الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الوادي

معهد العلوم الإسلامية

قسم الشريعة

زَوَاج المحجور عليهم
بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
–زواج المجنون والمعتوه والسّفيه أُنموذجا–

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلّبات الحصول على شهادة الماستر

في العلوم الإسلاميّة – تخصّص: شريعة وقانون.

من إعداد الطالبات:

- كريمة عباز
- خديجة بكاري
- صفية بالمداني

المشرف

د. علي بن زينب

السّنة الجامعية: 1442–1443هـ/ 2021–2022م

الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

زَوَاج عَدِيمي الأهلية
بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
–زواج المجنون والمعتوه والسّفيه أُنموذجا–

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلّبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلاميّة – تخصّص: شريعة وقانون.

من إعداد الطالبات:
- كريمة عباز
- خديجة بكاري
- صفية بالمداني

المشرف
د. علي بن زينب

السّنة الجامعية: 1442–1443هـ/ 2021–2022م

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

أطروحة العلم لا تهدى لغيرهم هم الأحبة والاخيار في زمني

أم رؤوم وقلب يستهام به وأب وقور ودفء لا يفارقني

أستاذ بحثي له مني تقاديري شكرا عظيما وعرفانا يقيدني

جمع الأحبة أستاذ وطالبه معهد الشريعة يا موطن السكن

أهدي لجامعتي بحثي وعرفاني حبا عظيما وشكرا لا يواتيني

طلاب معرفة أهدي لهم بحثي علما مفيدا لعل العلم ينجيني .

كريمة

إهداء

إلى من كلّله الله بالهيبة والوقار. . إلى من علمني العطاء بدون انتظار. . . . . إلى من جرع الكأس فارغا ليسقيني قطرة حبي. . .إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم.

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار أبي الغالي وقرت عيني (محمد ميلود بالمداني)

*إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب. . .أمي العزيزة (فطيمة بالمداني)

*إلى القلوب الطاهرة الرقيقة إلى ريحان حياتي أخواتي(هناء وسارة ومباركة وأولادها–عبد الباسط وهاجر– صفاء– مهدي؛ وإخوتي عمار وعبد المجيد وعلي)

الآن تفتح الأشرعة وترفع المرساة لتنطلق السفينة في عرض بحر واسع مظلم هو بحر الحياة وفي هذه الظلمة لا يضيء إلا قنديل الذكريات ذكريات الأخوة البعيدة إلى الذين أحببتهم وأحبوني أصدقائي

(أسماء وفريدة وعائشة ووفاء وسارة وزينب وخديجة وكريمة)

صفيّة

إهداء

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب

إلى من كلّت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة

إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم

إلى القلب الكبير والدي العزيز

إلى من أرضعتني الحب والحنان

إلى رمز الحب وبلسم الشفاء

إلى القلب الناصع بالبياض والدتي الحبيبة

إلى من أسكن إليه خطيبي العزيز

إلى القوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتي إخوتي

الآن تفتح الأشرعة وترفع المرساة لتنطلق السفينة في عرض بحر واسع مظلم هو بحر الحياة وفي هذه الظلمة لا يضيء إلا قنديل الذكريات ذكريات الإخوة البعيدة إلى الذين أحببتهم وأحبوني أصدقائي

خديجة

شكر وعرفان

امتثالا لقوله تعالى: ﴿ وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيد ﴾سورة ابراهيم، الآية 7 .

ولأنّ شكر الله يستلزم شكر أصحاب الفضل. . . .

فإنّنا نتوجه بالشكر إلى الصرح العلمي الشامخ- جامعة الشهيد حمه لخضر- التي حضنتنا في كلية معهد العلوم الإسلامية.

كما نشكر الدكتور الفاضل "علي بن زينب" الذي تفضل بالإشراف على هذه المذكرة، والذي لم يدّخر جهداً أو نُصحاً إلا وقدّمه، فجزاه الله عنّا خيراً .

ولا يفوتنا أن نشكر جميع العاملين في المكتبات الجامعية والعامة على المساعدة في توفير المصادر اللازمة لإعداد هذه المذكرة.

وكل الشكر والامتنان إلى مَنْ ساهم أو أرشد أو نصح فجزاهم الله خيراً .

والحمد لله أوّلاً وآخراً .

