جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

أهلية الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص : قانون الأسرة

إعداد الطالبة:
بيسي عبير

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. عميرات عادل	جامعة الشهيد حمه لخضر –الوادي	رئيسا
د. طواهري اسماعيل	جامعة الشهيد حمه لخضر –الوادي	مشرفا ومقررا
د. إلهام بن خليفة	جامعة الشهيد حمه لخضر –الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2018/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾

سورة هود الآية 88

إهداء

إليه خير الأنام ،

من كان له الفضل في اعتناق الإسلام ، سيد المرسلين عليه الصلاة والسلام .

إليهما من أبصرت الدنيا بهما ،

وما وصلت له كان بفضلهما ، أمي وأبي حفظهما الله ورعاهما .

إليهم أصدقاء الدرب وأنسي في الكرب ،

اخوتي علي وهند وخديجة ومحمد الحبيب وغفران، أحبة القلب .

إلى هدية القدر وللدنيا النور ،

شريك العمر خطيبي الغالي منصور.

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، فهو صاحب المن عليا لإنجاز هذا العمل أولا وآخرا، وبعد شكر الله تعالى أتقدم بالشكر لكل من ساندني لأتم عملي على خير ما يكون بالوقوف والصبر معي والدعاء لي، وأقدم خالص شكري إلى الدكتور الفاضل طواهري اسماعيل حفظه الله، الذي تفضل في الإشراف على هذه المذكرة وعلى بذله الوقت والجهد لإنجاز المذكرة، على أكمل وجه، جزاه الله كل خير.

ولا أنسى الأساتذة الأفاضل وخاصة كل من درسني في مساري الجامعي لكلية الحقوق، وإلى الأساتذة الكرام لجنة المناقشة، راجية من الله أن أوفق في ارضائهم بما بذلته من كد وجهد لإتمام هذا العمل، كلي أمل في الله أولا ومنهم ثانيا، كل خير.

المقدمة

يعد عقد الزواج من أسمى العقود وأعظمها أثرا لما له من قدسية خاصة، فبه عمارة الأرض وحياتها، على الوجه المباح طبعا، لقوله تعالى ﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ﴾ سورة الروم الآية 21.

فسعادة الأسرة وسلامة الأولاد تتوقف على حسن اختيار كل من الزوجين للآخر، اختيارا مستمدا من الدين والعقل والأخلاق، بعيدا عن العاطفة والمصالح المؤقتة والمنافع الزائلة، مقدرا المسؤولية المتبادلة بين الزوجين .

وتوافقا مع طبيعة الإنسان من حيث تدرجه في النمو عبر مراحل حياته، فقدت اتخذت القوانين الوضعية إقتداءا بالشريعة الإسلامية أحكاما تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم، بما يضمن حمايتهم خاصة الضعفاء منهم، بالأخص حينما يتعلق الأمر بالزواج .

ونظرا لأهمية هذا العقد فقد أولاه الفقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم عناية خاصة، كذلك المشرع الجزائري الذي نظم أحكام عقد الزواج واعتبره من أهم المسائل القانونية المتعلقة بالأسرة، وأحاطه بالعناية من كل جوانبه، محاولا الإلمام به بأحسن وجه، لما يعتريه من نقص أو غموض في بعض أحكامه من خلال تعديله لقانون الأسرة من أركان وشروط وغيرها من الأحكام، كالأهلية مثلا التي لم ينص عليها في القانون رقم (11/84) كشرط أو ركن ولم يبين أي طبيعة لها، بل اكتفى بالنص عليها لبيان سن الزواج القانوني فحسب، ليستحضرها فيما بعد كشرط من شروط عقد الزواج، بل جعلها في صدارة الشروط لما لها من أهمية لتمام العقد ونفاذه، في القانون رقم (02/05) المعدل لقانون الأسرة .

فالأهلية تعد من العناصر الجوهرية لصحة التصرفات وسلامتها، فإذا كان أحد أطراف العقد ناقص أو منعدم الأهلية، أضفى المشرع على هذه العلاقة ميزة خاصة، بإخضاعها لمجموعة أحكام لابد من تطبيقها على تصرفات القاصر حماية له وتحقيقا لمصلحته بالمحافظة على حقوقه، مراعاة لنوعية التصرفات التي يقوم بها سواء كانت ضارة ضررا محضا أو نافعة نفعا محضا أو كانت تدور بين النفع والضرر، كعقد الزواج فإنه يكتسب قدرة مباشرة العقد إن

كانت قدراته العقلية كاملة، أو أنها تستلزم إجازة الولي، أو منعه من مباشرة العقد واعتباره باطلا، كحال باقي التصرفات غير عقد الزواج .

لذلك فتح المشرع باب الترخيص لهم لإبرام عقد الزواج، باعتبار الأهلية عنصرا أساسيا فيه وإبرامه إبراما صحيحا، مراعاة لما ينشئه من آثار قانونية من الناحيتين الشخصية والمالية .

فلما كان قانون الأسرة الجزائري مستمدا من الشريعة الإسلامية، فتناولت ما نص عليه القانون ببيان مدى اتفاقه مع المذاهب الفقهية، إضافة لنقد بعض مواده أو التعقيب عليها مع بيان وجه الصواب فيها، خاصة وأن المشرع يعتمد أحيانا الجمع بين عدة مذاهب للمسألة الواحدة أو الخروج تماما عما تناولته المذاهب وأخذه موقفا حياديا خاصا به .

فبحسب ما ورد تبدو أهمية الموضوع من حيث كونه يمس كافة أفراد المجتمع ، فالأهلية تتعلق بزواج البالغ والصغير، العاقل والمجنون ومن في حكمه، الذين يعتبرون فئة حساسة في المجتمع، لها وزنها وتأثيرها الخاص قانونا كذلك تتجلى الأهمية لشمولية الموضوع فكان يجب التفصيل فيه في دراسة علمية جامعة له في كل جوانبه، كما أن الموضوع لم يكتب فيه بصورة موازنة، نظرا للاختلاف الملحوظ بين ما جاء به الفقه الإسلامي وما أخذ به المشرع الجزائري خاصة بعد تعديل قانون الأسرة، ومن الأهمية ما يستلزم الوقوف على مدى اهتمام الفقه الإسلامي بشرط الأهلية في الزواج وإبراز اختلاف المذاهب في موضوع الدراسة بين الموسع والمضيق .

وتتجلى أهم الأسباب لاختيار الموضوع، لتسليط الضوء على أحد أهم شروط عقد الزواج والمتمثل في الأهلية، والتي بها تتحدد صحة التصرفات من بطلانها، كما تحدد الأحكام الخاصة التي تطبق على الشخص كونه كامل الأهلية أو ناقصها أو فاقدها تماما، فالحكم يختلف حسب أهلية كل منهم، ومن الأسباب مقارنة قانون الأسرة مع القوانين الوضعية في بعض النقاط، كذلك الوقوف على مواطن السكوت والتفصيل .

والهدف الأساسي من هذه الدراسة، هو معالجة المسائل المتعلقة بأهلية الزواج، وبيان الأحكام الخاصة بتوافرها كشرط للزواج، خصوصا فيما لم يرد ذكره في نصوص التشريع الجزائري إضافة للإحاطة بما تناوله المشرع ومدى تأثره بالفقه الإسلامي من خلال التعديلات الواردة على النصوص و محاولة فهم إرادة المشرع واستخلاص مدى توفقها في مجمل الموضوع .

بالنسبة للدراسات السابقة فقد قامت بذكر بعض عناصره، ففي حديثها عن الأهلية تشترط في الغالب العقل والبلوغ للزوجين وإلزامية الولي للمرأة ولعديمي الأهلية أو ناقصيها، وكذلك الكتب المتعلقة بالفقه تكون الأهلية فيها غير مستكملة وإنما لا تتعدى أن تكون مجرد جزئيات في الدراسة.

وقد اعتمدت في الدراسة على المنهج التحليلي المقارن، فيتجلى التحليل في ذكر أقوال الفقهاء إضافة لعرض أدلتهم ومناقشها للإشارة فيما بعد لموقف المشرع الجزائري ومدى تأثره بأحد المذاهب واتباعها، وكذلك تحليل النصوص القانونية واستيعاب محتواها، أما المقارنة تظهر بجمع وتحصيل كل حالة من الناحية الفقهية الشرعية، والناحية القانونية باعتبارها حيز التطبيق والممارسة .

فالمنهج التحليلي المقارن من المناهج العلمية الهامة لإثراء التشريعات، فهو منهج من شأنه أن يكشف لواضعي القوانين ومشاريعها ما يحتاجونه من أسباب وتأصيل أي موضوع يريدون الخوض فيه.

وخلال تطبيق هذه المنهجية في الدراسة، وبالنظر إلى اختلاف موقف المشرع الجزائري من مذهب لآخر في دراسة أهلية الزواج، تطرح الإشكالية عن مدى توفيق المشرع الجزائري في تقنينه لأهلية الزواج مقارنة بالفقه الإسلامي ؟

ونتعرض للإجابة على هذه الإشكالية في خطة رئيسية كالآتي :

حيث تناولت في الفصل الأول: كمال أهلية الزواج من خلال التطرق لتحديد سن الزواج بين الفقه والقانون في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني تطرقت لأهلية المرأة الراشدة للزواج بين اختلاف الفقهاء وقانون الأسرة الجزائري.

أما الفصل الثاني فركزت الدراسة فيه على عوارض أهلية الزواج، هذه العوارض التي قد تعدم الأهلية كالجنون أو العته، أو تكون منقصة لها كزواج المميز أو السفيه أو الغافل، من خلال معرفة آراء الفقهاء واختلافهم في تزويجهم وكذلك معرفة موقف المشرع الجزائري بهذا الشأن.

الفصل الأول

كمال أهلية الزواج

تعرف الأهلية بانها قابلية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل الإلتزامات، وأن يمارس بنفسه التصرفات التي تمكنه من كسب هذه الحقوق وتحمل الإلتزامات، فهي تعطي الشخصية القانونية للشخص الطبيعي وحتى الاعتباري .

وتنقسم هذه الأهلية إلى نوعان، أهلية تكتسب بمجرد ميلاد الشخص، وهي أهلية الوجوب، والتي تمثل صلاحية الشخص في التمتع بالحقوق وتحمل الإلتزامات إلى حين وفاته.

أما النوع الثاني فيتمثل في أهلية الأداء، وهي التي يكتسبها الشخص لاحقا، من خلال صلاحيته لممارسة حقوقه بنفسه، وبالتالي إعمال الإرادة إعمالا يترتب عليه الأثر القانوني.

هذا بالنسبة للشخص الراشد الكامل الأهلية، فيختلف الوضع في حال اعترى هذه الأهلية عارض يؤدي إلى نقصانها أو فقدها تماما .

وأهم تصرف يقوم به الشخص الزواج، الذي يستلزم أهلية الأداء الكاملة حتى تكتمل صحته ويرتب آثاره، وتكون هذه الأهلية لمن بلغ الحلم وكان عاقلا، والأصل في هذه الأهلية العقل ولكن ربطت بالبلوغ، لأن مظنة العقل البلوغ، فالإنسان الذي يصل إلى سن البلوغ يكون كامل الأهلية للأداء، سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، فالرجل الحر البالغ العاقل له تولي عقد زواجه بنفسه وله كامل الأهلية في إبرامه، أما المرأة البالغة الراشدة فقد اختلف الفقهاء في مسألة توليها العقد بنفسها .

وهو ما سنتبينه خلال هذا الفصل من خلال تناول سن الزواج في المبحث الأول، و أهلية المرأة البالغة للزواج في المبحث الثاني، من خلال بيان رأي الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري في ذلك تباعا .

المبحث الأول

تحديد سن الزواج

اعتنت الشريعة الإسلامية بكافة جوانب عقد الزواج بدءا بالخطبة إلى الآثار الناتجة عنه بما فيها اشتراط أهلية كلا طرفيه وبلوغهما، وهو ما سارت عليه القوانين الوضعية ومنها القانون الجزائري، لكن بالنسبة لتحديد سن الزواج سواء للفتى أو الفتاة فقد اختلف فيه الفقهاء، من خلال اختلاف المذاهب في تحديده، وكذا اختلاف القوانين فيه، وذلك يعود إلى عدم ورود النص عليه في الكتاب والسنة، فقد اعتمد الفقهاء في تحديد السن المناسب للزواج من خلال ربطه بالبلوغ أو العقل، وفي حال استعصاء ذلك فقد حدد الفقهاء سنا معينة للذكر والأنثى حتى يعتبر دلالة على وصول الشخص لمرحلة يمكنه من عقد الزواج، لكن الواضح أن أغلب القوانين الوضعية تحدد هذه المرحلة بالسن، لا باعتبار العقل والبلوغ ،نظرا لاختلاف هذا الأمر من شخص إلى آخر، ومن بيئة إلى أخرى، وهو ما نلاحظه في المشرع الجزائري كذلك .

وهو ما سنفصل فيه في المطلبين التاليين، من خلال بيان تحديد سن الزواج والمعيار المتبع في ذلك فقها وقانونا.

المطلب الأول

سن الزواج فقها

لقد اتفق الفقهاء على ثبوت النكاح للرجل البالغ العاقل الرشيد، فله أن يزوج نفسه بأي امرأة يختارها وبأي مهر كان، ويكون تصرفه هذا نافذا بدون اعتراض أحد عليه [1].

هذا مادام صالح العقل كامل البلوغ، لكن ما هو مختلف فيه هو في حال أصاب قواه العقلية خلل فكان عقله بطيء التطور أو حتى بدون خلل فالنمو يختلف من شخص إلى آخر ومن الذكر إلى الأنثى، فيكون البلوغ غير كامل في حين يكون تاما عند أنداده، فهذا أمر طبيعي وهو يتفاوت بين الأفراد، ولذلك وجب تقدير سن معينة تكون متلائمة مع أفراد المجتمع، من خلالها يصبح الشخص مقدرا بلوغه في الغالب وخصوصا إن كان الظاهر يثبت ذلك . وغالبا ما يتحقق ذلك بسن المراهقة، فإن ادعى الصبي البلوغ الطبيعي بعد بلوغ هذه السن قبل قوله، لأن الظاهر في هذه الحالة لا يكذبه، والأمر لا يعرف إلا من جهته[2].

