول أو الرفض بنا ء على ما تقتضيه المصلحة وا التي ترك المشرع مجال إعمالها للسلطة التقديرية للقاضي.

ويدخل في دائرة المصلحة ولضرورة حالة زواج القاصرة المخطوفة والمبعدة من خاطفها طبقا لأحكام المادة 326 من قانون العقوبات

المطلب الثاني :أساس السلطة التقديرية للقاضي لتزويج القاصر

لقد وضع المشرع الجزائري جملة من الضوابط ، أو ما يمكن تسميته بالشروط الخاصة بمنح الإذن القضائي للقصر للزواج ، و التي تخضع لرقابة القاضي أثناء نظره في طلب الحصول على ترخيص بالزواج ، و ذلك حماية لمصلحةّ القصر في إبرام عقد الزواج ، وهذه الشروط هي المصلحة المحقّقة من هذا الزواجّ سواء كانت مادية أو معنوية ، وًالضرورة الدافعة إليه ،و أخير ، قدرة الطرفين على الزواج ، أي وجوب توافر القدرة على ممارسة الحياة الزوجية من طرف القاصر الراغب في الزواج.

ومن هذا المنطلق سنتطرق الى فرعين معنونين :

- ❖ دور القاضي في تقدير المصلحة "الفرع الاول "
- ❖ دور القاضي في تقدير الضرورة " الفرع الثاني "

---

[1] تنص المادة 71من القانون 53-59المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:"حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات ... انعدام الأهلية للخصوم" وتنص المادة " 70يثير القاضي تلقائيا إنعدام الاهلية
[2] 90 عبد الله فاسي، مرجع سابق، ص.
[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص27.
[4] دزيري خليل، دور القاضي في انعقاد الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،590 – 591.

الفرع الأول : دور القاضي في تقدير المصلحة

حسب ما ورد في نص المادة 7من قانون الأسرة الجزائري ، للقاضي منح الترخيص بالزواج ، قبل بلوغ ّ السن المحددة قانونا في حالة وجود مصلحة ، بالتالي هو بمثابة ّ الشرط الأول الواجب ، توافره للحصول على ترخيص بالزواج فالنظر في مصالح القصر لابدُ أن يراعى فيها الحيطة و ظروف الزمن والتي تبقى مرهونة بذوي الشأن والأولياء ، و للتفصيل أكثر في هذا ا ّ لشرط لابد من تعريف المصلحة " اولا "، وتحديد المعيار الذي يُستند إليه لتقديرها "ثانيا ".

أولا : تعريف المصلحة

"المصلحة لغة كالمنفعة وزنا ، وهي تتناول كل ما فيه نفع للناس سواء كان ذلك بجلبها كتحصيل الفوائد أو بدفعها كاستبعاد المضار ، وقد عرفها فقهاء الإسلام على ّ أنها المحافظة على مقصود الشرع من الخلق ، و ّ هو أن يحفظ على الناس دينهم و نفوسهم و عقولهم ، أموالهم و نسلهم ، ّ فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة يعتبر ّ مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول يعّد مفسدة ، ودفعه مصلحة [1]".

والمصلحة هي الفائدة ّ العملية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلبه، وعموما هي المنفعة التي يريد الطالب الحصول عليها من التجاءه إلى القضاء، فهي في ذات الوقت الباعث على تقديم الطلب والهدف ّ المرجو منه ، غير ّ أن المشرع لم يضبط الشروط التي يجب أن تتوفّر في المصلحة و المعايير المعتمد عليها في تقديرها، مما يستدعي الرجوع إلى الأحكام الفقهية .

ثانيا :معيار تحديد المصلحة

إن تحديد المعيار الذي تقوم عليه المصلحة يختلف بالنظر إلى المصلحة نظرة شخصية ، وبالنظر إليها نظرة شرعية ، فالمعيار الشخصي يرى أن المصلحة هي ما يحصل عليها الإنسان من ّ لذات و منافع شخصية ، أم ّ المعيار الشرعي فيرى أن اعتبار الشيء فيه مصلحة أو مفسدة يعود بالنظر إلى الجهة الغالبة ، إذ لا نجد تصرفا يقوم على مصلحة خالصة أو مفسدة خالصة وآنما هو خليط منهما ، ّ فكل تصرف كالزواج مثلا يحمل جانب نفع وجانب ضرر وما يكون غالبا منهما يكون مقصود الإسلام ، فالمصالح المعتبرة شرعا تقتضي حماية وحفظ أمور خمسة هي الدين ، النفس ، العقل ، النسل و المال ، إذ لا يمكن للإنسان أن يعيش بدونها [2]

فإذا تبيّ ن أن الولي و القاصر تجمعهما مصلحة واحدة من وراء هذا الزواج ولم تكن

مخالفة للنظام العام و الآداب العامة ، فلا بد ّ للقاضي أن ينضم ّ إليهما ، أما لو تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي، فإن القاضي يتدخل بإعمال سلطته التقديرية و ترجيح مصلحة القاصر بالدرجة الأولى ، باعتباره معنيا بهذا الزواج وطرفا حياديا لا يرتجي مصلحة شخصية [3].

أم لو كانت مصلحة الولي و القاصر المجتمعتان متعارضتان مع مقتضيات عقد الزواج وقل ما يرد هذا ، فللقاضي حق رفض منح الإعفاء كون المصلحة متنافية مع أهداف الزواج الواردة في نص المادة 4من قانون الأسرة الجزائري[4]، مما يترتب عنه لاحقا إبطال العقد في حالة

---

[1] فاسي عبد الله ، المركز القانوني للقاصر في الزواج و الطلاق، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2015/2014، ص 96.

[2] فاسي عبد الله ، المرجع السابق، ص97.

[3] المرجع نفسه، ص98.

[4] تنص المادة 4من قانون الأسرة " الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب "

إبرامه ، و هذا طبقا للمادة 32 من ق أ ج[1].

ويجب أن تكون المصلحة أكيدة و أن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج ،ّ ولأن المشرع لم يبين هذه المصلحة فهي تستخلص من أقوال الأب أو الأم أو رأي الطبيب المختص ، أو تقرير من أنجز بحثا اجتماعيا في الموضوع أو من لقاء قد يتم بين القاضي و القاصر أو القاصرة الراغبين في الزواج ، كما تتجلّى المصلحة في الخوف من الوقوع في الزنا أو الانزلاق إلى الفساد [2].

و بذلك فإن معيار تحديدّ المصلحة ليس بالمسألة الهينة، لاختلاف وجهات النظر و عدم توحيدها بشأنها، و لسنا بصدد ترجيح جهة نظر عن أخرى ، إلاّ ّ أنه يمكن الاستعانة بظروف طالبي الإعفاءّ من شرط السن [3].