ملخص الدراسة

تناولت هذه المذكرة الأهلية في عقد الزواج، حيث جعلها المشرع شرطا من شروط انعقاد الزواج يبطل العقد بتخلفها، وقد حددها في نص المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري بـ19 سنة لكلا الجنسين مساويا بينهما وبين سن الرشد المدني، كما يجوز للقاضي استثناء أن يمنح الترخيص بالزواج متى كانت هناك مصلحة أو ضرورة أو ثبت قدرة الطرفين على الزواج، ولأجل ذلك جاء هذا البحث من أجل التعرف على الأحكام المطبقة على زواج المحجور عليهم لسفه أو غفلة أو جنون، وعليه فإننا سنتطرق في بحثنا هذا إلى ماهية الزّواج وأهميته ومن ثَمّ أثر السّن في أهلية الزّواج، وأخيرا سلطة القاضي في التّرخيص بالزّواج للمحجور عليهم.

ملخص الدّراسة باللغة الإنجليزية

This body of research has delt with legal competency in wedding contracts, the latter is considered by the legislator to be among the main conditions for a wedding to take place.

The allowed age of being able to get married in Algeria is clearly mentioned in chapter seven in the Algerian family law which is 19 years old , the same age as maturity, for both sexes.

It is also mentioned that the judge has the authority to accept exceptions when necessary.

As a result, this study is an attempt to shed light the application of those exceptions concerning a certain category of people; the unmindful the simple minded person, and the insane

In this study, we will tackle the definition of marriage, its importance, the effects of age in wedding's legal competency, and finally the judge's authority in providing license for those who are interdicted of legal capacity.

قائمة المختصرات المعتمدة:

م: المادة.

ص: الصفحة.

ع: العدد.

ج: الجزء.

ط: الطبعة.

د– ط: دون طبعة.

د– د– ن: دون دار النشر.

د– س– ن: دون سنة النشر.

ج– ر: جريدة رسمية.

م– ق: مجلة قضائية.

ق–م ج: القانون المدني الجزائري.

ق– أ ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق–ح– م: قانون الحالة المدنية.

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

م أ م: مدونة الأسرة المغربية

ق أح ش أ: قانون الأحوال الشخصية الأردني

ق أح ش ك: قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

المقدمة

بسم الله الرحمان الرحيم والصلاة والسلام على أشرف الخلق و المرسلين سيدنا وحبيبنا محمد –صلى الله عليه وسلم–وعلى اله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد كرم الله الإنسان وفضله عن غيره من المخلوقات بالعقل الذي يميز بموجبه بين الحق والباطل وبين الحلال والحرام وبين ما ينفعه وما يضره وما يجلب له المصلحة وما يجلب المفسدة، غير أن الإنسان لا يولد بالعقل الكامل بل يمر بعدة مراحل عمرية ينمو خلالها عقله ويتدرج حتى يصل إلى الكمال فيصبح فردا كامل الإلزام والالتزام، كما ميز الله الناس بعضهم على بعض فجعلهم متمايزين ومختلفين منهم من يتدرج ليصل كمال العقل ومنهم من يصل ناقصه ومنهم من يصل فاقده.

هذا التباين والاختلاف في القدرات العقلية بين الناس والاختلاف عند الإنسان نفسه من مراحل عمرية إلى أخرى لم يأت عبثا، إنما الله خلق الناس بهذا الشكل لحقيق التكامل والتعاون بين أفراد المجتمع، فيتولى الكبير والقوي منهم أمر الصغير والضعيف ويدير شؤنه حتى يكبر ويشتد عوده أو يزول ما أصابه.

يعبر الأصوليون وفقهاء الشريعة عن هذا الموضوع بالأهلية والملاحظ أنهم تناولوه بشيء من التفصيل والإسهاب، كيف لا يهدف إلى حماية فئة ضعيفة وهشة من الناس، يكون عن طريق حماية ناقصي الأهلية من أنفسهم وحماية غيرهم منهم وعن طريق حمايتهم من الاستغلال غيرهم لضعفهم هذه الحماية تمس جميع مناحي الحياة دون استثناء، لكن الذي يهمنا في بحثنا هو أهلية الشخص في الزواج، فقد يقدم ناقص في الأهلية على هذا التصرف ولا يحقق غايته كشخص كامل الأهلية مما قد يسبب أضرارا للطرف الآخر.