الفرع الأول الأخذ بمعيار العقل والبلوغ

أولا: العقل

يعرف العقل لغة بأنه الحجر والنهي، وهو ضد الحمق، والجمع عقول، وعقل الشيء يعقله عقلا إذا فهمه، ويقال للقوة المتهيئة لقبول العلم [3].

أما في الاصطلاح فقد نعت العقل بعدة تعاريف منها أنه قوة في الطبيعة تنزل في القلب منزلة البصر في العين، ويعتبر آلة الفهم، ويتفاوت بتفاوت الأشخاص قوة وضعفا.

---

[1]–الشحات إبراهيم محمد منصور: "أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية" دار الفكر العربي، بنها، بدون سنة نشر، ص97.

[2]–ابن تيمية : "أحكام الزواج" دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان 1988، ص 441.

[3]–الموسوعة الفقهية الكويتية: صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الدينية الإسلامية، الكويت marqoom.org 2018/03/24 19:00 ، ص 19263 .

وهو في نظر الفقه الإسلامي مناط أهلية الأداء، لأن صحة الأداء تتوقف على التمييز [1].

كما يعرف بأنه غريزة يتهيأ بها الإنسان إلى فهم الخطاب، وقيل هو نور في القلب يعرف الحسن والقبيح، والحق والباطل [2] .

والعقل شرط لصحة التكليف شرعا حيث يمنحه القدرة على فهم دليل التكليف والعمل بمقتضاه حتى يستطيع فهم النصوص الشرعية من القرآن والسنة، ولهذا اشترط الشارع الحكيم العقل في المكلف لأنه أداة الفهم والإدراك وعن طريقه يمتثل المسلم أمر ربه.

والعقل مناط الأهلية وفقه الخطاب، فمن لا عقل له فإنه فاقد الأهلية، فالقوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب غير موجودة عنده، وأفعاله وأقواله ليس حاكم يحكمها ويجريها على نسق سواء [3].

ثانيا البلوغ

لكن كون العقل امر خفي لا يمكن إدراكه بالحس الظاهر، لذلك وجب ربطه بأمر ظاهر، فقد ربطه الشارع بالبلوغ حتى يكون مظنة للعقل، فأي إنسان بلغ الحلم من دون أن تظهر عليه علامات الاختلال العقلي، كان إنسانا مكلفا شرعا، وبهذا يكتمل مناط الأهلية بأن يكون الشخص بالغا عاقلا .

تعريف البلوغ: لغة، جاء في لسان العرب، بلغ الشيء يبلغ بلوغا وبلاغا، أي وصل وانتهى وبلغ الغلام احتلم كأنه بلغ وقت الكتاب عليه والتكليف، وكذلك بلغت الجارية التهذيب، بلغ الصبي والجارية اذا أدركا وهما بالغان [4] .

---

[1]–فاسي عبد الله : " المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق" أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2014_2015، ص 30 .

[2]–الموسوعة الفقهية الكويتية: المرجع السابق، ص 19263.

[3]–عمر سليمان الأشقر: " أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة" دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن1997، ص 109 .

[4]–سعيد قاضي: "رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري" رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية جامعة الجزائر 1، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة والقانون2010_2011، ص55 .

والبلوغ الوصول، قال الجوهري بلغ الغلام: أدرك والمراد به بلوغ حد التكليف [1].

شرعا: انتهاء حد الصغر في الإنسان ليحكم عليه الشارع بالتكاليف الشرعية [2] فهو عبارة عن تغير الشخص من حالة الطفولة إلى غيرها، وصحة تصرفاته كالبيع الشراء والهبة والزواج والطلاق وغيرها.

وبلوغ الصغير والصغيرة له أمارات تدل عليه، فمتى وجدت هذه الأمارات فيكونان بلغا حد التكليف، كالاحتلام للفتى والحيض والحمل بالنسبة للفتاة، وغيرها فإن وجدت وجد البلوغ.

لكن اختلف أهل العلم بأقل سن للبلوغ بظهور الأمارات الدالة عليه، وأقل ما قيل في السن التي يبلغ فيها الفتى التاسعة، وهذا مذهب الشافعية والمالكية، وعند الحنابلة عشرة سنوات وعند الحنفية اثنتا عشرة سنة، وأما الفتاة عند الحنفية تسع سنين، وهذا هو الأظهر عند الشافعية والحنابلة [3].

فيشترط في عقد الزواج أن يكون كل واحد من العاقدين أهلا لإجراء العقد، وذلك لأن هذا عقد، وهو يحتاج إلى الرضا وتوافق الإرادتين، وبالتالي يستلزم توفر الفهم، لاستيعاب كل من العاقدين وادراكه التام لما يقدم عليه، بكامل إرادته دون أن يشوبها أي عيب كالإكراه، و من لا قدرة له على الفهم لا يعرف الرضا ولا يعتد بقوله، ولذلك اشترط أن يكون العاقدان عاقلين بالغين [4].

وبالتالي تثبت أهلية الأداء لهما لمباشرة عقد الزواج، ولتحمل كل الأثار المترتبة عليه من حقوق والتزامات .

---

[1]–عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص111 .

[2]–محمد عميم الإحسان المجددي البركتي: " التعريفات الفقهية" دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان 2003، ص 46 .

[3]_عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص 114.

[4]_هناء فوزي محمد علي ربايعة: " الأهلية للزواج بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية " دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين2013، ص25 .

الفرع الثاني الأخذ بمعيار السن

قد يكبر الشخص ويتقدم في العمر، لكن لا تظهر عليه احد علامات البلوغ، وبالتالي لا وجود لمعيار يحكم به على تصرفاته، أو أن يكون أهلا للزواج، ولهذا وجب إيجاد معيار آخر تحدد به هذه الأهلية، فقد أخذ الفقهاء بتقدير البلوغ بسن معينة، متى بلغها الشخص اعتبر بالغا

أولا: موقف الفقه الإسلامي من تقدير البلوغ بالسن

1_ موقف داود الظاهري: لم يعتبر داود رحمه الله تعالى بالسن كمعيار للبلوغ فقد قال الله بأنه لاحد للبلوغ من السن، فهو يقول أن إثبات البلوغ بغير الاحتلام يخالف الخبر حيث قال أنه لا يبلغ بالسن مالم يحتلم حتى لو بلغ أربعين سنة [1] .

لقوله عليه السلام :"رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم .... " [2] .

لكن الجمهور ردوا استدلال داود بالحديث السابق، حيث ان ما احتج به داود لا يمنع إثبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل، ولهذا كان إنبات الشعر علما عليه .

فالحديث جعل الاحتلام دليلا على البلوغ من بين أدلة أخرى، وليس الدليل الوحيد، فقد قامت الأدلة على اعتبار عدة أمارات يحصل بها البلوغ، والسن معنى يحصل به البلوغ.

2_موقف جمهور الفقهاء: ذهب بهذا الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم، فقد أخذوا بمعيار السن، حيث قالوا إذا لم تظهر علامة من العلامات الدالة على البلوغ فالمعتبر في تحديد أجل البلوغ هو السن [3].

---

[1]–سعيد قاضي: المرجع السابق، ص77 .

[2]–سنن النسائي 3432: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم قال حدثنا عبد الرحمان بن مهدي قال حدثنا حماد بن سلمة عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال" رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق " . 15:30 14/04/2018 ahlalhdeet.com

[3]_سعيد قاضي: المرجع السابق، ص 78.

ثانيا: تحديد السن التي يحصل بها البلوغ

اختلف اهل العلم بشأن سن التي يحدث بها البلوغ، والسبب راجع إلى أن البلوغ مرتبط بسن المراهقة، وهي أمر جسماني يختلف باختلاف المناخ حسب كل بلاد .

1- مذهب الجمهور: يرى الجمهور بأن أجل البلوغ يحل بخمسة عشرة سنة قمرية للأنثى والذكر على حد سواء، وهي سن البلوغ لمن لم يحتلم.

وهذا مذهب الشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد، ورواية عن أبي حنيفة، وغيرهم [1].

حيث استدل الجمهور بما رواه نافع قال: "حدثني ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد للقتال، وأنا ابن اربعة عشرة سنة، فلم يجزني، ثم عرضني يوم الخندق وأنا ابن خمسة عشرة سنة، فأجازني. قال نافع فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو خليفة، فحدثته هذا الحديث، فقال: إن هذا لحد بين الصغير والكبير، وكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمسة عشرة سنة" [2]، أي أنه ببلوغه الخامس عشرة أصبح أهلا للقتال، الأمر ذاته ينطبق على باقي أمور التكليف فبهذه السن اكتمل بلوغه ويعتبر أهلا للتكاليف والعبادات، وصحة تصرفاته.

2- مذهب أبي حنيفة: قال أبو حنيفة يتم بلوغ الغلام بثماني عشرة سنة، ويتم بلوغ الأنثى بسبع عشرة سنة حيث فرق بين الذكر والأنثى [3]، وقد استدل بقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده﴾ [4]

حيث اعتبروا أن ثماني عشرة سنة أقل ما قيل في بلوغ الأشد، وأخذوا به احتياطا، وأما أشد الرجال فأربعون، قال تعالى: ﴿حتى إذا بلغ أشده وبلغ أربعين سنة ﴾ [5]، والأنثى أسرع بلوغا فأنقصوا سنة.

---

[1]-سعيد قاضي: المرجع نفسه، ص79.

[2]-أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: " فتح الباري شرح صحيح البخاري" دار الريان للتراث، مصر1986، ص328 .

[3]-سعيد قاضي: المرجع السابق، ص82.

[4]-سورة الإسراء، الآية 14.

[5]-سورة الأحقاف، الآية 15.

3- مذهب المالكية: يعتبر مذهب المالكية أكثر المذاهب اشتمالا على آراء فقهية مختلفة فبعض فقهائه يوافق رأي الجمهور، أي خمس عشرة سنة، للذكر والأنثى على حد سواء، والرأي المشهور عند المالكية، هو ثمان عشرة سنة للذكر والأنثى على حد سواء، وقيل في أحد فقهائه سبع عشرة سنة [1].

المطلب الثاني

سن الزواج قانونا

على خلاف الفقه الإسلامي لم يأخذ المشرع الجزائري بالأمارات الطبيعية للبلوغ كأساس لإمكانية الزواج، حيث حدد سن معينة من خلالها يعتبر تمام البلوغ للشخص، والقدرة على الزواج وتحمل متاعبه، فمن الشروط كمال الأهلية لكل من الزوجين العاقدين، وهذه الأهلية تستلزم شروطا لتحققها فيجب أن توافر على البلوغ والعقل والحرية، فلو كان أحدهما ناقص الأهلية، كمن كان معتوها أو صبيا، توقف العقد على من له على نفسه الولاية، فإن أجازه صار العقد نافذا، وإذا كان أحد المتعاقدين فاقدا للأهلية وتولى زواجه بنفسه صار العقد مفسوخا باطلا [2].

ولهذا فقد عنى المشرع الجزائري بالأهلية، باعتبارها شرط من الشروط التي نص عليها لانعقاد الزواج، ويكون تقدير السن الشرعي للزواج وقت انعقاد العقد وليس وقت الدخول، وهو يعتمد على البيانات الواردة في سجل الحالة المدنية للزوجين [3]، وقد مر تحديد هذه السن بمراحل خلال تعديل قانون الأسرة، مراعاة من المشرع لتحقيق التوازن، وما هو أفضل لمصلحة الزوجين والأولاد مستقبلا، لما يحمله الزواج من مسؤولية، إضافة لما تعرض له من ضغوط الانتقادات والتي قد تكون هادفة وفي محلها أحيانا، لوضع السن المناسب لكلا الطرفين.

---

[1]-سعيد قاضي: المرجع السابق، ص84.

[2]-جمال بن محمد بن محمود: "الزواج العرفي في ميزان الإسلام" دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان 2004، ص71 .

[3]-فوزية بوجاجة وغنية غوناي: "الأحكام القانونية لانعقاد الزواج "مذكرة مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية، جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق2014 _2015، ص 26.

وهو ما سيتم توضيحه خلال الفرعين التاليين، لمعرفة النظرة القانونية لسن الزواج قبل تعديل قانون الأسرة وبعده.

الفرع الأول التطور القانوني لتحديد سن الزواج

لقد مرت أهلية الزواج في القانون الجزائري بعدة مراحل بدءا بقانون 224/63 الصادر في 29 جوان 1963 [1] حيث نصت المادة الأولى منه على "لا يمكن للرجل قبل 18سنة وللمرأة 16 سنة أن يعقدا الزواج" حيث نلاحظ أن المشرع لم يساوي بين الجنسين، كما نلاحظ كذلك أن كلا السنين منخفض، وهو بذلك قريب من المذهب المالكي، فربما هذا النقص الملحوظ في السن جعل من المشرع يعيد النظر فيه .

وبصدور قانون الأسرة رقم 11/84 [2] رفع في سن الزواج لكلا الطرفين حيث جعله 18 سنة للأنثى و 21 سنة للذكر في المادة السابعة منه [3].

لكن بسبب الانتقادات الشديدة التي تعرض، لها ومنها أنه من غير المعقول والمنطق أن يبلغ الرجل والمرأة سن الرشد القانونية المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني الجزائري[4] ولا يمكن له عقد زواجه لأنه ليس أهلا للزواج، الأمر ذاته بالنسبة للمرأة أنها تكون كاملة الأهلية وفقا لقانون الأسرة لعقد زواجها دون أن تبلغ سن الرشد المدني [5] .

لذلك اهتدى المشرع إلى توحيد سن الزواج بين الرجل والمرأة، كذلك إلى التوحيد مع سن الرشد المدني جاعلا منه 19 سنة للذكر والأنثى، فقد أنزل من سن الرجل ليرفعه في المقابل للمرأة.

---

[1]–القانون رقم 224/63 الصادر بتاريخ 29 جوان 1963 الخاص بتحديد السن الأدنى للزواج .

[2]–الأمر رقم 11/84 الصادر في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم (02/05) المؤرخ في 2005/02/27 الجريدة الرسمية العدد15 .

[3]–تنص المادة 7 من قانون الأسرة من الأمر رقم 11/84 على" تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21سنة والمرأة بتمام 18سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".