فمن صور المصلحة المبتغاة من وراء تزويج القصر مثلا عدم تفويت فرصة الزواج الكفء أو شفاء المجنون أو المجنونة ، و أيضا أن تكون الفتاة يتيمة ولا يوجد من يعيلها وتقدم لخطبتها رجل وهي في سن لم تبلغ السن المحددة للزواج ، فالأصلح لها تزويجها[4]

الفرع الثاني : دور القاضي في تقرير الضرورة

يستوجب على القاضي التأكد من وجود الضرورة أي الأسباب الخطيرة للترخيص للقصر بالزواج[5]، فالضرورة تعد شرطِ من شروط استصدار الإذن القضائي بزواج القصر ، و التي من الواجب توافرها لتقديم طلب الإذن ، لذلّ ك سنحاول في هذا الفرع أن نبين ما المقصود بالضرورة المرجوة في هذا الشأن (اولا) ، و كذا المعيار المعتمد عليه لتحديدها (ثانيا).

أولا : تعريف الضرورة

عرفتّ الضرورة لغة أنها مشتقّة من الضرر الذي لا دفع له ، و الضرورة نظرية متكاملة تشمل جميع أحكام الشرع ويترتب عليها إباحة المحضور وترك الواجب [6]و الراجح في تعريفّ الضرورة أنها الإضطرار إلى فعل شيء من المكروه أو المحرم لدفع
الضرر الذي يتنافى مع مقاصد الشريعة بحفظ الدين والنفس والعرض والعقل والمال، وهي تُقدر بقدرها ويكون هذا الضرر إما حاصلاً أو متوقعاً بيقين ،ّ وعادة ما تكون إما بالإكراه أو بالمبادرة الذاتية الواعية [7]

ثانيا: معيار تحديد الضرورة

إن مسألة تحديد معيار الضرورة يختص بها القاضي لاختلاف الناس في النظر إليها [8]و ذلك عندما تقترف الوقائع المنصوص عليها في الفقرة الأولى من نص المادة 326من قانون العقوبات ، و التي جاء نصها كالآتي :" كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشر سنة ، وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك ، فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات و

---

[1] تنص المادة 32من قانون الأسرة الجزائري على أنه ":يبطل الزواج ، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد "

[2] فاسي عبد الله ، المرجع السابق، ص99.98 .

[3] بوجاني عبد الحكيم، إشكالات إنعقاد و إنحلال الزواج ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، ،2014/2013ص54.

[4] هبيرات آمنة ، توثيق عقد الزواج و أثره على أحكام الأسرة ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أحوال الشخصية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، الجزائر،ص53.

[5] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، 1ط ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 2012ص164.

[6] فاسي عبد الله ، المرجع السابق، ص100 .

[7] بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري .، د ط ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،2011، ص01.

[8] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية ، المرجع السابق، ص 100.

بغرامة مالية من 500 الى 2000 دينارا "[1]
و بتوفر الشروط المذكورة في نص في الفقرة الثانية من نفس المادة و التي وردت كالآتي :" و إذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المّ بعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلاّ بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ، و لا يجوز الحكم عليه إلاّ بعد القضاء بإبطاله[2] "

فيفهم من نص المادة أنّ زواج القاصرة في مثل هذه الحالات لا يمكن أن يتم و هي في سن أقل من 18 سنة من عمرها ، إلاّ إذا استطاعت أن تحصل على إذن من القاضي المختص بإعفائها من السن القانونية المحددة لّ لزواج بطلب منها مباشرة أو بواسطة وليها [3]، إلاّ هناك هناك تناقض بين ما ورد في هذا النص و نص المادة 7من قانون الأسرة الجزائري ، التي حددت سن الزواج ببلوغ 19سنة كاملة .
توضيح المقصود بالقدرة على الزواج ، فهل قصد بها المشرع القدرة الجسدية كالقدرة على الإنجاب أم القدرة المالية كتحمل أعباء النفقة؟

فالقدرة تعتبر أساس لكافة التصرفات ، لأنّ ُ ه لا يمكن لشخص ما أن يلزم بالقيام بتصرف معين مع انتفاء قدرته على تنفيذ الالتزام ، و من ضمن هذه التصرفات ممارسة الحياة الزوجية التي تستوجب بالضرورة على طرفي العلاقة الزوجية توافر القدرة لديهما ، لأنها مناط تحقيق المصلحة بين الزوجين ، بالتالي فالعجز يتعارض و تحقيق هذه المصالح ، أو بصورة أخرى يعطل صاحبه عن الإيفاء بواجباته تجاه الطرف الثاني في العقد[4].
لذلك اشترط المشرع شرطّ القدرة في منح الترخيص لزواج القصر ، لكن ماّ يعاب عليه أنه لم يحدد نوع القدرة، أهي القدرةّ الجسدية أم العقلية أم المالية أم كلها مجتمعة ؟

وشك أن اهتمام المشرع بعنصر القدرة يعود إلى الآثار المترتبة عن توافرها أو تخلفها ، إذ غالبا ما تنفك الرابطة الزوجية بتخلفها[5]، و في غياب النص القانوني أثبت الواقع العملي و من خلال التراخيص الصادرة في هذا الإطار أن القاضي لا يتخذ قراره بخصوص منح الإذن من عدمه إلاّ بعد الإطلاع على الشهادة الطبية المرفقة المثبتة لقدرة القاصر على الزواج و التي يحررها الطبيب الأخصائي [6].

المبحث الثاني : إجراءات وانعكاسات الإذن القضائي

إن تحديد القواعد المتعلقة بمنح الإذنّ القضائي بزواج القصرّ مسألة بالغة الأهمية ،تتطلب منا دراسة و تحليل نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و إسقاط ما يتناسب منها وطبيعة الإذن القضائي ، وكذا البحث في بعض التشريعات المقارنة خاصة منها التي توسعت في الأحكام المتعلقة به، و جعلت منّ الإذن القضائي بزواج القصُ ر نظاما مً حكمّ او فصلت في مختلف جوانبه فّ دراسة القواعد المتعلقة بمنح الإذن القضائي بزواج القصّ ر تقتضي من بيان أهم الشروط الواجب توافرها لطلب هذا الإذن ، و المذكورة في نص المادة 7من .أ.ق ج، ومعرفة الإجراءات التي تمر بها مثل هذه الطلبات ومن هنا سنتطرق في هذا المبحث الى مطلبين :

---

[1] المادة 326 1/من الأمر رقم ،66-156 ، المؤرخ في 18صفر ،1386الموافق لـ 8جوان ، 1966المتضمن قانون العقوبات ، ج.ر عدد ، 49الصادر في 11جوان ، 1966المعدل و المتمم انظر الملحق رقم ، 03 ،ص 76