ونجد أن المشرع الجزائري هو الآخر لم يغفل عن تنظيم هذا العقد، حيث بيّن أحكامه في نصوص قانون الأسرة الجزائري واعتبره عقدا ذا طبيعة خاصّة، بأن أضفى عليه صفة الرضائية باعتباره عقدا يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، ويكون من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة و التعاون واحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب.

وفي نفس السياق ذهبت القوانين الوضعية، مبنية بدقة الأحكام التي يجب أن تخضع لها علاقة الرجل و المرأة لما لها من فضل على المجتمع في حماية الزوجين ونسليهما، وصيانة لحقوقهما المادية و المعنوية، وذلك من خلال النص على عقد الزواج وتنظيم أحكامه في تشريعاتها الوضعية.

ولقيام عقد الزواج صحيحا لابد أن يستوفي أركانه وشروطه التي حددها الشارع الحكيم في القرآن والسنة النبوية، وكرّسها المشرع في قانون الأسرة الجزائري، والمتمثلة في الرضا كركن وحيد لعقد الزواج و الأهلية، والصداق و الولي والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية كشروط لانعقاده.

وموضوع مذكرتنا يتمحور حول الأهلية كشرط لانعقاد الزواج، حيث يجب أن يكون كلا الزوجين أهلا للزواج، لذا ستكون دراستنا دراسة من الناحية الشرعية مقارنة بقانون الأسرة الجزائري معتمدين في ذلك على أحكام القانون المدني و قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين الوضعية.

أهمية البحث وأهدفه وأسباب اختياره:

أهمية البحث:

هذا البحث تناول الأهلية بمفهومها الواسع والشامل بحيث تطرق لجوانب عديدة لما يخص الإنسان من عقل وسن وإدارة للإبرام عقد الزواج.

-أنّه مرتبط بالتخصص الذي اخترناه في الماستر، إذا يعتبر جزء من جزيئات الأحوال الشخصية.

-أنّه موضوع مهم ودقيق سواء من النّاحية الفقهية أو القانونية حيث يمس شريحة حساسة وضعيفة في المجتمع.

-نظر لأهمية الموضوع وتعلقه ببناء الخلية الأساسية للمجتمع، و هي الأسرة فقد مست جزيئاته مراحل مختلفة في حياة الإنسان و هذا ما يجعله موضوعا خصبا للدراسة.

-الموضوع متشعب المسائل والأحكام والآراء الفقهية حيث تناوله الفقهاء بإسهاب وله صلة بقوانين أخرى كالقانون المدني والإجراءات المدنية، والإدارية وغيرها.

أهداف البحث:

لا شك أن البحث في هذا الموضوع له أهداف تتمثل فيما يلي:

1. اكتساب مهارات التحليل القانوني.
2. إثبات إصابة الشريعة الإسلامية وأحكامها في معالجة الموضوع، وأنها صالحة لكل زمان ومكان و أقدر على حماية الفرد و الأسرة.
3. محاولة تقديم إضافة علمية لما سبق تقديمه من دراسات في مجال قانون الأسرة لتكون لبنة إضافية في صرح الدراسات القانونية المقارنة بالفقه الإسلامي.

منهج البحث:

هذا البحث هو دراسة وصفيّة تحليلية مقارنة، حيث تم القيام بوصف وتحليل النصوص القانونية الجزائرية المتعلقة بتزويج ناقصي وعدميي الأهلية مع تحليل الأحكام المستنبطة منها، إضافة إلى استخراج الأحكام المتعلقة بهم من كتب الفقه الإسلامي، ومقارنتها بما ورد في نصوص القانون الجزائري وبعض قوانين الدّول العربية التي تم اختيارها لتكون محلّ مقارنة.

وفي كل أجزاء البحث يتم التطرق أولا لأحكام الفقه الإسلامي باعتبارها المصدر الأصلي، ومن ثمَّ يتم التطرق لأحكام القانون الجزائري.

منهجية الدراسة:

. عزونا الآيات إلى مواضعها في السور؛ بذكر اسم السورة ورقم الآية في المتن وتوضيح وجه الدلالة ما أمكن.