[4]–الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري والمعدل بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 الجريدة الرسمية العدد31.

[5]–زايدي عبد السلام يوبي عليلي: "شروط عقد الزواج في القانون الجزائري" مذكرة لنيل شهادة الماستر قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2012_2013، ص 34 .

لكن ما يتبادر في الذهن حول الأمر، هو سبب زيادة المشرع لسن المرأة في كل مرة دون أن ينقصه كسن الرجل، فربما يعود السبب في رغبة المشرع الوصول بالمرأة إلى الرشد التام، بحيث يكون لها من القدرة الكافية للاستيعاب بقدر ما يتطلبه الزواج من مسؤولية، فكلما كان السن أقل كثرت الخلافات بين الزوجين، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى زيادة نسبة الطلاق، فتفاديا لهذه النتيجة ولآثارها الوخيمة، زاد المشرع من سن المرأة، وهذه وجهة نظر سديدة من المشرع .

وهو ما نجده في القانون المدني الفرنسي فهو يتوافق مع المشرع الجزائري في توحيد سن الزواج للرجل والمرأة معا، حيث نص في المادة 144 منه على "لا يمكن للرجل والمرأة عقد الزواج قبل بلوغ 18 سنة كاملة " [1].

كذلك نجد ضمن المبادئ الأساسية للقانون الألماني أنه يحق لكل شخص عادي من سن 18عاما من حيث المبدأ أن يقرر بحرية إبرام أي عقد مع أي شخص وبأي مضمون [2].

فقد أحسن المشرع في هذا الصدد حيث أعاد التوازن بين قانون الأسرة والقانون المدني، وهو ما نص عليه في المادة السابعة من قانون الأسرة بعد تعديله من خلال الأمر رقم (05/02) في فقرتها الأولى على ما يلي" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة [3].

لكن نلاحظ أن ما تضمنته المادة7 تحتوي على إلغاء ضمني للمادة1 من قانون 1963 وهذا لا يقتصر على هذه المادة فحسب، بل يمتد إلى المواد التي بعدها، والتي اشتملت على أحكام تتعلق بتنظيم قواعد لم يتعرض لها قانون الأسرة ضمن مواده.

كما نلاحظ على المادة7 بعد تعديلها، أن الاستثناء الخاص بالزواج قبل بلوغ سن الأهلية أصبح يشتمل على كل من المرأة والرجل بعدما كان في السابق يقتصر على المرأة فقط.

---

[1]

code civil français : Dernière modification: 03/01/2018 Edition : 11/01/20181

LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 1 - NOR: JUSC1236338L

"Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus".

[2]

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

[3]- قانون الأسرة بتعديل (02/05).

إضافة إلى أنه بقي متوسعا في عملية الاستثناء، وبالتالي يمكن للقاضي أن يمنح الإذن بالزواج لشاب أو شابة لم يبلغا 16 سنة وهذا لكون القاضي يتمتع بامتياز منح الإذن ولا توجد أي رقابة عليه [1].

وبالتالي حبذا لو أن المشرع حدد هذا الاستثناء بسنة أو سنتين قبل بلوغ أهلية الزواج، حتى نتجنب تحول الاستثناء إلى قاعدة.

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري إضافة لعدم تحديده السن الأدنى للزواج، فهو كذلك لم يتطرق لمسألة فارق السن بين الزوجين مهما كان، على غرار بعض الدول الأخرى

فقد ذهبت بعض قوانين الأحوال الشخصية إلى منع الزواج إذا كان هناك فرق كبير في السن بين الزوجين مثل ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 19 منه على أنه "إذا كان الخاطبان غير متناسبين سنا ولم يكن مصلحة في هذا الزواج فللقاضي أن لا يأذن به"[2].

كما نصت المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية اليمني على أنه "لا يجوز اجراء عقد زواج فيه تفاوت في السن يتجاوز عشرين عاما إلا إذا كانت المرأة قد بلغت من العمر خمسة وثلاثين عاما " [3] .

لكن أرى أن المشرع الجزائري قد احسن في عدم تحديده لفارق السن بين الزوجين، فيكفي رضا كل منهما بالآخر إضافة لكفاءة كل منها للآخر.

---

[1]–حسين المهداوي: "دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره" مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية2009_2010، ص19 .

[2]–قانون الأحوال الشخصية السوري.

[3]–قانون الأحوال الشخصية اليمني.

الفرع الثاني أثر تخلف شرط الأهلية

اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توافر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من الإلتزامات المالية والواجبات الاجتماعية العائلية، فليس من المصلحة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، وقدرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة، والأعباء الزوجية [1]

ولهذا فقد نصت المادة السابعة من الأمر 05/02على اشتراط بلوغ كل من الفتاة والفتى سن التاسع عشر لتوفير أهلية الزواج، كما منعت رئيس المحكمة صلاحية الترخيص أو الإذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو ضرورة، متى تأكد من توفر قدرة الطرفين على الزواج.

لكن في المقابل لم ينص صراحة ولا ضمنا عن ما يترتب من آثار على مخالفة سن أهلية الزواج وتجاوز نص المادة وأبرما عقد الزواج بدون رخصة [2].

وذلك على عكس القانون رقم 2/634، حيث منع صراحة بعبارة " لا يجوز "، في مادته الأولى، من إبرام عقد الزواج دون بلوغ السن المحددة ، كما نص في المادة الثانية على

" إن ضابط الحالة المدنية أو القاضي والأزواج وممثليهم الشرعيين وشركاءهم الذين لم يراعو شروط السن المحددة في المادة الأولى يعاقبون بالحبس من 15يوم إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من 400 إلى 1000 دج أو بإحدى العقوبتين فقط " .

فكان من الأجدر إما أن يبقي على نص المادة، أو أنه يدرج أثر مخالفة السن القانوني للزواج ضمن قانون الأسرة أو يفضل أن يكون ذلك ضمن قانون العقوبات.

كما نص في المادة الثالثة منه على أن كل زواج أبرم خلافا لأحكام المادة الأولى يكون باطلا ما لم يلحقه دخول، ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصيا أو من النيابة العامة أو ممن له

---

[1]– فوزية بوجاجة وغنية غوناي: المرجع السابق، ص 26.

[2]–عبد العزيز سعد: "مخالفة وتجاوز سن أهلية الزواج" الإسلام سؤال وجواب 2018/05/06_20:06 www.islam QA.info

مصلحة فيه، ولكن لا يجوز الطعن في العقد إذا بلغ الزوجان السن القانونية أو حملت الزوجة التي لم تبلغ سن أهلية الزواج [1].

ونجد هنا التوافق مع القانون الفرنسي، حيث إذا أبرم الزواج بين طرفيه وفقا للقانون المدني الفرنسي، وكان أحدهما أو كلاهما لم يبلغ السن القانونية، ولم يصدر الإعفاء من شرط السن عن رئيس الجمهورية، فإن الزواج يقع باطلا بطلانا مطلقا، إلا إذا وصل الزوج إلى سن البلوغ القانوني، أو حمل الزوجة، فإن زواجها يعتبر صحيحا [2] .

فبمقارنة المادة 07 والمادة 22 التي تنص على أنه "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة "، أنهما عالجتا نفس المشكل الوارد في المادة الأولى من قانون رقم 63/224 [3] .

أما أحكام النصوص الباقية والتي لم يتعرض لها قانون الأسرة، ولم يجعل نصوصا في قانون الأسرة تخالفها، فأرجح أن يبقى العمل بها وأن تبقى قابلة للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزواج، فالمشرع لم يتعرض صراحة على إلغاء القانون رقم 63/224، أو أن يعيد صياغتها من جديد كما ذكرت سابقا .

---

[1]–المادة الرابعة من قانون 224/63 "غير أن الزواج المعقود بين زوجين لم يبلغا السن المطلوبة أو يكون أحد الزوجين لم يبلغ هذا السن لا يمكن الطعن فيه :

–عندما يبلغ الزوجان السن القانونية

–عندما تكون المرأة التي لم تبلغ هذا السن حاملا ".

[2]–عبد الفتاح كبارة: "الزواج المدني" دراسة مقارنة، دار الندوة الجديدة، بيروت– لبنان 1994، ص113.

[3]–سعاد لعلى: "الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري" أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق 5014_2015، ص60.

المبحث الثاني

أهلية المرأة البالغة للزواج

إن بلغ الرجل وكان بلوغه مؤكدا بالأمارات الطبيعية والسن القانوني، وكان عاقلا راشدا كانت له أهلية تامة لإبرام عقد الزواج، وهذا متفق عليه فقها وقانونا .

لكن بالنسبة إلى المرأة فالأمر يختلف، فإذا بلغت وثبت كمال أهليتها سنا وعقلا، هذا لا يعني قدرتها على إبرام عقد زواجها لنفسها أو غيرها.

فزواج المكلفة أمر مختلف فيه عند الفقهاء، فهي تختلف بين البكر والثيب، وفي كيفية استئذانها وفرض الولاية عليها شأنها شأن القاصر ناقص الأهلية.

كذلك بالنسبة للقانون فقد أخذ المشرع الجزائري في أهلية المرأة البالغة المكلفة ثيبا كانت أو بكرا، مواقف متعددة ومتناقضة أحيانا، قبل تعديله لقانون الأسرة (02/05) وبعده متخذا مواقفا مختلفة لمذاهب الفقهاء .

وهو ما سنفصل فيه خلال المطالب التالية لتوضيح آراء الفقهاء في اعتبار اهلية المرأة في الزواج بين البكر والثيب البالغتان، إضافة إلى بيان الموقف القانوني الذي اتخذه المشرع الجزائري في هذا الشأن .

المطلب الأول

أهلية المرأة البالغة للزواج فقها

اتفق الفقهاء على أن المرأة البالغة العاقلة الرشيدة إذا زوجها وليها الشرعي برضاها يكون العقد صحيحا ونافذا، لكن اختلفوا فيما إذا باشرت المرأة البالغة العاقلة العقد بنفسها أصالة أو نيابة عن الغير.

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها وإلى أن الزواج لا ينعقد بعبارتها، واشترطوا لصحة العقد أن يكون العاقد وليها.

واحتجوا لهذا بقوله تعالى ﴿وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ﴾ [1]، وقوله تعالى: ﴿ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ﴾[2]، حيث تبين من الآيتين أن الله تعالى خاطب بالنكاح الرجال ولم يخاطب به النساء، فكأنه يقول لا تنكحوا أيها الأولياء موليتكم للمشركين[3] فباعتبار مقاصد الزواج المتعددة، والمرأة كثيرا ما تخضع بحكم العاطفة، فلا تحسن الاختيار فيفوتها حصول هذه المقاصد .

فهي لم تمنع من تزويج نفسها لنقص في أهليتها، إنما حماية لها وخوفا عليها من استغلال أو ما شابه من سوء نية أو سوء اختيار، ولهذا منعت من مباشرة العقد.

ويرى أبو حنيفة أن المرأة العاقلة البالغة لها الحق في مباشرة العقد لنفسها، ويستحب لها أن تكل عقد زواجها لوليها صونا لها عن التبذل.

---

[1]–سورة النور، الآية 32 .

[2]–سورة البقرة، الآية 221 .

[3]–الشحات إبراهيم محمد منصور: المرجع السابق، ص98 .

وليس لوليها العاقد حق الاعتراض عليها، إلا إذا زوجت نفسها من غير كفء أو كان مهرها أقل من مهر المثل، فيفتى بعدم صحة الزواج سدا لباب الخصومة [1].

مستدلين بقوله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ [2]، و قوله سبحانه ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾[3] .

ففي هاتين الآيتين إسناد الزواج يكون للمرأة، والإسناد يكون للفاعل الحقيقي، ثم إن المرأة تستقل بعقد البيع وغيره من العقود، فمن حقها الاستقلال بعقد زواجها [4].

هذا في العموم المتداول، لكن الفقهاء فصلوا أكثر في هذا الشأن، وفرقوا فيما إذا كانت المرأة بكرا أم ثيبا، فهم يختلفون في كلا الحالتين، كل مذهب برأيه وأدلته المستند عليها للعمل بها وهو ما سيوضح خلال الآتي.

الفرع الأول حكم تزويج البالغة عند الفقهاء

أولا : تزويج البكر

إن مسألة تزويج البكر لنفسها أمر مختلف فيه لدى الفقهاء، حيث اشترط بعضهم وجود الولي، الذي يتولى تزويج المرأة البكر البالغة العاقلة، في حين ذهب البعض الآخر إلى جواز تزويجها نفسها دون الحاجة للولي، كحال الرجل البالغ العاقل.

فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنابلة [5] والمالكية والشافعية، إلى اشتراط الولي في تزويج البكر[6]، إن زوجت نفسها يعد عقدها باطلا.

---

[1]–السيد سابق: " فقه السنة" دار الفتح للإعلام العربي، مصر 2004، ص 565.

[2]–سورة البقرة، الآية 230 .

[3]–سورة البقرة، الآية 232 .

[4]–السيد سابق: المرجع السابق، ص 565.

[5]– مرعي بن يوسف الحنبلي: "دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل" منشورات الكتب الإسلامية، الكويت طبعة2، 1929، ص 224 .

[6]–هناء فوزي محمد علي ربايعية : المرجع السابق، ص 77 .

وقد استدلوا بقوله تعالى﴿ الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم ﴾[1]، وقوله تعالى ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ﴾[2]، حيث أن الآية تنهي الأولياء من عضل النساء والعضل منع الولي للمرأة من الزواج، وهذا يدل على أن الولي هو الذي يقوم بتزويج موليته كما استدلوا بقوله عز وجل ﴿ وانكحوا الأيامى منكم﴾ [3]، فالآية تخاطب الرجال آمرة إياهم بتزويج نسائهم ولو كان أمر تزويج النساء عائد إليهن لما وجه الخطاب إلى الرجال .

كما ذهب الظاهرية إلى أن المرأة ليس لها الحق في أن تعقد لنفسها إن كانت بكرا ويشترط لنكاحها اجتماع إذنها وإذن أبيها، وإلا كان العقد باطلا [4].