1فاسي عبد الله ، المرجع السابق، ص 102
2 4فاسي عبد الله ، المرجع نفسه ، ص 102
[6] لملحق رقم ، 03 بن مدخن مريم ، بركمال سعاد ، الاذن القضائي بزواج القصر ، المذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، ، بجاية ،السنة الجامعية- 2017 : 2016م ،ص 76

- ❖ إجراءات الإذن القضائي " المطلب الاول "
- ❖ اثأر الإذن القضائي " المطلب الثاني "

المطلب الأول : إجراءات الإذن القضائي

إن دور القاضي في منح الترخيص هو أمر مكمل لأحكام المادة 9مكرر التي تشترط الأهلية في عقد الزواج،والإعفاء من هذا الشرط مخول قانونا لقاضي شؤون الأسرة دون سواه، في حين يتلخص دور الولي في تقديم طلب الحصول على الإذن القضائي بالزواج بحكم مركزه كممثل شرعي للقاصر وكذلك تمثيله في العقد، غير أن سلطة الولي في العقد قد لا تكون ذات أهمية في حال العضل حيث تحل سلطة القاضي في هذا الحال محله، كما أن موافقة الولي على الزواج لا تكون ذات قيمة إذا لم تشفع بترخيص القضاء.وفي هذا المطلب سنتطرق إلى :

- ❖ شروط الإذن القضائي " الفرع الأول "
- ❖ جهة القضائية المختصة " الفرع الثاني"

الفرع الأول : شروط الإذن القضائي

إن اللجوء إلى القضاء للحصول على إذن لتزويج القاصر يكون بناء على طلب قضائي ، و الأصل في القواعد الإجرائية العامة أنّ الشخص القاصر لا يتمتع بأهلية التقاضي ، لذلك يتعين عليه تقديم طلبه بواسطة نائبه الشرعي ، حيث نصت المادة 11من قانون الأسرة على أنه " دون الإخلال بأحكام المادة 7من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب ، الجد فأحد الأقاربّ الأولين و القاضي وليّ من لا ولي له" لذلك سنحاول أن نبين الشروط الواجب توفرها في من له الصفة و المصلحة في تقديم الطلب " قسم الأول " ، و كذا شكل الطلب المقدم و البيانات الواجب توافرها فيه "قسم الثاني ".

أولا :شروط تقديم الطلب

تعد الصفة و المصلحة شرطين أساسيين لقبول الدعوى ، و على العموم فإنه لا يمكن اللجوء إلى القضاء و تقديم أي طلب ما لم يتوفر في الطالب الصفة و المصلحة التي اعتبرهما المشرع في قانون الإجراءات المدنية شرطين شكليّين للتقاضي ، بحيث يترتب على عدم توفرهما عدم قبول الطلب ، و عليه فيما تتمثل الصفة و المصلحة ؟

1- **الصفة**

تعرف الصفة على أنها الحق في المطالبة أمام القضاء ، و تقوم على المصلحة المباشر و الشخصية في التقاضي [1]، فلا يمكن تقديم الطلب أمام القضاء ما لم يكن يتوفر في الشخص الصفة في التقاضي و التي تجد أساسها في السند القانوني الذي يمنحه القدرة أو

[1] **بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، 3ط ، منشورات البغدادي ، الجزائر ، ، 2011 ص 40**

الصلاحية في اللجوء إلى القضاء [1]، و في الإذن القضائي بزواج القصر قدم الطلب من ولي القاصر أو من ينوب عنه لنقص أهليته ، و تعد هذه شرطا لصحة إجراءات الطلب ، حيث يترتب عن انعدام الأهلية حسب نص المادة 64 ق إ ج م[2] ، بطلان الإجراءات كما أن نص المادة 11من .أ.ق ج السابق ذكرها" فيه تأكيد على أن" الولي صاحب الصفة ، فهو من يتولّى حسب المادة زواج القاصر، و" الولي قد يكون الأب حيث تكون الولاية للأب أو أحد الأقارب الأولين، و إذا لم يكن للقاصر ولي" يزوجه فالقاضي ولي" من لا ولي له ، إلاّ" أن هذه الحالة تطرح تساؤلا هل يتمتع القاصر بالصفة لمباشرة إجراءات" طلب الحصول على إذن بزواجه ؟ أم أن اعتبار القاضي ولي من لا ولي له يجعله صاحب الصفة في ذلك ؟

2- المصلحة

يقصد بالمصلحة المنفعة التي يحقّقها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء فلا مطالبة دون مصلحة تكون الدافع في اللجوء إلى القضاء و الهدف من تقديم الطلب، فوجود المصلحة يجنب القضاء الانشغال بمطالب لا فائدة عملية منها [3]، و المصلحة قد تكون قائمة أو محتملة يقرها القانون ؛" ما طلب الإذن القضائي" بزواج القصر يقوم على مصلحة مشروعة، يقر و ها يحميها القانون طالما أن زواجه لا يخالف أحكام الزواج و النظام والآداب لا عامة ، إلاّ أنها تبقى مصلحة محتملة يقدرها القاضي لاحقا عند النظر في الطلب.

ثانيا : شكل الطلب

إ ن قبول العريضة المقدمة للقاضي للحصول على إذن لتزويج القاصر يجب أن تخضع لنفس الإجراءات الساري العمل بها في الميدان القضائي ، حيث يجب أ" ن تقدم حسب نص المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية4، في نسختين يشترط فيهما التطابق من حيث البيانات و تتمثل هذه الأخيرة حسب نص المادة 15من قانون الإجراءات في ذكر الجهة القضائية التي يقدم الطلب أمامها ، واسم و لقب الطلب و موطنه وكذا الإشارة إلى المستندات المرفقة بالطلب والوثائق المحتجبها و المتمثلة في 5:

1 -طلب مكتوب من ولي الأنثى أو الذكر مؤرخ و موقع منه.
2 -شهادة ميلاد المعني (ة) بالإعفاء.
3 -طابع جبائي.
4 -شهادة طبية تثبت أهلية القاصر للزواج فيزيولوجيا.

إضافة إلى عرض موجز للوقائع و هو ما ورد في نص المادة 311السالفة الذكر تحت لشرط تقديم العريضة معل ة ، فأهمية التعليل تكمن في" الإ أن ذن القضائي بالزواج يصدر في غياب من تقدم بطلبه، و بال" تالي يتعي" ن على الطالب أن يبين و ٍ قائع طلبه و تقديم شرح واف لها و تأييدها بالمستندات اللازمة، فالقاضي يبني قناعته في إصدار الإذن من واقع ما" يقدم إليه من أدلة و مستندات.

الفرع الثاني : الجهة القضائية المختصة

---

[1] ذيب عبد السلام ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ترجمة للمحاكمة العادلة .، د ط ، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص 62.