. خرجنا الحديث النبوية الشريف مع الإحالة إلى مصدره الأصلي في الحاشية.

. وضحنا المفاهيم الواردة في البحث بأن شرحنا معناها اللغوي والاصطلاحي.

. اجتهدنا في إحالة الأقوال لأصحابها بالاستعانة بالمصادر والمراجع الأصلية.

. وثقنا المصادر والمراجع في الحواشي وقائمة المصادر والمراجع؛ وذلك بذكر اسم الكاتب ثم اسم الكتاب، ثم معلومات الطبع، ثم الجزء والصفحة.

الصعوبات:

لقد واجهتنا في معالجة هذا البحث عدة صعوبات، لعلى أهمها ينحصر فيما يلي:

- صعوبة الموضوع من حيث التقسيم و موازنة الخطة بين الفقه و القانون و ثراء الجانب الفقهي على القانوني.
- قلة المراجع المتعلقة بموضوع الأهلية في الزواج، وإن وجدت هذه المراجع كانت كلها منقولة عن بعضها البعض.
- الموضوع عبارة عن جزئية صغيرة في قانون الأسرة الجزائري، مما زاد الأمر صعوبة
- ضيق الوقت الممنوح للبحث في الموضوع.

الدراسات السابقة

من أهم الدراسات السابقة التي كتبت في موضوع الأهلية و الترخيص القضائي

- الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة والقانون للأستاذة ابتسام مليط مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجيستير في القانون، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2012/2011م

- هناء فوزي محمد علي ربايعية، أهلية الزواج بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجيستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، دامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2013.

إشكالية البحث:

بالنظر لأهمية هذا الموضوع في مجال العلوم القانونية خاصّة، فقد ارتأينا دراسة هذا الموضوع ومعالجته من جوانب عدّة، معالجين في ذلك الإشكالية الآتية: هل وافق المشرع الجزائري في ضبط أحكام زواج المحجور عليهم مقارنة بالشريعة الإسلامية؟

وتنبثق عن هذا التساؤل تساؤلات فرعية تساهم في ابراز هذا الموضوع تتمثل فيما يلي:

- ما تأثير عوارض الأهلية على الزواج؟
- ماهي حدود سلطة القاضي في منح الإذن بالزواج؟

خطة البحث:

لتحقيق أهداف البحث المرجوة جاءت الخطة مقسمة كالتالي:

المقدمة: وتشمل على طبيعة الدراسة وأهميتها وسبب اختيارها؛ وإشكاليتها وخطة دراستها والدراسات السابقة؛ ومنهج الدراسة.

أما المباحث: كانت كالآتي:

مقدمة

المبحث التّمهيدي: ماهية الزّواج وأهميته.

المطلب الأول: مفهوم الزّواج.

الفرع الأول: التّعريف اللغوي.

الفرع الثاني: تّعريف الزّواج:

المطلب الثّاني: أهمية الزّواج.

المطلب الثّالث: الطّبيعة القانونية

المطلب الرّابع: أركان الزّواج وشروطه.

الفرع الأول: أركان الزّواج.

الفرع الثاني: شروط الزّواج.

المبحث الأول: أثر السّن في أهلية الزّواج.

المطلب الأول: مفهوم الأهلية.

الفرع الأول: التّعريف اللّغوي.

الفرع الثاني: تّعريف الأهلية:

المطلب الثّاني: تدرج الأهلية بحسب السّن.

الفرع الأول: أهلية الوجوب.

الفرع الثّاني: أهلية الأداء.

المبحث الثّاني: تحديد السّن القانوني للزّواج وأسباب اختلال العقل في الأهلية.

المطلب الأول: المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية.

الفرع الأول: مفهوم عوارض الأهلية في الشّريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفرع الثّاني: أقسام عوارض الأهلية.

المطلب الثّاني: أثر عوارض أهلية الزّواج في الشّريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفرع الأول: أثر عوارض أهلية الزّواج في الشّريعة الإسلامية.

الفرع الثّاني: أثر عوارض أهلية الزّواج في القانون الجزائري.

المطلب الثّالث: أحكام زواج المحجور عليهم.

الفرع الأول: أحكام زواج المحجور عليهم في الشّريعة الإسلامية.

الفرع الثّاني: أحكام زواج المحجور عليهم في القانون الجزائري.