لكن الحنفية ذهبوا إلى عدم اشتراط الولي في زواج البكر، فالبالغة الرشيدة لا ولاية لأحد عليها ولها أن تزوج نفسها ويعد زواجها صحيحا إذا تزوجت من كفء بمهر مثلها، وهو ما ذهب إليه ابن تيمية حيث يرى في هذا الصدد، أن سبب الحجر _ أي الولاية _ بالنص والإجماع هو الصغر، وأما جعل البكارة موجبة للحجر فهذا مخالف لأصول الإسلام [5]، فلا يمكن اعتبار الولاية سببا للحجر كجنون أو سفه، فتبقى المرأة البكر كاملة للعقل وأهليتها تامة لمباشرة عقد زواجها دون الحاجة إلى ولي، سواء كانت ولايته إجبارا أو اختيارا .

ثم إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يزوجها بغير رضاها إلى من يريده هو، وهي من أكره الناس فيه ويجعلها أسيرة عنده .

كما لا يخفى مصلحة المرأة في تزويجها بمن تختاره وترضاه، وحصول مقاصد النكاح لها به وحصول ذلك بمن تبغضه وتنفر منه .

---

[1]–النساء، الآية 34 .

[2]–البقرة، الآية 232.

[3]–النور، الآية 32.

[4]– هناء فوزي محمد علي ربايعية: المرجع السابق، ص81.

[5]–ابن تيمية: المرجع السابق، ص 100 .

فيقول الحنفية أن كل ولي مجبر، لكن إلا على الصغير والمجنون كبيرا كان أو صغيرا، ولا ولاية على البكر البالغ إلا على نفسها.

ثانيا : تزويج الثيب

اختلفت آراء الفقهاء في مسألة تزويج المرأة نفسها إن كانت ثيبا إلى مذهبين:

فقد ذهب الحنفية إلى أن الثيب البالغة العاقلة لها الحق في إنشاء عقد زواجها ولا يملك أحد تزويجها بغير إذنها، وقد استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم "ليس للولي مع الثيب أمر "، وقوله " الأيم أحق بنفسها من وليها " [1]، مما يعني أن الأيم والتي هي الثيب التي فارقها زوجها لها الحق في إنشاء عقد زواجها بنفسها ولا يشترط في زواجها الولي .

كما يرى الحنفية أن المرأة تتم أهليتها بالبلوغ والعقل فتكون الولاية كاملة على نفسها ومالها [2].

بينما ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط الولاية على المرأة البالغة العاقلة من دون تفريق بين الثيب والبكر، كما تم بيانه آنفا، فعندما تكون المرأة كاملة الأهلية أنثى ولها ولي عاصب ولا يكون تزويجها نفسها صحيحا نافذا لازما إلا إذا كان الزوج كفء لها والمهر مهر مثلها حتى لا يعير وليها العاصب بمصاهرة غير الكفء أو بنقصها عن مهر مثلها فهو في ابتداء العقد له حق في الكفاءة ومهر المثل .

فإن زوجت نفسها بغير كفء وبغير رضا وليها العاصب قبل الزواج فلا يصح العقد ولو رضي العاصب بعد ذلك لأن رضاه لا يجعل غير الصحيح صحيحا [3].

ويرى ابن تيمية أن البنت البالغ إن كان الزوج ليس كفؤا لها فلا تجبر على نكاحه أما إن كان كفؤا فمن الأظهر في الكتاب والسنة والاعتبار أنها لا تجبر [4].

---

[1]–ابن الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: "صحيح مسلم" دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية 1998، ص738 .

[2]–هناء فوزي محمد علي ربايعية: المرجع السابق، ص 86 .

[3]–عبد الوهاب خلاف: "أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية" دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت طبعة 2، 1990، ص6 .

[4]–ابن تيمية: المرجع السابق، ص105 .

الفرع الثاني استئذان البالغة في النكاح

أولا: وجوب الاستئذان

يقول صلى الله عليه وسلم " لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال أن تسكت " [1]، فدل النهي في الحديث على حرمة تزويجهما دون استئذان البكر، واستئمار الثيب وهي الأيم، وبالتالي إن أكرهت على الزواج وكانت بالغة فالنكاح هنا لا يعتبر ويرد [2] .

وإذا كان أنه لا نكاح إلا بولي، فإنه يجب على الولي استئذان من في ولايته من النساء قبل الزواج، ولا يجوز له إجبارها على من تكره[3]، فإن عقد عليها وهي غير راضية فلها فسخ العقد[4].

في حين يرى الحنابلة انه يستحب للولي استئذان البكر البالغة [5]، و ليس له تزويج البالغ من بناته الثيب إلا بإذنها، وليس لولي امرأة تزويجها بغير كفئها، والعرب بعضهم لبعض أكفاء وليس العبد كفؤ لحرة، ولا الفاجر كفؤا لعفيفة، ومن أراد أن ينكح امرأة هو وليها فله أن يتزوجها من نفسه بإذنها [6].

كما يرى الشافعية أنه لا يجوز النكاح دون رضا المرأة إلا إذا كانت بكرا وزوجها أبوها أو جدها سواء كانت كبيرة او صغيرة، ويفهم منه وجوب رضا الثيب في الزواج، لكن مع وجود الولي في كلا الحالتين [7].

---

[1]–ابن الحسين مسلم: المرجع السابق، ص737

[2]–عمرو عبد المنعم سليم:"آداب الخطبة والزفاف من الكتاب وصحيح السنة" دار الضياء للنشر والتوزيع، مصر طبعة 3، 2001، ص61 .

[3]–عبد العظيم بدوي:"الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز" دار ابن رجب للنشر والتوزيع، المنصورة طبعة 3،2001، ص281

[4]–محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري: "مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة" دار إصراء المجتمع المملكة العربية السعودية، طبعة 11، 2010، ص801 .

[5]–مرعي بن يوسف الحنبلي : المرجع السابق، ص 224

[6]–موفق الدين أبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي: "عمدة الفقه في المذهب الحنبلي" المكتبة العصرية للطباعة والنشر، صيدا–بيروت 2003، ص90 .

[7]–القاضي أبي الحسنى أحمد بن محمد بن أحمد الضبي: "اللبا في الفقه الشافعي" دار البخاري، المدينة المنورة 1995، ص301 .

ثانيا : كيفية الاستئذان

من الرضا دلالة سكوت البكر عن اختيار نفسها عند بلوغها عالمة بالزواج أو عند علمها به وأما سكوت الثيب في هذه الحال فلا يعد دلالة رضا فلها أن ترضى بقول أو عمل كأن تقول رضيت أو تطلب النفقة أو المهر [1]، فبقوله صلى الله عليه وسلم "الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها " [2] .

فالثيب البالغ لا تزوج إلا برضاها اتفاقا، والحديث دال على أنه لا إجبار للأب عليها إذا امتنعت، كما دلت لفظة "أحق" على المشاركة في معناه، أي أن لها في نفسها في النكاح حق ولوليها حق، لكن حقها أوكد من حق وليها، أما الاستئذان فهو على استطابة النفس دون الوجوب وليس ذلك بشرط في صحة العقد [3] .

فالنبي صلى الله عليه وسلم، فرق بين البكر والثيب كما قال في الحديث السابق، فذكر في البكر لفظ "الإذن" وفي الثيب لفظ "الأمر" وجعل إذن الأولى الصمت والثانية النطق، فهكذا فرق بين البكر والثيب، لأن البكر تستحي أن تتكلم في أمر نكاحها، لم تخطب إلى نفسها، بل تخطب إلى وليها ووليها يستأذنها فتأذن له، لا تأمره ابتداء، بل تأذن له إذا استأذنها، وإذنها صمتها، وأما الثيب فقد زال عنها حياء البكر فتتكلم بالنكاح ،فتخطب إلى نفسها، وتأمر الولي أن يزوجها، فهي آمرة له، وعليه أن يعطيها فيزوجها من الكفؤ إذا أمرته بذلك، فالولي مأمور من جهة الثيب، ومستأذن للبكر، فهذا ما دل عليه كلام النبي صلى الله عليه وسلم [4]، وبين العلماء أنه يستحب أن يعلمها الولي أن سكوتها يعد رضا منها بالزواج، والمستحب أن يستأذنها

عن طريق إرسال نسوة ثقات ينظرن ما في نفسها، وأمها في ذلك أولى من غيرها، لأنها تطلع على ما لا يطلع عليه غيرها، وغالبا ما تصرح البنت لأمها بأمور قد لا تصرح بها لغيرها [5] .

---

[1]–عبد الوهاب خلاف : المرجع السابق، ص 64.

[2]–ابن الحسين مسلم: المرجع السابق، ص 738.

[3]–جمال بن محمد بن محمود: المرجع السابق، ص 54.

[4]–ابن تيمية: المرجع السابق، ص 102 .

[5]–محمد رأفت عثمان: "فقه النساء في الخطبة والزواج" دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع القاهرة بدون سنة نشر، ص111.

المطلب الثاني

أهلية المرأة البالغة للزواج قانونا

بالرجوع إلى قانون الأسرة بين تعديل 2005 وقبله، نجد أن المشرع الجزائري قد وقع في تذبذب كبير بشأن أهلية المرأة الراشدة واستقلالها بنفسها في زواجها من عدمه، حيث نجد تناقضا واضح المعالم في مواده، بالأخص خلال الأمر 11/84، الأمر الذي دفعه إلى التعديل لكن هذا التعديل الذي حصل كان جذريا حيث مس بأصل المواد وفحواها أو إلغاء بعضها لدرجة تغير المسار الذي اتبعه من مذهب لآخر مناقض تماما للأول، كما سيتم بيانه، فنجد أنه قد فتح باب حرية المرأة بأكمله، سعيا منه لتحقيق المساواة بينها وبين الرجل، كما هو الحال في سن أهلية الزواج الموحد بينهما، حيث لم تعد المرأة الراشدة تخضع لسلطة أب أو غيره من الأولياء، ولاية تمنعها أو تجبرها على الزواج، فالقرار يعود لها في كل الأحوال سواء رغبت بالزواج أو كرهت ذلك، فقد ركز المشرع على رضا الزوجين فقط، فبعدم موافقة المرأة يبطل العقد، أما الولي فله الحضور أو عدمه، فلا يؤثر ذلك في بطلان العقد .

وللتفصيل أكثر بهذا الشأن نتطرق خلال الآتي بما تضمنه المشرع الجزائري بخصوص أهلية الزواج للبالغة العاقلة، قبل تعديل قانون الأسرة وبعده.

الفرع الأول زواج الراشدة قبل تعديل قانون الأسرة (الأمر 11/84)

في هذه الفترة اعتبر المشرع الجزائري أنه عند بلوغ المرأة العاقلة 18سنة[1]، يكون لها الحق في الزواج قانونا، وفقا لقانون الأسرة رقم 11/84، مما يعني كمال أهليتها للزواج، ولكن لا يتم لها ذلك بنفسها، حيث أن وليها هو الذي يعقد لها الزواج ولا يتم الزواج بدونه، مثلما أخذ به جمهور الفقهاء، وهو ما نصت عليه المادة التاسعة من القانون ذاته بقولها " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي وشاهدان وصداق "، فالولي يعد ركنا في عقد الزواج طبقا لما نصت عليه المادة، وهو ما أكدته المادة 11 منه بنصها " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له "

[1]–المادة 7من قانون الأسرة رقم 11/84.

فهو يوجب في كل الأحوال الولي، حتى وإن لم يوجد، فيوكل الأمر إلى القاضي.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 32 [1]، و 33 [2]، من القانون نفسه نجد أن المشرع لا يعتبر الولي ركنا في عقد الزواج، وإنما شرط صحة، فيفسخ العقد بدونه قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل، ولا يختل الزواج إلا إذا رافق تخلف الولي ركن آخر كالصداق أو الشهود .

ويلاحظ على هذه الأحكام عدم الانسجام فيما بينها، كما نلاحظ أن المادة 11قد سوت في الحكم بين المرأة الصغيرة والكبيرة في إلزامية وليها لعقد الزواج لها.

كما نجد التناقض في هذا القانون أيضا فيما نصت عليه المادتين 12 و 13 منه ،حيث جاء في نص المادة 12"لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع، فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت "

فقد فرق النص بين البكر والثيب من حيث سلطة التزويج، فالثيب لها أن تتزوج بمن رغبت وكان أصلح لها، وليس للولي أن يمنعها أو يجبرها، وإن حصل المنع فيمكن للقاضي أن يأذن لها بذلك، أما البكر فتدخل تحت ولاية الإجبار ، وإن كان منعها من الزواج فيه مصلحة لها كان للولي ذلك [3].

لكن بالرجوع لنص المادة 13منه نجدها قد نصت على أنه " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ".

---

[1]–تنص المادة 32من الأمر رقم 11/84 على " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج " .

[2]–نصت المادة 33من الأمر 84/11 على " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد " .

[3]–يوسفي كهينة وولامي ليلى: "عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري" مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق والعلوم السياسية 2012_2013، ص 50.

فالتناقض يبدو جليا في نص المادة مع ما تضمنته المادة 12السابقة، فهنا المادة تمنع الولي من إجبار موليته على الزواج أو منعها منه، فيشترط موافقتها مهما كانت بكرا أم ثيبا، وهذا مخالف تماما للمادة التي قبلها .

فنلاحظ للوهلة الأولى أن المشرع قد أخذ برأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة بنصه على إلزامية الولي في عقد الزواج، لكن يختلف الأمر فيما بعد فنجده يميل إلى ما أخذ به المذهب الحنفي، فقد مزج المشرع بين المذاهب، مع الملاحظة أنه كان يغلب عليه الطابع المالكي في معظم أحكامه .

الفرع الثاني زواج الراشدة بعد تعديل قانون الأسرة (الأمر 02/05)

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لموضوع إجبار المرأة الراشدة على الزواج في أي نص صريح، غير أنه ومن خلال المادتين 11و 13حيث نصت المادة 11على "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 7من هذا القانون"، ونصت المادة 13على " يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها" فيتضح من خلالهما أن قانون الأسرة الجديد قد أكد مبدأ عدم جواز إجبار المرأة الراشدة بكرا كانت أو ثيبا، حيث أن الإجبار لا يتصور وقوعه إلا من ولي[1]، والولي بعد التعديل لم يعد ركنا من أركان العقد [2]، وإنما هو مجرد شرط من شروطه [3].