[2] نصت المادة 64من ق.إ.م. إ على أنه ":حالات بطلان العقود غير القضائية و الإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي -: ... انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي."

[3] بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ط ،3منشورات البغدادي ، الجزائر ، 2011، 43.

[4] نصت المادة 311من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه " تقدم العريضة من نسختين، و يجب أن تكون معللة ، و تتضمن الإشارة إلى الوثائق المحتج بها... "

[5] أنظر الملحق 76،77، بن مدخن مريم ، بركمال سعاد ، الاذن القضائي بزواج القصر ، المذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، ، بجاية ،السنة الجامعية 2017 : 2016-م ص 03 04 ،

بعدما توصلنا إلى تكييف الإذن القضائي بزواج القصر على انه من الإعمال الولايئة الصادرة حسب النصوص القانونية الإجرائية عن القاضي المختص قانونا وفي حدود سلطته الولائية ، لابد من تحديد طبيعة المظهر الذي يتخذه هذا الإذن أو الشكل الذي يصدر به ، وبهذا الخصوص .

يجمع جمهور الفقهاء و الشراح على أن الاوامر على عرائض هي الشكل الذي يمارس القاضي من خلاله ما يتمتع به من سلطة الأمر او السلطة الولائية . [1]

المطلب الثاني : أثار الإذن القضائي

إن استيفاء الطلب المتعلق باستصدار الإذنّ القضائي بزواج القصر للشروط و الإجراءات الواجب اتّباعها والسابق ذكرها، يستوجب على القاضي النظر فيه و إجابة الطالب على طلبه بالرفض أو القبول، و إعمال ما له من سلطة تقديرية، ففي هذا الصدد يرى الفقهاء بضرورة عدم تقييد القاضي بأي قيد أثناء فصله في الطلب و إنّ صداره للأمر الولائي، لأنه بذلك يمارس سلطته الولائية التي تتميز بتمتع القاضي في ممارستها بقدر كبير من حرية التقدير.

إلاّ أن صدور الإذنّ القضائي بزواج القصر تحكمه بعض المسائل الإجرائية، حيث يتطلّب صدوره السرعة دون الحاجة إلى حضور صاحب الطلب، مع ذكر القاضي للأسباب التي دفعته لاتخاذ القرار المتعلق بالإذن بعد الإطلاع على رأي النيابة العامةّ ، إلى جانب أنه يترتب عن صدور الإذن حصول القاصر على أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وما عليه من التزامات .

لذلك قسمنا الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين بحيث نتطرق إلى اثأر إذن القضائي على زواج القاصر "الفرع الأول " اثأر لأذن القضائي على أهلية التقاضي " الفرع الثاني "

الفرع الأول :أثار إذن القضائي على زواج القاصر

إنّ صدور الإذن القضائي بزواج القصر تحكمه بعض المسائل الإجرائية على اعتبار أن منح الإذن من عدمه قائم على أساس قانوني،ّ يتمثل في وجوبية تدخل القاضي بالرغم من انعدام الخصومةّ ، مما يثير إشكال حول إمكانية إعادة النظر في الأمر المتعلق بالإذن . عملا بمبدأ التقاضي على درجتين.

كلّ ما استجاب الإذن القضائي بزواج القصر للشروط الواجب توفرها فيه و المذكورة سابقا و كذا الإجراءات الواجب اتبعاها و احترامها لاستصدار الإذن القضائي بزواج القصر ، و بعد تقدير القاضي للشروط و اكتمال قناعته بإصدار الإذن بالزواج ، لم يبقى للقاصر إ إلاّ برام عقد الزواج وتوثيقه لتصبح بذلك الإجازة القضائية بالزواج ذو جدوى و فاعلية و لترتب آثارها التي نوردها فيما سيتقدم .

إن أهم أثر ينتج عن منح الإذن القضائي بزواج القصر هو ما تضمنته المادة 7من قانون الأسرة في فقرتها الثانية [2]، المتمثل في اكتساب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بعقد الزواج من حقوق والتزامات ، والتي لا تثبت في الأصل إلاّ لمن كامل الأهلية ، و هو الجديد الذي أتى به قانون الأسرة في تعديل 2005.
و قبل أن نوضح المقصود بأهلية التقاضي تستوقفنا العبارة التي جاءت في نص المادة 7

[1] نبيل إسماعيل عمر ، الأوامر على عرائض و نظامها القانوني ، د،ط، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008 ، ص 11.
[2] **نصت المادة 7من قانون الأسرة في فقرتها الثانية على أنه " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار**
عقد الزواج من حقوق و التزامات"

...يكتسب الزوج القاصر "...، فهل قصد المشرع من خلال العبارة الزوج و الزوجة القاصرين معا؟ أم أنه قصد الزوج القاصر دون الزوجة القاصرة ؟ فإذا أخذنا بالمعنى الواسع لعبارة الزوج ، فيكون المقصود بها كل زوج قاصر أو زوجة قاصرة أبرما عقد زواج بإذن من القاضي ، أ ّما إذا اكتفينا بالتفسير الضيق للعبارة يكون المقصود بها الزوج الذكر فقط.

أما بالنسبة لاكتساب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيكون المشرع الجزائري قد ساوى بينه و بين الزوج الراشد في حق اللجوء إلى القضاء وطلب حمايته من خلال رفعه لدعوى قضائية ، إلاّ أن ممارسة هذا الحق يقتصر فقط على النزاعات المتعلقة بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات فقط دون سواها من النزاعات ، تطبيقا لنص المادة 7في فقرتها الثانية، ما يدفعنا إلى القول بأ ن المشرع لم يمنح للزوج القاصر أهلية تقاضي كاملة، فتحديد المسائل التي يمكن التقاضي فيها ينقص من أهليته، ليبقى بذلك التساؤل مطروحا حول الغاية من حصر أهلية التقاضي في آثار عقد الزواج ، هل أراد المشرع أخذ الاحتياط من تصرفات القاصر بعدم منحه أهلية تقاضي تستخدم في حل الرابطة الزوجية ؟ أم أنّه ّ أراد بذلك حماية القصر و ضمان استمرار الحياة الزوجية بتفادي إقبالهم على دعاوى الطلاق قبل بلوغهم سن الرشد ؟

ينتج عن منح الإذن القضائي بزواج القصر أثر يتمثل في الترشيد للزواج ، فهذا الأخير يعد ناء للأهلية الكاملة ، فمنح الترخيص بالزواج للقاصر يترتب عنه إعفاءه من شرط الأهلية الكاملة ، و استكمال العقد لأركانه الجوهرية و الشكلية حتى يصبح نافذا و ينتفع به الزوج القاصر و الزوجة القاصرة.