المبحث الثالث: سلطة القاضي في التّرخيص بالزّواج للمحجور عليهم.

المطلب الأول: مفهوم السّلطة التّقديرية للقاضي.

الفرع الأول: التّعريف الفقهي والقانوني للسّلطة التّقديرية.

الفرع الثّاني: خصائص السّلطة التّقديرية.

الفرع الثالث: أساس السّلطة التّقديرية للقاضي.

الفرع الرّابع: شروط منح السّلطة التّقديرية للقاضي.

الفرع الخامس: أعمال القاضي في إطار السّلطة التّقديرية.

المطلب الثّاني: نطاق منح التّرخيص بالزّواج.

الفرع الأول: معايير منح التّرخيص بالزّواج.

الفرع الثاني: إجراءات منح التّرخيص بالزّواج.

الفرع الثّالث: أساليب مخالفة التّرخيص بالزّواج.

المطلب الثّالث: سلطة القاضي في التّرخيص بالزّواج في القوانين الوضعية.

الفرع الأول: مدونة الأسرة المغربية.

الفرع الثّاني: قانون الأحوال الشخصية الأردني.

الفرع الثّالث: قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

الخاتمة: فتضمنت أهم النتائج التي توصلنا إليها مع الإشارة إلى بعض التوصيات.

المبحث التّمهيدي: ماهية الزّواج وأهميته

وفيه مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الزّواج

المطلب الثّاني: أركان الزّواج وشروطه

تمهيد:

إنّ الأسرة تُعد المنبع الأساسي لبناء المجتمع، وأساس وجودها هو العلاقة الزوجية بين الرجل و المرأة عن طريق عقد زواج، يربط بينهما على الوجه الشرعي، حيث يعتبر هذا العقد من أهم العقود؛ التي اهتم به علماء الفقه و القانون، إذ أن له أهمية كبيرة في حفظ النسل من خلال قيام أسرة أساسها المودة والرحمة والتكافل، وعليه فإننا سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الزواج في (المطلب الأول) وأركانه وشروطه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الزواج

يعتبر الزواج أحد دعائم بناء الأسرة، من خلال قيام علاقة زوجية بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، أساسها المودة والتعاون والتكافل، من أجل استمرار الأسرة، وعليه يبقى الزواج من أسمى العقود لأهميته البالغة في حياة الأفراد لضمان بناء مجتمعات أسرية تكفل قيام الأمة بكاملها، ومن هنا سنعرف الزواج في (الفرع الأول) وأهميته في (الفرع الثاني) ثم طبيعته القانونية في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الزواج لغة

الزواج مأخوذ من كلمة زوْج وهو خلاف الفرد، يقال زوج أو فرد، كما يقال خَسا أو زكا، أو شفع أو وتر[1]قال تعالى:{**وَالْأَرْضَ مَدَدْنَاهَا وَأَلْقَيْنَا فِيهَا رَوَاسِيَ وَأَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ**}[سورة ق:07]، أي من كل اثنين قوله تعالى{**وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى**} [النجم: 45].

الفرع الثاني: تعريف الزواج إصطلاحا

سنتطرق إلى تعريف الزواج في الاصطلاح الفقهي والقانوني.

أولا–التعريف الفقهي الإسلامي:

تعددت تعريفات الفقهاء وتقاربت نذكر منها:

- عرفه محمد أبو زهرة بأن الزواج:" عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع "ويعرفه أيضا أنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"[2] .
- و يعرفه بعض الفقهاء بأنه:" عقد يفيد قصدا ملك استمتاع الرجل بالمرأة، التي لم يمنع نكاحها مانع شرعي، وحل استمتاع المرأة بالرجل"[3].

1: أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج2، د.ط، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968، ص 291.

2: القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ع 24، الصادر في 1984/09/12.

[2]: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1984، ص17.

[3] محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة في ظل الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، د. ط، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 112.

ثانيا–التعريف القانوني:

نصت المادة 04 (الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل على أنّ: «الزواج هو عقد بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[1].

وبعد تعديل قانون الأسرة أصبحت تنص على أن:" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"

ومن خلال هذه المادة نلاحظ ما يلي:

أ-أنّ المشرع الجزائري قبل التعديل أعطى للزواج تعريفا مطلقا، وأما بعد تعديله قيد هذا التعريف بشرط التراضي أي أنه عقد رضائي، ففي هذه الحالة ركز على الإرادة.