ثم إن المادة 11قد أسندت عقد الزواج إلى المرأة الراشدة نفسها لا إلى وليها، واكتفت المادة باشتراط حضور الولي، الذي قد يكون شخصا أجنبيا عن الأسرة تختاره المرأة الراشدة بنفسها كما صرحت المادة 13بعدم جواز إجبار القاصرة على الزواج وهذا يعني بالتبعية عدم إجبار المرأة الراشدة وهي تتمتع بكامل أهليتها [4] .

---

[1]–سعيد قاضي: المرجع السابق، ص 152

[2]–المادة 9من قانون الأسرة رقم 05/02المعدل والمتمم .

[3]–المادة 9مكرر من قانون الأسرة رقم 05/02المعدل والمتمم.

[4]–سعيد قاضي: المرجع السابق، ص 152 .

فقد ميز قانون الأسرة الجزائري الجديد بين المرأة الراشدة والقاصرة، حيث كرست المادة 11حق المرأة الراشدة في مباشرة عقد الزواج بنفسها ولها كامل الحرية في اختيار زوجها، بينما قصر دور الولي على حضور مجلس العقد، وتعتبر ولاية إذن واستحباب وفقا للمذهب الحنفي [1] .

فلم تعد للولي سلطة تجبر موليته على الزواج أو منعها منه ولو لصالحها، فقد أسندت السلطة للمرأة الراشدة ولها كامل الحرية في مباشرة عقد زواجها بنفسها، مما استلزم إلغاء المادة 12 لعدم جدواها .

فالمشرع الجزائري اختار أن يجمع بين المتناقضين، ونص على أن المرأة الراشدة يجوز لها أن تبرم عقد زواجها، ولكن فقط بحضور وليها أو أي شخص تختاره، ومن جانب آخر من خلال المادة 13 التي تنص على عدم إجبار القاصر على الزواج كما تبين سابقا، مما يؤكد تحول المشرع عن مذهبه وهو المذهب المالكي، آخذا بالمذهب الحنفي الذي لا يقول بولاية الإجبار إلا على الصغار [2].

---

[1]–يوسفي كهينة وولامي ليلى: المرجع السابق، ص 51 .

[2]–حسين المهداوي: المرجع السابق، ص 26.

الفصل الثاني

عوارض أهلية الزواج

تبين من خلال الفصل الأول أن كمال الأهلية من بلوغ وعقل وسن قانونية، تأهل الشخص لمباشرة عقد الزواج مكتمل الشروط، تام الصحة.

لكن قد يعتري الشخص عارض من عوارض الأهلية، الذي قد يعدمها أو ينقصها، فيفقد الشخص القدرة على القيام بكامل التصرفات القانونية أو بعضها، لعدم تمام الأهلية، فهي أمور تعترض على الأهلية فتمنعها من إبقائها على حالها فبعضها يزيل الأهلية وبعضها يحدث تغييرا فيها، فهي آفات وخصال لها تأثير في الأحكام بالتغيير والإعدام وبالتالي البطلان النسبي أو المطلق، وكذلك لما تخلفه هذه التصرفات من آثار قانونية، قد تلحق أضرارا به من الدرجة الأولى و الغير أحيانا، فتعتبر هذه الفئة أكثر الفئات التي أجمعت التشريعات على ضرورة حمايتها، لكونها تصنف ضمن طائفة عديمي الأهلية أو ناقصيها، وبالتالي إمكانية تعرضها المستمر لشتى أنواع الاستغلال، خصوصا إن كان الأمر متعلقا بعقد الزواج فباعتباره عقد مصيري ينبني على الديمومة والاستمرار بين طرفيه، فاعتنت الشريعة الإسلامية بأخذ كل التدابير الخاصة به خصوصا إن كان أحد طرفيه فاقدا للأهلية أو ناقصها وكذلك بالنسبة للقانون الجزائري فقد عنى بهذه الفئة، والتي أحال أحكامها من القانون المدني إلى قانون الأسرة وفق المادة 79 من القانون المدني "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"، لكن المشرع لم يلم بكافة الأحكام بقدر ما اهتمت به الشريعة الإسلامية فقد غفل عن بعض الأمور .

وخلال الفصل سنبين بتفصيل أكثر لموقف الفقه وتباين آرائهم، كذلك لنظرة المشرع الجزائري حول من يشوبه أحد عوارض الأهلية التي تأثر عليها بفقدها أو نقصانها خلال المبحثين التاليين.

المبحث الأول

زواج عديم الأهلية

تكون أهلية الشخص معدومة في حالة فقدانه العقل والتمييز، فإن أقدم على فعل معين فإنه يكون فاقد الإدراك، ولا يؤاخذ على تصرفاته لأنه لا تمييز له.

والجنون والعته من عوارض أهلية الأداء وهما يزيلانها من أصلها، فلا تترتب على تصرفاتهما آثار شرعية، لأن أساس أهلية الأداء في الإنسان التمييز والعقل، والمجنون أو المعتوه عديم العقل والتمييز.

وبمأنه يشترط للزواج العقل والرشد، فالنسبة لزواج فاقد العقل فقد اتفق الفقهاء على بطلان تزويجه نفسه، لكن يختلف الأمر بشأن تزويجه من طرف وليه، كذلك الأمر بالنسبة للقانون، فتختلف الأحكام بخصوص الولاية عليه في زواجه، كما تختلف الأحكام بين الذكر فاقد الأهلية والأنثى، وهو ما سنتطرق له خلال المطالب التالية لتوضيح جل الأحكام المتعلقة بتزويج المجنون والمعتوه فقها وقانونا .

المطلب الأول

زواج المجنون

يعرف الجنون في اللغة أنه ستر للعقل، أي غياب كلي أو جزئي للوظائف ومقدرات العقل فالمعنى يلزم من الجنون أشكال من السلوك غير الطبيعي التي تثير العجب، نتيجة لاختلال التحكم في الإدارة [1].

كما يعرف بأنه اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا والمجنون فاسد العقل عديم التمييز [2]

ويعرف في الاصطلاح بأنه مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها الصحيح ويصحبه اضطراب وهياج غالبا [3]، فالجنون عبارة عن فقدان الإدراك للأمور بحيث لم يعد الإنسان يفرق بين الحسن و القبيح [4].

وقد قسمه الفقهاء إلى جنون أصلي (مستمر)يكون موجودا بأصل خلقة الإنسان مستوعبا جميع أوقات المريض دون أن تتخلله نوبة انقطاع، كما يطلق عليه لفظ الجنون المطبق.

وجنون عارض أي المتقطع، وهو أن يولد الإنسان بعقل سليم، ثم تطرأ عليه آفة فتؤدي إلى زوال العقل لفترات مؤقتة [5].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على تعريف الجنون أو أنواعه، وبالتالي يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لكنه جعله من أسباب الحجر على الشخص في أمواله المالية فحسب.

---

[1]–الدكتور صبري محمد خليل: "الجنون بين المفهومين الدارج والعلمي" https:dr sabrikhalil.wordpress.com 19:45 2018_02_22 .

[2]–عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص 2 .

[3]–محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 433

[4]–هناء فوزي محمد علي ربايعية: المرجع السابق، ص 28

[5]–الدكتور صبري محمد خليل خيري: المرجع السابق .

وذلك من خلال نص المادة 81 من قانون الأسرة والتي تنص على " 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 "، وكذلك في المادة 101 من نفس القانون [1].

وقد أحسن المشرع في أنه لم يعرف الجنون لأن التعاريف الغالب تترك للفقه .

الفرع الأول زواج المجنون فقها

يجوز تزويج المجنون، ذلك لدفع ضرر الشهوة عنه وصيانته عن الفجور، وتحصيل الرعاية والخدمة وغير ذلك من الأعراض المباحة التي تستلزمها الضرورة والمصلحة بدرجة أولى .

لكن ليس له أن يعقد النكاح بنفسه بل يزوج وليه، مع وجوب علم الطرف الآخر بالإعاقة فهي عيب ولا يجوز كتمانه، كذلك أن يكون المعاق مأمونا لا يعرف بالعدوانية والإفساد لدفع الضرر عن الطرف الآخر [2].

أولا: اعتبار الجنون عيبا

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

لكن اشترط المالكية لثبوت الخيار كون الجنون موجودا حين عقد النكاح، فإن حدث بعده فلا خيار للزوج إن ابتليت به المرأة، ولها الخيار إن ابتلي الزوج به لدفع الضرر الداخل على المرأة[3].

أما الشافعية والحنابلة فقد صرحوا باشتراط عدم العلم بالجنون حال العقد لثبوت الخيار، أما العالم به فلا خيار له.

---

[1]–تنص المادة 101من قانون الأسرة المعدل والمتمم على" من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ".

[2]–محمد صالح المنجد: "حكم زواج المعاق ذهنيا" الإسلام سؤال وجواب www.islamQA-info ,2018/01/28, 10:30

[3]–الموسوعة الفقهية الكويتية: المرجع السابق، ص 9544 .

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

ثانيا: تزويج المجنون

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

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

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

وذهب الحنفية إلى أنه لا خيار للمجنون في حالة إفاقته إذا كان المزوج له الأب أو الجد أو الابن ويكون الخيار له إذا كان المزوج له غير الأب أو الجد، ويكون الزواج في حقه لازما نافذا.

وحجتهم في ذلك وفور شفقة الولي على المجنون، فالولي غالبا ما يكون الأب أو الجد ويكون هدفهما من هذا التزويج تحقيق مصلحته.

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

---

[1]–الموسوعة الفقهية الكويتية: المرجع نفسه، ص 9545 .

[2]–محمد رأفت عثمان: المرجع السابق، ص 277 .

[3]–هناء فوزي محمد علي ربايعية: المرجع السابق، ص 37 .

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

ثالثا: تزويج المجنونة

المجنونة قد تجبر في الزواج كونها ممن يصح لوليها أن يجبرها في الزواج كالبكر الصغيرة فيجوز للولي الذي يملك تزويجها لو كانت عاقلة أن يزوجها فهو أولى لها في حالة فقدانها عقلها.

وقد تكون المجنونة ممن لا تجبر في الزواج، فقد يكون وليها الأب كالثيب البالغة، فبقول الشافعي وأبي حنيفة والمالكية وبعض الحنابلة، أنه يجوز لوليها أن يزوجها، في حين يرى البعض أنه لا يجوز لوليها أن يزوجها لأنه لا ولاية إجبار على الثيب [1] .

لكن الأمر يختلف هنا، فالثيب التي لا تجبر تكون بالغة عاقلة حيث يعتبر رأيها في الزواج ويأخذ به في حين أن الثيب المجنونة ليس لها رأي فلا إدراك لها، كذلك الأمر بالنسبة للثيب غير البالغة.

ويقول بعض الفقهاء أنه إن كان وليها الحاكم ليس له أن يزوجها بالغة كانت أو صغيرة فالولاية هنا ولاية إجبار ولا تثبت إلا للأب، لكن يرى البعض الآخر بجواز ذلك للحاكم إذا ظهر منها الميل للرجال والرغبة في الزواج، وبزواجها تتحقق مصلحتها في تحصيل مهر ونفقة وعفاف، كذلك إذا تبين من الأطباء أن جنونها سيزول بتزويجها وهو أعظم مصالحها، وإذا كان وليها غير الأب أو الحاكم، حيث يرى البعض أنه لا يجوز أن يزوجها غير الحاكم دون سائر أوليائها، بينما يرى رأي آخر أن وليها له الحق في تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويجها، فالولي مقدم الحاكم في التزويج كما لو كانت عاقلة [2] .

---

[1]–محمد رأفت عثمان: المرجع السابق، ص 275 .

[2]–محمد رأفت عثمان: المرجع نفسه، ص 277.

الفرع الثاني زواج المجنون قانونا

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى زواج المجنون، وبالتالي لا يتضح موقفه من جواز تزويجه، حيث لا مجال للحديث عن زواجه بنفسه فهو باطل، لكن بخصوص تزويجه من طرف وليه، فالمشرع لم يبين إن كان قد منع زواجه، أو أنه أجازه وذلك بجعله في حكم القاصر، حيث لا يتبين مقصوده بمصطلح القاصر إن كان يعني به الصغير أو كل فاقد أهلية أو ناقصها، ولكن يرجح في الغالب أن المقصود به هو الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وذلك من خلال نص المادة 79من القانون المدني وغيرها من المواد في قانون الأسرة .

ولكن على الرغم من ذلك فإنه قد يزوج المجنون من خلال المادة 222من قانون الأسرة [1] التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية في حالة عدم النص على حكم ما في القانون، خاصة إن كان في هذا الزواج فائدة، ثم إننا نلاحظ في الواقع الاجتماعي حالات عديدة لزواج المجانين وكان ناجحا من خلال تحسن وضعية المريض النفسية والصحية، وكذلك من خلال إنجاب أبناء أصحاء بكامل قدراتهم العقلية، لكن هذا يعود في الأساس لحالة درجة جنونه.

فالمشرع الجزائري قد سكت على أحكام تزويج المجنون خلافا للفقه الإسلامي الذي فصل فيه بنوعيه المنقطع والمطبق فكان من الأجدر به أن يبين هذه الأحكام فهذه الفئة لها حقوقها كغيرها من الفئات السوية، كما قد يحقق الزواج لهم المصلحة من رعاية ودمج في المجتمع كما قد يكون الزواج سببا لشفائهم، ولا بأس أن يقيد المشرع تزويجهم بعدة شروط ضمانا لهم وللغير، كأن يكون الزواج بإذن المحكمة بعد التحقق من المصلحة، كذلك على وجوب إنشاء تقرير طبي لمعرفة أكثر بإمكانية زواجه من عدمه، وغيرها من الضوابط لحمايته وحماية غيره منه، حتى لا يكون زواجه نقمة عليه أو على الغير .

فهذا ما أشارت إليه بعض التشريعات العربية صراحة، منها مدونة الأسرة المغربية في المادة 23على أنه "يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية، ذكرا كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر، يطلع

---

[1]–تنص المادة 222من قانون الأسرة المعدل والمتمم على "ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر، يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة " [1].

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

في حين أضاف المشرع الليبي للأحوال الشخصية فقد أضاف شرطين على ذلك، بعدم انتقال المرض إلى النسل أي أن لا يكون وراثيا، كما أن يكون في هذا الزواج مصلحة للمجنون [2].