و الترشيد هنا يكتسب بناء على إذن من القاضي و الذي يجد أساسه من نص المادة 7من قانون الأسرة ، على حد تعبير المشرع و ذلك حسب ما ورد في ال نص ..." للقاضي أن رخص قبل ذلك ..."

فخلاصة القول ّ أن ّ ترشيد القاصر الذي لم يبلغ السن ّ المقررة قانونا للزواج ، عملا بأحكام المادة 7من قانون الأسرة الجزائري يبقى معلّقا إلى حين الترخيص له بالزواج ، و في حالة صدور الإذن القضائي بتزويج القاصر لا يمكن لموظف الحالة المدنية الامتناع عن إبرام عقد زواج القاصر

بحجة أنه لم يبلغ بعد الأهلية القانونية المطلوبة[1].

إذا كان المشرع الجزائري قد أجاز تزويج ال ّ قصر ّ لمصلحة أو ضرورة يقدرها القاضي،بعدو تأكده من قدرة الطرفين على الزواج ، ّ فإن هذا التزويج يعتبر بعد صدور الإذن القضائي بالزواج صحيحا و ، مرتّبا لكافة آثاره المالية ، حيث تنحصر آثاره المالية في كل من الصداق من حيث قيمته قبضه و التصرف فيه ، بالإضافة إلى النفقة و التصرف فيها ، إلاّ ّ أن المشرع لم ينص صراحة على حق تصرف القاصر في الآثار المالية لكنه بالمقابل رتّب على منح الإذن بالزواج للقاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بعقد الزواج من حقوق والتزامات وهذا ما ورد في نص المادة 7 من قانون الأسرة ، فلا يعقل اكتساب الزوج القاصر هذه الأهلية فيما لا يحق له التصرف فيه بالتالي فإنه يفهم ضمنيا من نص المادة أن الزوج القاصر يكتسب الحقوق بما فيها حق التصرف في الصداق و النفقة شأنه في ذلك شأن الزوج الراشد[2]

الفرع الثاني : اثأر إذن القضائي على زواج القاصر

تحديد سن الزواج في التشريع الجزائري خلال المادة السابعة من ق.أ.ج السالفة الذكر نتج عنها أثر إيجابية وسلبية.

---

[1] بن مدخن مريم ، بركمال سعاد، الاذن القضائي بزواج القصر، المذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ،السنة الجامعية2016- 2017 :م ، ص 63، بن مدخن مريم ، بركمال سعاد ، الاذن القضائي بزواج القصر ، المذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ،السنة الجامعية2016- 2017 :م ،المرجع نفسه ،ص63

- **أولا :الآثار الإيجابية**

أ-اكتساب أهلية التقاضي حيث عندما يقوم القاضي بترخيص بالزواج هذا يسمح للقاصر إكتساب صفة التقاضي أي يمكن له المطالبة بحقوقه الناتجة عن الزواج أمام القضاء، وبذكر على سبيل المثال أنه ترفع دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء من طرف الزوجة وليس من طرف الولي [1]

ب-حماية حقوق الطفل:

إن المشرع عمل بما عملت به إتفاقية حقوق الطفل، وإتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لتحديد سن الزواج، لأن الزواج المبكر يحرم الفتاة من الحقوق التي عبرت عنها الوثائق السابقة الذكر من الحماية، ورعاية وفي الشعور بالأمان، وفي الصحة والتعليم والتنمية، وفي تطوير قدراتها وفي التمتع بوقت الفراغ الذي يستحقه كل طفل [2]

ج -ضمان الحماية القانونية للآثار الناتجة عن هذا الزواج

إن إحترام سن الزواج المحدد قانونا يعطي له الصفة القانونية الشرعية، لأنه يعتبر معيار لتوثيق عقد الزواج وإثباته وهذا يعتبر ضمان قانوني لحماية الآثار الناتجة عن هذه العلاقة الزوجية، ذلك لرعاية مصلحة الأسرة والمجتمع[3].

- **ثانيا :الآثار السلبية**

أ-إنتشار العلاقات غير الشرعية:

لأن في تحديد سن الزواج الشرعي يمنع العديد من الشباب والفتيات اللذين هم دون السن المحددة قانونيا على الرغم من أهليتهم وقدرتهم على الزواج.

ب-اللجوء لتزوير الأوراق الرسمية:

فإن سن قانون يحدد سن الزواج من السهل التحايل عليه والتلاعب به، حيث يلجأ العديد من الأولياء إلى تسنين بناتهم للوصول إلى السن القانونية المحددة للزواج حتى يتسنى لهم تزويجهم في سن صغيرة.

ج -إنتشار الرشوة:

ذلك أن في وضع قانون يحدد السن لزواج يفتح باب لنوع جديد من الرشاوي وذلك من إستصدار شهادات تسنين مزورة خاصة ونحن نعاني كثيرا من أزمة إنتشار الرشوة [4]

---

[1] **باديس دباي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، ،2012ص.13**

[2] **1)مقال بعنوان ظاهرة الزواج المبكر، الموقع الإلكتروني-Palistion News & information wofo www.wofoinfo-fs,2011**

[3] **أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لآخر التعديلات، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، مصر، 2010. ،ص103.**

[4] **سها ياسين عطا القيسي، المرجع السابق، ص95.**

خلاصة الفصل الأول :

من خلال ما تم عرضه في هذه الدراسة وبعد عرض السلطة التقديرية للقاضي في

شؤون الأسرة نجد أن له سلطة مطلقة في بعض المجالات ومقيدة في بعضها ومن أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة ما يلي:

- أن قانون الأسرة منح للقاضي سلطة مطلقة في مختلف المسائل المتعلقة بالزواج وانحلاله
- أن سلطة القاضي تظهر جليا في قانون الأسرة في المواضع التي لا يكون فيها نص قانوني، يوجه القاضي إلى طرق حل النزاع المعروض عليه.
- نص المشرع في المادة 222على أنه كل ما لم يرد النص عليه يرجع فيه إلى أحكام الشريعة، دون أن يحدد للقاضي مذهب معين يرجع إليه، مما يعني منحه سلطة مطلقة في الأخذ بأي مذهب من المذاهب الفقهية طالما كان ذلك يحقق مصلحة المتقاضي.
-أن المشرع منح القاضي سلطة تزويج القاصر متى توافرت المصلحة والضرورة، طبقا للمادة 7.

ومن خلال دراستنا لموضوع الإذن القضائي بزواج القصر ، حاولنا قدر الإمكان إبراز أهمية هذا النظام سواء من الناحية النظرية أو التطبيقية لما له من طابع خاص ، فبالرغم من أن زواج القصر من الاستثناءات التي جاء في قانون الأسرة ؛ إلاّ أن هذا لا ينفي تزايد فعالية هذا النظام في الواقع العملي ، و ذلك بالنظر إلى تطور الحياة الاجتماعية و الأسرية و نتيجة الرغبة في الإستقرار وتكوين أسرة فاعلة في المجتمع.