لكن على الرغم من ذلك فانتقال المرض للأبناء أمر غير أكيد، إلا إذا كان مرض الجنون مشاعا في العائلة .

المطلب الثاني

زواج المعتوه

يقال في اللغة عته الرجل: عتها وعتها عتاها، والمعتوه: المدهوش من غير مس جنون والمعتوه والمخفوق المجنون، وقيل المعتوه الناقص العقل ورجل معته إذا كان مضطربا في خلقه[3].

كما يعرف بأنه التجنن والرعونة، وقيل التعته: الدهش، وقيل المعتوه المصاب بعقله ورجل معتوه بين العته لا عقل له [4].

---

[1]_مدونة الأسرة المغربية.

[2]_فاسي عبد الله: المرجع السابق، ص27.

[3]–هناء فوزي محمد علي ربايعية: المرجع السابق، ص 39.

[4]–أحمد فوزي أبو عقلين: المرجع السابق، ص 6.

وفي الاصطلاح يعرف بأنه آفة توجب خلالا في العقل، فيجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجانين [1] فهو نقصان العقل واختلاله لا زواله بالكلية، ويعرف صاحبه أنه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير لكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون [2] .

كما يعرف بأنه اختلال في شعور الشخص بأن يكون فهمه قليلا وكلامه مختلطا، وتدبيره فاسدا [3].

وهو نوعان، نوع لا يكون معه إدراك ولا تمييز وحكمه كالمجنون، ونوع يكون معه إدراك وتمييز ولكنه لا يصل إلى درجة إدراك الراشدين عادة، وحكمه كالصبي المميز في جميع أحكامه [4].

أما قانونا: لم يمنح المشرع الجزائري تعريفا محددا، إنما أشار إلى العته كعارض من عوارض الأهلية بنص المادة 81 قانون الأسرة الجزائري، وهو ما أكدته المادة 42من القانون المدني الجزائري التي منعت المعتوه من مباشرة حقوقه المدنية وساوت بينه وبين الصغير غير المميز والمجنون .

الفرع الأول زواج المعتوه فقها

أولا: تزويج المعتوه

اختلف الفقهاء في ثبوت ولاية تزويج المعتوه إلى عدة آراء:

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

---

[1]–عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص 127.

[2]–فاسي عبد الله: المرجع السابق، ص 28 .

[3]–أحمد فوزي أبو عقلين: المرجع السابق، ص 6 .

[4]–عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص 127.

أما المالكية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن ولاية تزويج المعتوه تكون للأب أو وصي الأب ثم للحاكم.

بينما ذهب الشافعية إلى أن ولاية تزويج المعتوه تكون للأب وإلا للحاكم [1].

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

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

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

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

[1]_هناء فوزي محمد علي ربايعية: المرجع السابق، ص 46.

ثانيا: تزويج المعتوهة

كذلك بالنسبة للمعتوهة، فإن الفقهاء الذين يشترطون الولي للمرأة الراشدة، فحضوره للمعتوهة يكون أكثر إلزاما لقلة التمييز أو انعدامه، كما أنهم يفرضون الولاية على الرجل المعتوه، فالمرأة أولى في ذلك أكثر حاجة له.

أما الفقهاء الذين يجيزون أن تزوج المرأة نفسها، فالأمر يختلف حسب درجة العته والتمييز فإذا كانت المسؤول عنها قد بلغ العته بها درجة إسقاط التمييز، لم يجُز لها أن تباشر أي تصرف ومن ذلك عقد تزويج نفسها، فإذا باشرته وهى غير مميزة وقع العقد باطلاً ويعود الأمر في هذا إلى القاضي صاحب الاختصاص، لأنه لا ينبغي أن يُبتَّ في أمر ضعيف العقل ومختله، إلا بعد أن يُمتحن ويُتحرى حاله، وصاحب الولاية في هذا هو القاضي، وله أن يستعين بأهل الخبرة في تبيان وتحديد حالة المسئول عنها العقلية، فإذا ظهر أنها غير مميزة قطعاً، كان عقد زواجها الذي باشرته باطلاً لا يجيز معاشرتها كزوجة شرعاً، ويعتبر من يعاشرها بمقتضى هذا العقد زانياً، والقاعدة الموضوعية للقضاء في هذا أرجح الأقوال في فقه الإمام أبى حنيفة[1] .

الفرع الثاني زواج المعتوه قانونا

كحال المجنون لم يتعرض المشرع الجزائري لزواج المعتوه، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية (المادة222من قانون الأسرة) ولأن الضرورة تقدرها، فيجوز تزويجه وخصوصا إن كان فيه مصلحة أو سببا في الشفاء مع اشتراط علم الطرف الآخر كما يستوجب إذن القاضي بعد التحقق من عتاهته من طرف أخصائيين وكذلك وجوب إجازة الولي إن لزم الأمر.

[1]–فضيلة الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق علي جاد الحق: "زواج المعتوهة" دار الإفتاء المصرية 2018/04/21 14:30 https://ar.islamway.net

فإذن الولي مقدم على إذن الحاكم، فهو أرأف الناس به وبالتالي وجود وافر الشفقة والرحمة عليه، كما أن للمعتوه خصوصية لا يقدرها إلا أقرب الناس إليه وهو الأب غالبا، وتتبع حالة المعتوه لا يقدر عليها إلا أقرب الناس إليه وهو أعلم بما هو أصلح له في حياته فإن لم يوجد الأب تنتقل الولاية للجد الذي يسعى إلى مصلحة حفيده في حالة عدم الأب [1]، مع وحوب إذن القاضي في كل الأحوال .

فيبقى على المشرع أن يراعي هذه الثغرة فزواج المعتوه ليس بالأمر الهين فنجد أن المشرع قد صب كل اهتمامه على العناية بالجانب المالي لهذه الفئة لحماية أموالهم من الضياع، لكن زواجهم كذلك لا يقل أهمية عن أموالهم، وله من الآثار ما يعادل الجانب المالي لهم .

وفي المقابل نجد أن في القوانين الأخرى قد سلطت عليها الضوء، وتماشت مع الشريعة الإسلامية، ونجد مثالا على ذلك ما نصت عليه المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية الأردني " للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له " [2]

فيبدو جليا أنه راعى مصلحة المعتوه وكذلك المجنون، من هذا الزواج، وهو ما كان على المشرع الجزائري أن يسلكه حماية لهم ولمصالحهم.

---

[1]–هناء فوزي محمد علي ربايعية: المرجع السابق، ص47 .

[2]–قانون الأحوال الشخصية الأردني.

المبحث الثاني

زواج ناقص الأهلية

يكون ناقص الأهلية من له الصلاحية لأداء بعض الأعمال، وترتب الأثر عليها دون البعض الآخر كالصبي المميز، حيث يصلح لأداء العبادات، وقد حكم الشارع بصحة عباداته كما حكم بصحة معاملاته المأذون بإجرائها من قبل وليه، مثل البيع والإيجار وغيرهما مما يحقق له المصلحة، كما تثبت هذه الأهلية لكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة فأساس هذه الأهلية الناقصة هو التمييز والإدراك، حيث يكون خلالها الشخص مميزا بين النافع والضار والصحيح والخاطئ لكن ليس بقدر الراشد، فيكون الإدراك ناقص لا يستوعب كل الأمور.

وبذلك فإن ناقص أهلية الأداء يمكنه أن يباشر بعض التصرفات دون الأخرى حيث تكون له أهلية الاغتناء كقبوله الهبة مثلاً. ولكن ليس له أهلية التبرع . أما أهليته للإدارة والتصرف فهما من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر فلا يباشرهما ولكن يقوم نيابة عنه في مباشرتهما ممثله القانوني .

المطلب الأول

زواج الصبي المميز

تبدأ هذه المرحلة من سن التمييز إلى غاية بلوغ سن الرشد، وهو السن الذي يمكن للفرد أن يميز فيها تمييزا سطحيا أوليا، وقد حدده الفقه الإسلامي بسبع سنين إجماعا [1]، أما القانون المدني الجزائري فقد حدده بثلاثة عشرة سنة بنص المادة42من القانون المدني [2].

فيتبين مما ورد أن المشرع الجزائري قد احتاط في تحديد سن التمييز ورفعها فوق ما جاءت به الشريعة الإسلامية، وقد يعود ذلك إلى كون المشرع في قانون الأسرة خاصة في المادة 84 أجاز للقاضي أن يأذن للمميز بالتصرف جزئيا أو كليا في أمواله طالما أنه رفع سن التمييز إذ لا يعقل أن يأذن القاضي بالتصرف للمميز ذا سبع سنين .

أما بشأن تزويجه فقد اختلف فيه الفقه الإسلامي من مجيز إلى غير مجيز، كما أن المشرع الجزائري أخذ فيه موقفا على خلاف زواج المجنون والمعتوه اللذان لم ينص عليهما، وهو ما سيتبين خلال الآتي.

لكن تجدر الإشارة إلى أن تزويج الصبي غير المميز _وهو عديم الأهلية _ لا مصلحة له فيه كما أنه لا يحقق أي غاية من الزواج لا من ناحية المسؤولية أو إنجاب الأطفال أو غيرها من مقاصد الزواج، وبالتالي لا يجوز تزويجه ويعد زواجه باطلا .

فما سنخصص عنه الحديث هو الصبي المميز الذي يرى بعض الفقه وكذلك القانون إمكانية تزويجه مادام كان الزواج فيه مصلحة له أو ضرورة مؤكدة.

---

[1]–فاسي عبد الله: المرجع السابق، ص 20.

[2]–تنص المادة 42من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم على " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون .
يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ".

الفرع الأول زواج الصبي المميز فقها

أولا تزويج الصغير والصغيرة المميزين

لا يجوز أن يباشر الصغير عقد زواجه لنفسه بنفسه لأنه ليس بأهل لتزويج نفسه، فأهليته ناقصة، وقد اختلف الفقهاء في حكم تزويج الصغير والصغيرة إلى أقوال:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، إلى جواز تزويج الولي للصغير أو الصغيرة [1]، مستدلين بقوله تعالى﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتقي الله يجعل له من أمره يسرا ﴾ [2] .

حيث بينت الآية أن اللائي لم يحضن أي الصغيرات، وقد جعل الله عدة الصغيرة ثلاثة أشهر ونعلم أن العدة لا تكون إلا بعد عقد الزواج، مما يدل على صحة العقد عليها.

كما استدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها حيث قالت " تزوجني النبي صلى الله عليه وسلم وأنا بنت ست سنين ودخل بي وأنا بنت تسع سنين " [3]، مما يبين أن البنت الصغيرة يجوز لأبيها أن يزوجها حتى ولو كانت كارهة مادام قد زوجها من كفء .

ويرى جمهور الفقهاء أنه لا خيار لها إذا بلغت، كما أن هذا الجواز في إنكاح الصغيرة يكون للأب فحسب، ولمن أجاز لغير الأب يكون بشرط تخييرها عند البلوغ ، كمان يكون هذا الزواج لأجل مصلحة [4].

---

[1]–محمد رأفت عثمان: المرجع السابق، ص 254.

[2]–سورة الطلاق، الآية 4.

[3]–ابن الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: المرجع السابق، ص 738.

[4]–محمد صالح المنجد: "الحكمة من تشريع تزويج الصغيرة " الإسلام سؤال وجواب www.islamQA 2018/05/01 16 :00

بينما يقول الظاهرية أن ولاية التزويج تثبت على الصغيرة دون الصغير، فللأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر مالم تبلغ بغير إذنها، ولا خيار لها إذا بلغت، أما الصغير فيرون أنه ليس للأب ولا غيره إنكاح الصغير الذكر حتى يبلغ فإن قام الولي بتزويجه فإن عقده باطل [1] .

وقال ابن تيمية بخصوص إلزام الولد بنكاح من لا يريد، أنه ليس لأحد الأبوين أن يلزم الولد بنكاح من لا يريد، وإنه أذا امتنع لا يكون عاقا، وإذا لم يكن لأحد أن يلزمه بأكل ما ينفر عنه مع قدرته على أكل ما تشتهيه نفسه كان النكاح كذلك، وأولى، فإن أكل المكروه مرارة ساعة وعشرة المكروه من الزوجين على طول يؤذي صاحبه كذلك، ولا يمكن فراقه.[2]

وذهب ابن شبرمة إلى أنه لا يجوز للأب أن يزوج الصغار مطلقا، ذكرا أو أنثى [3].

لقوله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾[4] حيث أن انتهاء الصغر هي بلوغ النكاح فلو كان الزواج صحيحا للصغير، فما كان لغاية البلوغ معنى .

كما يرى أن تزويج عائشة رضي الله عنها للنبي صلى الله عليه وسلم هو خصوصية للرسول كالزيادة في الجمع بين الزوجات على أربع [5].

وأنه من العرف الذي كان سائدا عند العرب في ذلك العهد والذي يتغير بتغير الزمان، كما يعتبرون أن الرضا من شروط الزواج وهذا الشرط غير متوفر في الفتاة القاصر لأنها غير راشدة.

---

[1]–هناء فوزي محمد علي ربايعية: المرجع السابق، ص 71 .

[2]–ابن تيمية: المرجع السابق، ص 107.

[3]–محمد رأفت عثمان: المرجع السابق، ص 254.

[4]–سورة النساء، الآية 6.

[5]–محمد رأفت عثمان: المرجع السابق، ص 255.

ثانيا: خيار البلوغ في الزواج

إذا زوج الأب الصغير أو الصغيرة وتوافرت شروط الكفاءة في الزواج صح هذا الزواج ولا يثبت لأي منهما خيار البلوغ، باتفاق الفقهاء الأربعة من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وذلك بسبب توفر الشفقة من ناحية الأب تجاه أبنائه وحرصه على حسن الاختيار لابنه أو ابنته الصغيرين، لكن الحنفية والشافعية ألحقوا الأب بالجد، أما المالكية والحنابلة فقد ألحقوا وصي الأب في الإجبار [1].

أما في حال إذا زوجهما غير الأب فقد اختلفوا من حيث ثبوت خيار البلوغ، بفسخ عقد الزواج أو الإقامة عليه أو عدم ثبوته.

فيرى الحنفية والمالكية ثبوت خيار البلوغ للصغير والصغيرة، وقد استثنى الحنفية والشافعية الجد من ثبوت الخيار، واستثنى المالكية والحنابلة وصي الأب من ذلك.

فهم يرون بأن ولاية غير الأب قاصرة لقصور شفقته، فأصل الشفقة موجود ببقية الأولياء لكنها قاصرة، لذلك أجازوا تزويج الولي لهما وأثبتوا الخيار للصغير والصغيرة، لقصور شفقة غير الأب، ويستثنى من ذلك الجد فهو بمنزلة الأب في حرصه على أحفاده.

وقد قاس المالكية جواز تزويج وصي الأب ابنه أو ابنته الصغيرين على الوكيل لأنها تولية من الأب، في تزويج من يلي عليه .

بينما يرى الحنفية أنه لا يثبت الخيار إذا زوجها غير الأب، وهو المشهور في مذهب أحمد حيث قاسوا عقد الأولياء على عقد الأب والجد، والعلة الجامعة بينهما أن كل منهما عقد بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ وهذا لأن القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية والقريب بالتصرف ينظر للمولى عليه لا لنفسه [2].

---

[1]–هناء فوزي محمد علي ربايعية: المرجع السابق، ص 73 .

[2]–هناء فوزي محمد علي ربايعية: المرجع نفسه، ص 74 .

ثالثا: تزويج اليتيمة القاصر

كذلك بالنسبة لزواج اليتيمة القاصر فقد اختلف الفقهاء بشأن جواز تزويجها، فقد أجاز جمهور الفقهاء نكاح اليتيمة وهي التي لم تبلغ سن البلوغ بكرا كانت أو ثيبا وقد أذن في تزويجها بشرط أن لا يبخس من صداقها [1]، مستندين بقوله تعالى ﴿ وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ [2].

وقوله تعالى ﴿ قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن ﴾[3]، فقد نزلت هذه الآية في اليتيمة تكون في حجر وليها، فإن كان لها مال وجمال تزوجها ولم يقسط في صداقها، فإن لم يكن لها مال لم يتزوجها، فنهى أن يتزوجها حتى يقسط في صداقها، من أجل رغبته عن نكاحها إذا لم يكن لها مال [4].

وفي لفظ آخر إذا كانت ذات مال وجمال رغبوا في نكاحها في اكمال الصداق، وإذا كانت مرغوبا عنها في قلة المال والجمال رغبوا عنها وأخذوا غيرها من النساء، قال فكما حتى يرغبوا عنها فليس لهم أن ينكحوها إذا رغبوا فيها إلا أن يقسطوا لها ويعطوها حقها من الصداق، فهذا يبين أن الله اذن لهم أن يزوجوا اليتامى من النساء إذا فرضو لهن صداق مثلهن، ولم يأذن لهم في تزويجهن بدون صداق المثل، لأنها ليست من أهل التبرع [5].

كما يرى الحنابلة أنه " لكل ولي تزويج يتيمة بلغت تسعا بإذنها لا من دونها بحال إلا وصى أبيها، وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات " [6] .

---

[1]–عبد الرحمان بن سعد الشثري: "حكم تقنين منع تزويج الفتيات أقل من 18سنة وتحديد سن الزواج" دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الفيوم طبعة 2، 2010، ص 29 .

[2]–سورة النساء، الآية 3.

[3]–سورة النساء، الآية 127 .

[4]–ابن تيمية: المرجع السابق، ص 122 .

[5]–ابن تيمية: المرجع السابق، ص120 .

[6]–مرعي بن يوسف الحنبلي: المرجع السابق، ص 224.

لكن الظاهرية يخالفونهم الرأي، فيرون أن البنت الصغيرة التي لا أب لها، ليس لأحد أن ينكحها، لا من ضرورة ولا من غير ضرورة حتى تبلغ [1].

ويرى مذهب الإمام أحمد، إذا كانت البنت يتيمة ليس لها أب فإذا بلغت تسع سنين صح تزويجها بإذنها، ولا خيار لها إذا بلغت ولا يصح تزويجها قبل ذلك [2].

أما أبي حنيفة فيقول بأنها تزوج بدون إذنها ولها الخيار إذا بلغت [3].

الفرع الثاني زواج الصبي المميز قانونا

من خلال نص المادة 7من قانون الأسرة نجد أن المشرع قد أجاز تزويج القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، ولكن كاستثناء بتحقق شرط الضرورة أو المصلحة مع توافر المقدرة على الزواج بنصها " وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ".

وبالنسبة للولاية على القاصر فقد نصت عليه المادة 11من قانون الأسرة في الفقرة الثانية منها " دون الإخلال بأحكام المادة 7من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له " فليس للقاصر تولي عقد الزواج بنفسه بل يتولى ذلك وليه، لكن المشرع جعل الولاية ولاية اختيار، فلا يمكن للولي إجبار القاصرة على الزواج فيجب أخذ موافقتها [4].

فقد حنى المشرع منحى الحنفية بشأن تزويج المرأة لكن لم يأخذ بالرأي الراجح منه، فالولاية للقاصر عندهم ولاية إجبار، أما في قانون الأسرة فهي ولاية اختيار [5].

---

[1]–هناء فوزي محمد علي ربايعية: المرجع السابق، ص 71 .

[2]–محمد صالح المنجد: المرجع السابق، 15: 00 2018/05/01 www.islamQA

[3]–ابن تيمية: المرجع السابق، ص120 .

[4]–المادة 13من قانون الأسرة، تعديل (02/05).

[5]–فاسي عبد الله: المرجع السابق، ص 55 .

لكن هذا الاستثناء المجيز للزواج دون بلوغ سن الرشد مرتبط بترخيص قضائي، مع وجوب إجازة الولي.

لكن المشرع لم يذكر الجهة المختصة بإصدار الترخيص بالزواج، فيذهب البعض للقول أن قاضي الأحوال الشخصية هو المختص بتقديم الترخيص، والبعض الآخر يقول أن رئيس المحكمة هو المكلف بتقديم هذا الترخيص، وهو الجاري العمل به في التطبيقات القضائية، كما أن الترخيص نهائي وغير قابل للطعن.

إضافة لذلك نجد أنه لم ينص على الإجراءات الواجب إتباعها للحصول على الترخيص [1] .

كما يأخذ على المشرع أنه لم يحدد طبيعة المصلحة ونوع ودرجة الضرورة، ولا السن الأدنى لمنح الترخيص، فلم تنص المادة على تعيين هذه السن ما إذا كان هو سن التمييز 13 سنة أو أقل، فقد ترك كل ذلك للقاضي وفتح المجال له للتصرف وفقا لسلطته التقديرية، الذي في الغالب سيقوم بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

أما ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 7من قانون الأسرة " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات "، فمنح المشرع من خلالها للزوج القاصر المرشد للزواج أهلية للتقاضي يعتبر خلالها كامل الأهلية فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وفي المقابل يبقى ممنوع من التقاضي بأموره المالية باعتباره ناقص الأهلية، فكان يجدر بالمشرع أن يمنحه كامل الرشد وحق التقاضي الكامل بمجرد زواجه فذلك أولى له .

---

[1]–زايدي عبد السلام و يوبي عليلي: المرجع السابق، ص 35 .

المطلب الثاني

زواج السفيه وذو الغفلة

يعتبر السفه والغفلة من العوارض المنقصة للأهلية ومع اقتران لفظهما ببعض دائما إلا أنهما يختلفان عن بعضهما.

فيعرف السفه في اللغة بأنه السفه والسفاهة، ضد الحلم، وهي مصادر سفه يسفه من باب تعب، وهو نقص في العقل أصله الخفة والحركة، يقال" تسفهت الريح الشجر" أي مالت به [1] كما أنه يعبر عن كثرة الاضطراب، واستعمل لخفة النفس، وهي خفة معنوية بسبب سوء التدبير ومجانية الحكمة في التصرف [2].

وفي الاصطلاح يعرف بأنه خفة تبعث الإنسان على العمل في ماله بخلاف بمقتضى العقل مع عدم اختلاله وقيامه حقيقة [3]، وهو التبذير للمال والإسراف فيه، ولا أثر للفسق والعدالة فيه ويقابله الرشد، وهو إصلاح المال وتنميته وعدم تبذيره [4].

بينما تعرف الغفلة في اللغة بأنها السهو عن الشيء، وهي مصدر غفل يغفل غفلة وغفولا فالغفلة غيبة الشيء عن بال الإنسان، وعدم تذكره له، وقد أستعمل فيمن تركه إهمالا وإعراضا[5] كما في قوله تعالى ﴿ وهم في غفلة معرضون ﴾ [6] .

أما اصطلاحا فهي سهولة الوقوع في الغبن، بسبب سلامة العقل وضعف الإدراك [7]، وهي فقد الشعور بما حق أن يشعر به، وقيل هي سهو يعتري الإنسان من قلة التحفظ والتيقظ [8].

---

[1]–نور الدين أبو لحية: "عقد الزواج وشروطه" دار الكتاب الحديث القاهرة، بدون سنة نشر، ص57.

[2]–فاسي عبد الله: المرجع السابق، ص 29.

[3] –الموسوعة الشاملة: 16:17 22/02/2017 www.islam.gov.KW

[4]–نور الدين أبو لحية: المرجع السابق، ص 57.

[5]–الموسوعة الإسلامية الموثقة: 19:30 22/02/2018 www.islambeacon.com

[6]–سورة الأنبياء، الآية 1.

[7]–أحمد فوزي أبو عقلين: المرجع السابق، ص 24.

[8]–الموسوعة الإسلامية الموثقة، المرجع السابق .

أما قانونا فلم يعرف المشرع الجزائري السفيه ولا الغافل، إلا ما ورد في نص المادة 43 مدني التي اعتبرتهما ناقصي الأهلية ما لم يحجر عليهما، لتتردد تصرفاتهما بين الصحة وإجازة الولي

الفرع الأول زواج السفيه

أولا : زواج السفيه فقها

1-زوال ولاية الزواج بالسفه:

اتفق الفقهاء على صحة نكاح السفيه المحجور عليه، لكنهم اختلفوا في اشتراط إذن الولي لصحته على عدة أقوال:

فيرى الحنفية لصحة نكاح السفيه من غير إذن الولي لأنه ليس بعقد مالي، والسفيه محجور عليه في تصرفاته المالية، لكن من حق الولي أن يتدخل لمنع الزيادة في المهر عن مهر المثل [1].

بينما يذهب المالكية أن صحة زواج السفيه موقوفة على إجازة الولي، فإن أجازه نفذ وإن رده بطل إن في الرد مصلحة [2].

والشافعية ذهبوا بعدم صحته إلا بإذن الولي، وقد جعلوا الخيار للولي إن شاء زوجه بنفسه وإن شاء أذن له ليعقد بنفسه، فهو تصرف يجب به المال ولا يصح بغير إذن وليه.

وفي هذا سئل ابن تيمية عن زواج رجل تحت حجر والده، وقد تزوج بغير إذن والده، فأجاب أنه " إن كان سفيها محجورا عليه، لا يصح نكاحه بدون إذن أبيه ويفرق بينهما، وإذا فرق بينهما قبل الدخول فلا شيء عليه .

وإن كان رشيدا صح نكاحه، وإن لم يأذن له أبوه، وإذا تنازع الزوجان: هل نكح وهو رشيد أو سفيه ؟ فالقول قول مدعي صحة النكاح "[3]، فهو يوجب الولي ولا صحة للنكاح بدونه.

---

[1]-عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص 128.

[2]-عوض بن رجاء العوفي:"الولاية في النكاح" الجزء الأول، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، المدينة المنورة2002، ص 463.

[3]-ابن تيمية: المرجع السابق، ص 107 .

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

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

2-تزويج المرأة السفيهة نفسها:

من لم يجوز من الفقهاء للمرأة الرشيدة تزويج نفسها، لم يجوزه للسفيهة من باب أولى.

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

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

ثانيا: زواج السفيه قانونا

حجر المشرع الجزائري على السفيه في ماله لعدم حسن تصرفه فيه وحماية له، لكن لم ينص على زواجه وبالتالي يفهم منه جواز تزويجه، مع أنه كان يجدر بالمشرع النص عليه فكما نص عليه للحجر كان من الواجب أن ينص على صحة زواجه، حتى لا يقع القاضي في لبس فإن أراد الرجوع إلى الشريعة الإسلامية فهي تقسم إلى أراء مختلفة.

لكن ما يلاحظ في الواقع الاجتماعي أنه يغلب عليه تطبيق المذهب الحنفي، فالزواج أصيل بالإنسان وهو غير مالي ولزوم المال فيه ضمني، كما أن عقد الزواج يصح مع الهزل، فسوء تصرفه في المال لا يعكس بالضرورة سوء اختياره للطرف الآخر في الزواج، فقد يكون اختياره الزوجة أو الزوج رشيدا وحسنا .

---

[1]-عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص 128 .

[2]-الموسوعة الفقهية الكويتية: المرجع السابق، ص15232 .

الفرع الثاني زواج ذو الغفلة

أولا : زواج ذو الغفلة فقها

وفي العموم ذو الغفلة قريب من السفيه لأنه يغبن في المعاملات بسبب سهولة خداع الآخرين له فهو يشبه السفيه في الأحكام ويعبر عنه – أحيانا – بالضعيف أي ضعيف الرأي في التعامل مع الناس وقد قال الله تعالى: ﴿ فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل ﴾ [1]، فالسفيه ضعيف الإرادة فهو يبذر في ماله وذو الغفلة ضعيف الإدراك في المعاملات والنتيجة واحدة وهي الخسارة في المال ولذا فإن حكم ذي الغفلة هو حكم السفيه والخلاف الفقهي فيهما واحد [2] .

ثانيا: زواج ذو الغفلة قانونا

كذلك بالنسبة للقانون، فبالرغم من أنه نص عليه في القانون المدني واعتبره ناقص أهلية، إلا أنه لم يرد النص عليه في قانون الأسرة ضمن المحجور عليهم، وبالتالي لا يفهم مقصد المشرع في ذلك، وفي كل الأحوال فإن مسألة زواجه كحال السفيه، فبمأن القانون لم ينص على حكم زواجه، فيرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية، وما هو معمول به صحة زواجه ونفاذه.