فانطلاقا من إشكالية الموضوع حاولنا التطرق إلى أهم الجوانب المتعلقة بالمفهوم ، بالتعريف به و بيان طبيعته القانونية و كذا الموقف التشريعي منه ، و عليه يمكن القول بأن الإذن القضائي بزواج القصر إجازة قضائية تمنح للقاصر قصد إبرام عقد الزواج ، فهي تعتبر بمثابة استثناء عن قاعدة السن المحددة لأهلية الزواج ، كما أنها إجراء شكلي يتخذه القاضي بما له من سلطة تمكنه من التكفل بحماية القصر ، بالإضافة إلى كونها تدبير وقتي تستنفذ غايته ببلوغ القاصر سن الرشد .

خاتمة

من خلال ما تم عرضه في هذه الدراسة وبعد عرض السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة نجد أن له سلطة مطلقة في بعض المجالات ومقيدة في بعضها ومن أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة ما يلي:

1. أن قانون الأسرة منح للقاضي سلطة مطلقة في مختلف المسائل المتعلقة بالزواج وانحلاله.
2. أن سلطة القاضي تظهر جليا في قانون الأسرة في المواضع التي لا يكون فيها نص قانوني، يوجه القاضي إلى طرق حل النزاع المعروض عليه.
3. نص المشرع في المادة 222على أنه كل ما لم يرد النص عليه يرجع فيه إلى أحكام الشريعة، دون أن يحدد للقاضي مذهب معين يرجع إليه، مما يعني منحه سلطة مطلقة في الأخذ بأي مذهب من المذاهب الفقهية طالما كان ذلك يحقق مصلحة المتقاضي.
4. أن المشرع منح القاضي سلطة تزويج القاصر متى توافرت المصلحة والضرورة، طبقا للمادة 07.

ومن خلال دراستنا لموضوع الإذن القضائي بزواج القصر ، حاولنا قدر الإمكان إبراز أهمية هذا النظام سواء من الناحية النظرية أو التطبيقية لما له من طابع خاص ، فبالرغم من أن زواج القصر من الاستثناءات التي جاء في قانون الأسرة ؛ إلاّ ّ أن هذا لا ينفي تزايد فعالية هذا النظام في الواقع العملي ، و ذلك بالنظر إلى تطور الحياة الإجتماعية و الأسرية و نتيجة الرغبة في الإستقرار وتكوين أسرة فاعلة في المجتمع.

فانطلاقا من إشكالية الموضوع حاولنا التطرق إلى أهم الجوانب المتعلقة بالمفهوم ، بالتعريف به و بيان طبيعته القانونية و كذا الموقف التشريعي منه ، و عليه ّ يمكن القول بأن الإذن القضائي بزواج القصر إجازة قضائية تمنح للقاصر قصد إبرام عقد الزواج ، فهي تعتبر بمثابة استثناء عن قاعدة السن ّ المحددة لأهلية الزواج ، كما أنها إجراء ّ شكلي يتخذه القاضي بما له من سلطة تمكنه من التكفل بحماية القصر ، بالإضافة إلى كونها تدبير وقتي تستنفذ غايته ببلوغ القاصر سن الرشد.

و باستعراضنا لخصائص الإذن القضائي اتّضحت لنا مدى الخصوصية التي يتمتع بها و التي تميزه عن سائر الأعمال المشابهة له ، إذ أّن ّ ها تساهم في تحديد طبيعته القانونية المتمثلة في أنه عمل ولائي ، يصدره القاضي بناء على سلطته الولائية ، و الذي يتخذ في شكل أمر على عريضة، و الذي بدوره يختلف في حقيقته و مضمونه ع ّ ن الأوامر على عرائض الصادرة في شتى المواضيع ، ذلك أن الأمر على عريضة لا يؤدي بذاته إلى إكساب الحقوق و لا إلى إهدارها، على عكس الإذن القضائي بزواج القاصر الذي يكسب هذا الأخير إما حق الزواج أو حرمانه إلى غاية بلوغ السن ّ المحددة قانونا .

أما معالجة الأحكام المتعلقة بالإذن القضائي بزواج الق ّر ص فكانت من خلال التفصيل في الشروط التي حددها المشرع الجزائري في نص المادة 7من قانون الأسرة ، و المتمثلة في المصلحة و الضرورة الدافعة إليه بالإضافة قدرة الطرفين على الزواج ، و القاضي يمتلك سلطة واسعة في تقدير هذه الشروط ، فمنحه الإذن أو رفضه فيه رقابة

قضائيةّ و حماية للقصر ، كما أن هذه الرقابة تنطوي على ضمان للروابط الأسرية و الحفاظ على الأسرة باعتبارها نواة للمجتمع .

و توفر هذه الشروط لوحدها غير كاف فعلى صاحب الطلب أن يفرغها في قالب قضائي، بتقديم عريضة تتضمن طلب الحصول على إذن إلى قاضي شؤون الأسرة باعتباره القاضي المختص، فحسنا فعل المشرعّ عندما جعل صلاحية منح الإذن المتعلق بزواج القصر في يد قاضي شؤون الأسرة بدلا من رئيس المحكمة فهو أكثر اطّلاعا بالمسائل المتعلقة بالقصر ولكونه مكلفا بحماية مصالحهم.

بالإضافة إلى مراعاة قواعد الاختصاص الإقليمي و التي حددت المحكمة المختصة بالإذن و الواقعة بمكان طالب الترخيص ، على أن قبول الطلب يشترط فيه توفر شرطي الصفة و المصلحة إضافة إلى الشكلية المطلوبة .

و منه توصلنا إلى نتيجة مفادهاّ أن تقديم عريضة تتضمن طلب الإذن، لا يتولد عنها خصومة قضائية ، فصدور الإذن يتخذ في شكل أمر على عريضة، بالتالي فهو يختلف في صدوره عن الأحكام القضائية باستثناء بعض المسائل، و التي تم التطرق إليها في الموضوع كالتسبيب مثلا،كما أننا تّ طرقنا لمدى إمكانية الطعن في الإذن القضائي بزواج القصر ، فميزنا بين رجوع القاضي عن منح الإذن و بين استئناف الأمر المتضمن رفض الترخيص بالزواج.