لكن مسألة إجازة الولي من عدمه أرى أنها لا تؤثر على صحة زواجه فهذا أمر شخصي وهو يعتبر راشدا حرا في الزواج، فالحجر يرد على التصرفات المالية، خاصة أنه لم يرد النص عليه ضمن المحجور عليهم في قانون الأسرة، الأمر الذي يفتح أبواب كثيرة للتأويل والتقدير .

---

[1] –سورة البقرة، الآية 282 .

[2]– د– عباس حسين محمد: "العقد في الفقه الإسلامي" شبكة الألوكة 2018/04/22.
http://www.alukah.net/sharia23:34

الخاتمة

على ضوء ما سبق، تبين جليا مكانة الأهلية لإبرام عقد الزواج، فوجودها من عدمه تحدد الصلاحية لمباشرة العقد، وتتلخص أهم النتائج المتحصل عليها خلال الدراسة في الآتي

تبين وجوب أن يكون الشخص متمتعا بكامل قواه العقلية وتام البلوغ، وهذا متفق عليه عند الفقهاء والقانون الذي حدده ب19سنة كاملة للذكر والأنثى على حد سواء، وهذا أمر منطقي ومقبول بتوافقه مع سن الرشد المدني، ورخص في المقابل لمن لم يبلغ السن القانوني بحسب ما تتطلبه المصلحة وتقتضيه الضرورة .

لكن كان الاختلاف بشأن زواج المرأة البالغة الراشدة، فهناك من الفقه من يشترط الولي لعقد زواجها ويكون باطلا دون وجوده وفي الأخص الصغيرة والبكر، في حين يجيز لها بعض الفقهاء مباشرة عقد زواجها دون الحاجة إلى الولي وخاصة إن كانت ثيبا باعتبار كمال أهليتها كاف لأن تبرمه بنفسها، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري بعد تعديله لقانون الأسرة .

في المقابل يختلف الأمر إن اعترى هذه الأهلية عارض، فإن كان معدما للأهلية بكون الشخص مجنونا أو معتوها، فله أن يتزوج إن اقتضت الضرورة أو المصلحة ذلك، لكن يستلزم زواجه أن يباشر من طرف وليه أولا وبعدها إذن القاضي، بإجماع كافة المذاهب الفقهية باستثناء القانون الجزائري فعلى الرغم من أنه اعتبره عديم الأهلية فقد اكتفى بالحكم على تصرفاته بالبطلان، دون النص على زواجه، أما بالنسبة للصغير غير المميز فهو منعدم الأهلية كحال من به جنون أو عته، فلا زواج له لانعدام المقاصد المرجوة من الزواج وكذا انعدام حاجته إليه ولا مصلحة له فيه، فقها وقانونا .

لكن إن كان هذا العارض منقصا للأهلية كأن يكون غافلا أو سفيها أو كان صبيا مميزا فالأمر يتوقف على إجازة الولي، فمن كان به سفه أو غفلة له مباشرة العقد بنفسه لكن بإجازة الولي، كذلك نجد أن المشرع لم ينص عليه، واكتفى بالحجر عليهما، أما الصغير البالغ سن التمييز والمحدد ب13سنة في القانون المدني، فيجب قبل إبرام عقد زواجه أن يمنح ترخيصا

قضائيا لإتمام الزواج، كما أمكنه من أهلية التقاضي فيما يخص آثار الزواج من حقوق والتزامات.

من خلال ما سبق عرضه حول موقف المشرع الجزائري ومحاولاته لاستدراك النقائص التي تشوبه، والتي تظهر عند تطبيق القانون وتنفيذه، لكن على الرغم من ذلك يبقى يعاني من الغموض وبعض التعقيدات والإشكاليات التي لا يكاد يخلو منها القانون، فالمرجو من المشرع تداركها وسد هذه الثغرات الخاصة بالأهلية، من خلال تحديد السن الأدنى الذي من خلاله لا يصح للقاضي النزول عنه في منح الترخيص للزوج القاصر، فمن المعلوم أن الزواج تترتب عنه عدة آثار ترتبط أساسا بالقدرة على تحمل الإلتزامات التي يفرضها، وبالتالي فإن في تحديد السن الأدنى للزواج في سن يفترض فيه النضج البدني والنفسي، فيه مصلحة للقاصر حتى يتمكن من القدرة على التمييز والإدراك والوعي بمسؤولية الزواج وتحمل أعبائه .

إضافة لذلك على المشرع أن يبين الآثار القانونية في حال مخالفة السن القانوني والزواج قبل بلوغ هذه السن، وبالتالي النص على العقوبة المسلطة عند هذه المخالفة، فقد ترك كل هذه الأمور على عاتق القاضي وفق سلطته التقديرية، فكا يجدر به أن يضيق من هذه السلطة لتخفيف عبء القاضي من جهة، ولتوحيد الأحكام الصادرة عن كل جهة قضائية في هذا الشأن من جهة ثانية .

كذلك ما نلاحظه في المادة 11من قانون الأسرة، التي ألغت تأثير الولي على زواج المرأة البالغة، فوجود الولي أصبح شكليا فلها كل الحرية في اختيار من تشاء ليكون وليها، فعلى الرغم من أنه يعد شرطا من شروط الزواج، لكنه باعتبار الزواج باطلا إذا اختل فيه ركن الرضا يعد تأكيدا منه على إلغاء سلطة الولي في الإجبار، وحبذا لو أن المشرع قد حدد القاضي المختص بتزويج من لا ولي له، وبيان الإجراءات المتخذة في ذلك .

وبالنسبة لزواج القاصر فنفس الأمر عند البالغ، فقد منع ولاية الإجبار عنهم كذلك، فكان يجب الإبقاء عليها للصغيرة لمصلحتها، خصوصا عن كانت ستزوج من كفء.

والأهم من ذلك فالمشرع لم ينص على زواج عديم الأهلية أو ناقصها باستثناء القاصر، فكان أولى به لو نظم تزويجهم حماية لهم ولمصالحهم .

فنجد أن المشرع قد ترك كل ذلك للشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، وبالتالي ترك الخيار للقاضي في اتباع أي مذهب كان .

وعلى الرغم من أن قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية، إلا أنه قد خالفها في بعض الأمور ولم يأخذ بشأنها موقفا ثابتا فبقي بين التناقض والغموض، وعليه إعادة النظر في

بعض مواده، خاصة وأن أمر أهلية الزواج له من الأهمية ما قد يخل بنظام الأسرة والمجتمع ككل، وبحياة هذه الطائفة كدرجة أولى، فالقانون يمكن أن يلعب دورا مهما في الرفع من مستوى الوعي الاجتماعي للمواطنين شريطة أن لا يبتعد كثيرا عن الحقائق الاجتماعية .

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

01-القرآن الكريم

-من السنة:

02-ابن الحسين مسلم بن الحجاج القثيري النيسابوري: " صحيح مسلم " دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية 1998 .

ج-النصوص القانونية

30-القانون 224/63 الصادر بتاريخ 29 جوان 1963 الخاص بتحديد السن الأدنى للزواج.

32-الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 الجريدة الرسمية العدد.31

31- الأمر 11/84 الصادر في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل بالأمر 02/05 الصادر في 2005/02/27 الجريدة الرسمية العدد .15

33_مدونة الأسرة المغربية

34-قانون الأحوال الشخصية الأردني

35-قانون الأحوال الشخصية السوري

36-قانون الأحوال الشخصية اليمني

المراجع

أولا: باللغة العربية

أ-المراجع العامة

03-الشحات إبراهيم محمد منصور:" أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية " دار الفكر العربي، بنها، بدون سنة نشر.

04-جمال بن محمد بن محمود:" الزواج العرفي في ميزان الإسلام " دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان 2004.

05-عبد الفتاح كبارة: "الزواج المدني" دراسة مقارنة، دار الندوة الجديدة، بيروت- لبنان1994.

06-عبد الوهاب خلاف:" أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية " دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت طبعة 2، 1990.

07- عمر سليمان الأشقر:" أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة " دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن1997.

08-عمرو عبد المنعم سليم: " آداب الخطبة والزفاف من الكتاب وصحيح السنة " دار الضياء للنشر والتوزيع، مصر طبعة 3، 2001.

9-نورالدين أبو لحية: " عقد الزواج وشروطه " دار الكتاب الحديث القاهرة، بدون سنة نشر.

ب-المراجع المتخصصة:

*الكتب :

10-عبد الرحمان بن سعد الشثري: " حكم تقنين منع تزويج الفتيات أقل من 18سنة وتحديد سن الزواج " دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الفيوم، طبعة 2، 2010 .

11-عوض بن رجاء العوفي: " الولاية في النكاح " الجزء الأول، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، المدينة المنورة 2002.

*الأطروحات والرسائل:

12-سعاد لعلى:" الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري " أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر1 كلية الحقوق 2014_2015.

13-فاسي عبد الله : " المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق" أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2014_2015 .

14-هناء فوزي محمد علي ربايعية: " الأهلية للزواج بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية " دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين2013 .

15-حسين المهداوي: " دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره " مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية 2009 _ 2010 .

16-سعيد قاضي: " رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري " رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1 كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة والقانون2010_2011.

17- زايدي عبد السلام يوبي عليلي: " شروط عقد الزواج في القانون الجزائري " مذكرة لنيل شهادة الماستر قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق والعلوم السياسية 2012_2013 .

18-فوزية بوجاجة وغنية غوناي: " الأحكام القانونية لانعقاد الزواج " مذكرة مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية، جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق2014 _2015 .

19-يوسفي كهينة وولامي ليلى: " عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري " مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق والعلوم السياسية 2012_2013.

المراجع الشرعية:

20- ابن تيمية: " أحكام الزواج " دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان1988 .

21-أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: " فتح الباري شرح صحيح البخاري " دار الريان للتراث، مصر1986 .

22-السيد سابق: " فقه السنة " دار الفتح للإعلام العربي، مصر 2004 .

23-القاضي أبي الحسنى أحمد بن محمد بن أحمد الضبي:" اللبا في الفقه الشافعي " دار البخاري، المدينة المنورة 1995.

24-عبد العظيم بدوي: "الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز" دار ابن رجب للنشر والتوزيع، طبعة 3، 2001.

25- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري: " مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة " دار إصراء المجتمع، المملكة العربية السعودية طبعة 11، 2010 .

26-محمد رأفت عثمان: " فقه النساء في الخطبة والزواج " دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، بدون سنة نشر.

27- محمد عميم الإحسان المجددي البركني: " التعريفات الفقهية " دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان 2003 .

28- مرعي بن يوسف الحنبلي: " دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل " منشورات الكتب الإسلامية، الكويت طبعة 02، 1929 .

29-موفق الدين أبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي: " عمدة الفقه في المذهب الحنبلي " المكتبة العصرية للطباعة والنشر، صيدا - بيروت 2003.

د-المواقع الإلكترونية

37-الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الدينية الإسلامية، الكويت marqoom.org

38-الموسوعة الشاملة www.islam.gov.KW

39-الموسوعة الإسلامية الموثقة www.islambeacon.com

40- فضيلة الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق علي جاد الحق: " زواج المعتوهة " دار الإفتاء المصرية https://ar.islamway.net

41-الدكتور صبري محمد خليل: " الجنون بين المفهومين الدارج والعلمي " https:drsabrikhalil.wordpress.com

42-سنن النسائي 3432 ahlalhdeet.com

43- د- عباس حسين محمد: " العقد في الفقه الإسلامي " شبكة الألوكة http://www.alukah.net/sharia

44-عبد العزيز سعد: " مخالفة وتجاوز سن أهلية الزواج " الإسلام سؤال وجواب www.islamQA.info

45-محمد صالح المنجد: " حكم زواج المعاق ذهنيا " الإسلام سؤال وجواب www.islamQA

46-محمد صالح المنجد: " الحكمة من تشريع تزويج الصغيرة " الإسلام سؤال وجواب www.islamQA

ثانيا: باللغة الأجنبية

-47

Bayerisches staatsmimi sterium der just tiz (arabisch)

www.justiz.bayem.de

-48

code civil français :

Dernière modification: 03/01/2018 Edition : 11/01/201814

LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 1 - NOR: -144

JUSC1236338L

الفهرس

مقدمة.....أ

الفصل الأول : كمال أهلية الزواج.....4

المبحث الأول : تحديد سن الزواج.....5

المطلب الأول : سن الزواج فقها.....6

الفرع الأول : الأخذ بمعيار العقل والبلوغ.....6

الفرع الثاني : الأخذ بمعيار السن.....9

المطلب الثاني : سن الزواج قانونا.....11

الفرع الأول : التطور القانوني لتحديد سن الزواج.....12

الفرع الثاني : أثر تخلف شرط الأهلية.....15

المبحث الثاني : أهلية المرأة البالغة للزواج.....17

المطلب الأول : اهلية المرأة البالغة للزواج فقها.....18

الفرع الأول : حكم تزويج البالغة فقها..... 19

الفرع الثاني : استئذان البالغة في الزواج.....22

المطلب الثاني : أهلية المرأة البالغة للزواج قانونا.....24

الفرع الأول : زواج الراشدة قبل تعديل قانون الأسرة (الأمر 84/11).....24

الفرع الثاني: زواج الراشدة بعد تعديل قانون الأسرة (الأمر 05/02).....26

الفصل الثاني : زواج من يشوبه أحد عوارض الأهلية.....28

المبحث الأول : زواج عديم الأهلية.....29

المطلب الأول : زواج المجنون.....30
الفرع الأول : زواج المجنون فقها.....31
الفرع الثاني : زواج المجنون قانونا.....34
المطلب الثاني : زواج المعتوه.....35
الفرع الأول : زواج المعتوه فقها.....36
الفرع الثاني : زواج المعتوه قانونا.....38
المبحث الثاني : زواج ناقص الأهلية.....40
المطلب الأول : زواج الصبي المميز.....41
الفرع الأول : زواج الصبي المميز فقها.....42
الفرع الثاني : زواج الصبي المميز قانونا.....46
المطلب الثاني : زواج السفيه وذو الغفلة.....48
الفرع الأول : زواج السفيه.....49
الفرع الثاني : زواج ذو الغفلة.....51
الخاتمة.....52
المراجع.....55
الفهرس.....61