أما بالنسبة لآثار الإذن القضائي بزواج القصر فيعد إكتساب أهلية التقاضي بالنسبة لآثار عقد الزواج ، منّ أهم الآثار المترتبة عن صدور الإذن بالزواج حسب ما ورد في الفقرة الثانية من نص المادة 7من ق .أ.ّ ج ، كما أنّ القاصر بمجرد إعفاءه من السنّ القانونية المحددة للزواج يصبح مرشدا لإبرام عقد الزواج ، بالإضافة إلى أنه باكتسابه أهلية التقاضي فيما يخص آثار عقد الزواج من حقوق و التزامات ، يكون بذلك قد اكتسب الحقوق التي له الحق في التقاضي فيها و المتمثلة في حق التصرف في الصداق و النفقة .
وانطلاقا مما تمت دراسته فيّ موضوع سلطة القاضي في تزويج القاصر توصلنا إلى جملة من النتائج أهمها:

إن موضوع سلطة القاضي في تزويج القاصر جاء كاستثناء عن القاعدة ، إذ أجاز المشرع الجزائري لكلّ من لم يبلغ السن القانونية المحددة للزواج ، إذا توفرت المصلحة و الضرورة في ذلك الزواج المراد إبرامه ، أن يتقدم بطلب الحصول على رخصة من القاضي تسمح له بإبرام عقد الزواج، فالمشرع جعل القاضي رقيبا و أمينا على مصالح القصر بمنحه مطلق الصلاحية و السلطة التقديرية في منح الإذن بالزواج من عدمه لكن بالرغم أنّ المادة تصدت بالتنظيم لأهلية الزواج و كذا لإستثناء الإعفاء منها ، إلاّ أنها تبقى المادة الوحيدة في قانون الأسرة التي نظمت الإذن القضائي بزواج

القصّ ر ، بالإضافة إلى أنها تبدو ناقصة بسبب الغموض الذي يكتنفها ،ّ كما أن المشرعّ أغفل عدة نقاط هامة كان لابد من التطرق إليها و المتمثلة في:

1. لم يحدد المشرع بمعنى دقيق حالة الضرورة و المصلحة الواجب توفرها لمنح الإذن بالزواج ، كما أنه لم يحدد المقصود بقدرة الطرفين على الزواج ، فهل قصد بها تحمل تبعات الزواج من نفقة و غيرها ، أم قدرة الطرفين على الارتباط و الإنجاب ؟
2. ما يلاحظ أيضا أن المشرع بقي متوسعا في عملية الإستثناء ، ، فمنح سلطة الإعفاءّ من السن المحددة للزواج دون تعييّ ن حدّ أدنى لذلك ، يجرّ نا إلى الاعتقاد بأنه يمكن للقاضي أن يمنح الإذن بالزواج لفتى أو فتاةّ في سن التمييز، و هذا لكون القاضي يتمتع بامتياز منح الإذن و لا توجد أيّة رقابة عليه ، و هذا ما يفهم من العبارة الواردة في المادة 7من قانون الأسرة ... "للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك"...
3. إن مصطلح الزوج القاصر الذي ورد في الفقرة الثانية من المادة 7من قانون الأسرة حول اكتساب أهلية التقاضي في ما يخص آثار عقد الزواج يشوبه غموض ، فهل قصد به المشرع الزوج الذكر فقط أم يشمل الزوجة كذلك ؟
4. لم ينص المشرع على الوسائل التي يعتمد عليها القاضي في منحه للإذن القضائي بالزواج في قانون الأسرة ؛ بل اكتفى فقط بما جاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، على عكس المشرع المغربي الذي تطرق لهاته الوسائل في مدونة الأحوال الشخصية و المتمثلة في الخبرة الطبية و البحث الإجتماعي.
5. كذلك ما يعاب على المشرع عدم التفصيل في الآثار المترتبة عن حصول القاصر على الإذن القضائي بالزواج ، فليس من المعقول بقائه تحت السلطة الأبوية بعد حصوله على الترخيص بالزواج، حيث لا يتمكن من تسيير شؤونه الخاصة و إدارة أمواله ، فالقاصر يكون مسؤولا عن أسرته بحكم ما له من حقوق و ما عليه من إلتزامات.
6. لم يتطرق المشرع للجزاء و العقوبة المترتبةّ عن مخالفة السن القانونية للزواج و إبرام عقد الزواج دون الحصول على رخصة من القاضي.
7. وضع نصوص قانونية جديدة في قانون الأسرة من شأنها التفصيل أكثر في موضوع زواج القصر من حيث الإجراءات الواجبّ إتباعها و كذا الآثار المترتبة عن منح الإذن بزواج القصر .
8. الأجدر بالمشرع التأكيد على إلزامية استخدام الوسائل المتاحة للقاضي للتحقق من توفر شروط الإذن بالزواج كإلزامية إجراء الخبرة ، فبالنظر إلى أهمية و

خطورة الإذن لابد من الحرص عل تكوين خاص لقضاة شؤون الأسرة في مجال حماية مصالح القصر و الحفاظ على حقوقهم.

المراجع والمصادر

قائمة المصادر والمراجع

1-القرآن الكريم

القران الكريم

2-مصادر الحديث :

1- ابو عبيد الله النيسابوري ، المشترك ، ج2، رقم 2745،. دار المعرفة ، بيروت ،د،س،ن محمد بن عيسى -الترميذي سنن الترمذي ،ج 3، الحديث 1102، دار الكتب العلمية ، بيروت.

2- الحسان،رمضان علي السبب الشرنباصي ، احكام الاسرة في الاسلام، ،دار الهدى، الاسكندرية، 2006

3-الكتب الفقه:

1- الإمام الشاطبي ، كتاب نظرية المقاصد، المعهد العالمي الفكر الاسلامي ، تنسيق احمد الريوني
2- العلامة محمد ابن احمد الفاسي ، مختصر دور الثمين المعروف باسم الميارة الصغرى ، اعتناء دكتور رابح زروطي سلسلة الفقهية المالكية الطبعة الاولى

3-عمر سليمان الاقر ، احكام الزواج في ضواء الكتاب والسنة ، ط1، دار النقائس ، عمان الاردن ، 1997

4- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط ،1دار النفائس للنشر، الأردن2007

5- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ط2، دار القلم ، دمشق 2004

6- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ج4، ط2، دار الفكر ، دمشق 1985

3-المعاجم والقواميس:

1-ابرهيم التشيم،يعرف بعض الفقهاء القاصر أو الحدث على أنه كل شخص لم يبلغ السن المنصوص عليها قانونا لبلوغ الرشد ئي لجنائي

2-ابن منظور.لسان العرب المحيط .الطبعة الاولى .القاهرة.مصر.

3-ابي الحسين احمد ابن فارس ابن زكريا .معجم مقاييس اللغة .الطبعة الاول دار الفكر .سوريا .دمشق 1979.

4-مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط، ج1، المكتبة الإسلامية ، تركية، 2003

5-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء.

4-الكتب الخاصة :

1-أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، ط ،1دار القلم، الرباط، 2012

2- أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، ط ،1دار القلم، الرباط، 08.

3- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، ، المصباح المنير، د. ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، سنة 1987
4-الإمام الحافظ ابن حجر العسقلاني ،الاسماء والصفات ،دار الاندلس للطبعة والنشر

5- بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري .، د ط ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،2011

6-تشوار الجيلالي ، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، جامعة الجلفة ، 2009

7-حسن كيرة: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1947

8-زوبيدة إقروفة، الإبانة في أحكام النيابة، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، جامعة عبد الرحمانميرة، بجاية

9-عبد الرا زق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، ج1، د. ط. دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1952
10-عبد الناصر توفيق العطار، الوسيط في أحكام الأسرة، الطبعة الأولى، المكتبة الأزهرية لتراث، مصر، ،2010

11-العربي بختي احكام الاسرة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية الجزئر

12-علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام، البزدوي، ج4 ،د ط ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، 1974
13- عيسى حداد ، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي المختار، عنابة، 2006

14- كمال حمدي،الأحكام الموضوعية في الولاية على المال،بدون رقم طبعة،القاهرة،منشاة المعارف

15-محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي

16-محمد الصغير بعلي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، نظرية الحق ، د.ط..الدار العلوم ، الجزائر، 2006

17-محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية: دروس في نظرية الحق ، ج2، د.ط. دار هومه ، الجزائر، 2011.

18-محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي و القانون، دراسة مقارنة، بدون اسم ناشر، القاهرة.2001.

19-مصطفى السباعي: الأحوال الشخصية(في الأهلية والهبات والوصية)، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق،

20-مصطفى عبد الغني شيبة ، أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب الوطنية ، ليبيا ، 2006 .

5-رسائل و مذكرات :

7-ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة جامعة الماجستير في القانون، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 20 اوت 1955 ، سكيكدة 2011-2012.

8-أحمد بوكرا ززة، المسؤولية المدنية للقاصر : دارسة مقارنة ، رسالة دكتوا ره علوم في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة1 ، 2013-2014
بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائرة ،ديون المطبوعات الجامعية الجزائر

9-ربيعة حزاب ، يعقوبي فتيحة ، احكام نيكاح القاصر بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري ، جامعة وهران ، جوان 2018 م ، شوال 1439

10-سعيد قاضي ، رضا المكلفة في انشاء عقد الزوج في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في العلوم الاسلامية ، تخصص امول الفقه ، كلية العلوم الاسلامية ، جامعة الجزائر (1) ،2010-2011.

11-سها ياسين عطا القيسي، زواج الصغار في ضوء تحديد السن الزواج، مذكرة لنيل درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية كلية الشريعة والقانون، غزة، فلسطين، ،2010

12-صورية غربي، حماية المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ، تلمسان ص 2014.
13-عبد الجليل بضياف ، عوارض الأهلية وأثرها في ايقاع الطلاق ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الاسلامية ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية ، قسنطينة 2010/2009

14-قاسمي عبد الله ،المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق،رسالة دكتتوره ، جامعة ابي بكربلقايد تلسمان 2015/2014 .

15-لبيب محمد شنب: مبادئ القانون، المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص95، أشارت إليه غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أ[و بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014

16-نواري منصف، الوصاية على القاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة محمد خيضر،2014-2015.

17-هبيرات امنة .توثيق عقد الزواج واثره على احكام الاسرة .مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق .تخصص قانون احوال الشخصية .كلية الحقوق والعلوم السياسية .جامعة محمد خيضر.بسكرة .الجزائر.2015/2014.

6-المجلات :

1- احمد محمد كنعان ، الموسوعة ، الطيبة الفقهية ،ط1،دار النفائس ، بيروت لبنان 2000.

2-باديس دباي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، ،2012.

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

3-سعيد عبد العزيز قانون الاسرة الجزائري ، في ثبوته الجديدة .

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

7-النصوص القانونية:

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

2-تعرض المشرع الجزائري إلى ناقص الأهلية وفاقدها و الأحكام المتعلقة بهما ضمن المواد ، 43، 44 42 ، 40من القانون المدني، و المواد 81إلى 86من قانون الأسرة ، و المواد من 326إلى 329من قانون العقوبات الجزائري.

3-القانون رقم 63- 244 المؤرخ في 29 جوان 1963 المتعلقة بتعين الحدالادنى الزواج حسب المادة 99 من قانون الحالة المدنية والخاصة بعقودج الزواج الجريدة الرسمية العدد 2 المؤرخ في يوليو 1963

4-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 ينونيو 1984 ، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005.

5-المادة 40من الأمر رقم58،- 75المتضمن القانون المدني.

8-المواقع الكترونية :

1-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ،1948أنظر الموقع الإلكتروني / :
http://www.bibalex.orgبتاريخ 2 أفريل 2017،

2-لقانون المدني المصري ، الصادر في 16 جويلية 1948، انظر الموقع الكتروني :
http://www.homdykhalifa.com بتاريخ 03 افريل 2017

2-مقال بعنوان ظاهر الزواج المبكر، الموقع الإلكتروني, Po-lestine& information, urfo
www,urfioinfo.Ps,2011

3-مقال بعنوان ظاهرة الزواج المبكر، الموقع الإلكتروني-Palistion News & information wofo
www.wofoinfo-fs,2011

الملخص :

لأهمية عقد الزواج وما يترتب عليه من أعباء و مسؤوليات ، جعل المشرع الجزائري الأهلية من شروطه التي ذكرها في نص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري الأصل في أن يتم الزواج بتمام أهلية الزواج المحددة ب19 سنة للزوجين ، لكن يحدث ان يرغب شاب أو فتاة في الزواج للمصلحة أو ضرورة ، وفي هذه الحالة فان القانون أجاز ذالك شريطة الإعفاء من سن الزواج والترخيص صراحة بذلك ، بعد أن تكون أركان الزواج قد توافرت ، وعليه فان المشرع الجزائري أعطى السلطة للقاضي ان يرخص الزواج قبل ذالك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرت الطرفين على الزواج .

الكلمات المفتاحية :الأهلية ،الترخيص القضائي ،السلطة التقديرية ،قاضي شؤون الأسرة .

Because of the importance of the marriage contract and the consequent burdens and responsibilities, the Algerian legislator made eligibility one of its conditions mentioned in the text of Article 7 bis of the Algerian Family Code. The origin is that the marriage takes place with the full marriage eligibility set at 19 years for both spouses, but it happens that a young man or girl wants to marry For interest or necessity, and in this case, the law permitted this, provided that the marriage age is exempted and expressly authorized to do so, after the pillars of marriage have been met. Therefore, the Algerian legislator gave the authority to the judge to authorize marriage before that for the interest or necessity when the ability of the two parties to marry was confirmed.