ب- أنّ المشرع حدد طرفي العقد وهما الرجل والمرأة، ومن هنا قد استبعد زواج المثليْن أو ما يسمى بالشّذوذ الجنسي الذي يتم بين طرفيين من نفس الجنس، رجل مع رجل أو امرأة مع امرأة.

ت- أنّ المشرع قد حدد الهدف الأساسي من هذا الزواج، المتمثل في حفظ النسل وتحصين الزوجين، ولم شمل الأسرة التي هي لب المجتمع.

بخلاف التشريعات الأوروبية، فإنها تجعل الزواج بين شخصين أيّا كان جنساهما، وعليه فهي تجيز الزواج بين المثليين[2].

ومنه فالزواج هو عقد يفيد حل استمتاع الزوجين بعضهما ببعض على الوجه المشروع ويحل لكل واحد منهما حقوقا وواجبات تجاه الآخر[3].

ومن هنا نستنتج أن تعريف الزّواج في الشريعة الإسلامية نفسه الذي ورد في القانون الجزائري.

1: الأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فيفري 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة ج. ر. ع15، الصادر في 2005/02/27.

[2]: سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2010، ص37-38.

[3]: عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج و الطلاق، ط 5، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1979، ص78.

المطلب الثاني: أهمية الزواج

لقد رغّب وحبّب الإسلام في الزواج؛ لما له من أثار تعود بالنَّفعِ على الفرد والأسرة والمجتمع؛ وقد أحاط الشارع الزواج بعناية ورعاية تامة من وقت التفكير فيه، وعند إنشائه إلى غاية انتهائه، فبيّن أحكامه ووضع قواعده، إذ حدد العلاقة بين الزوجين وبين حقوق وواجبات كل منهما، وذلك حتى تسود المودة والرحمة وحسن المعاشرة بين الزوجين بينهما[1]، فقد دل الإسلام عليه في كثير من المواضع في القرآن الكريم والسنة النبوية، لأنه طريق حفظ الوجود الإنّساني ومنع الاعتداء على النسل بالزنا أو القذف أو انتهاك، وتتجلى أهمية الزواج في حياة المجتمعات في كثير من الأمور أهمها ما يلي:

الفرع الأول: حفظ النوع الإنساني

الغرض الأساسي في خلق الإنسان أن يكون خليفة الله في أرضه لإعمارها، وهذا لا يكون بفرد واحد، وإنّما لابد من التّوالد من أجل التّكاثر، وهذا يتم عن طريق الزواج، حيث يختص الرجل بامرأته ولا يزاحمه أحد فيها فلا تنازع ولا تقاتل، إذ أن الولد سواء أنثى أو ذكر، يحمل اسم أبيه الذي يقوم بتربيته ويحافظ عليه، ومنه يكوّن مجتمعا صالحا ويبقى النوع الإنساني على أكمل وجه وفي أحسن صورة[2].

إنّ الغرض من الزواج هو تكثير النّسل، لذلك وجب المقبل على الزواج أن يراعي شرع الله في ذلك، أما كونه ينتج نسلا فليس مكلفا به، لأنه ليس بمقدوره فهو هبة من الله تعالى فقال:

{لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (49) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ}[الشورى: 49-50].

[1]: عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2007، ص 33.

[2]: محمد مصطفي شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة، ط 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ص 55.

الفرع الثاني: تكاثر البشر

تستمر حياة البشر فوق وجه الأرض وتتكاثر بالزواج، فلو خلق الله عباده دفعة واحدة، لضاقت بهم الأرض وهو قادر على خلقهم–ولما تحقق الابتِلاء الذي شاءه الله للجِنسْ الإنّساني الناشئ عن علاقة الأبوة و النبوة والزوجية والقرابة، فالزواج هو الطريق الأمثل لإيجاد الذرية الصالحة، كما أنه يربط بين الأسرة ويقوي أواصر المحبة في المجتمعات الإنسانية[1]، لقوله تعالى:{ **وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا** }[الفرقان: 54].

الفرع الثالث: تكاثر الأمة

إنّ الحفاظ على الأمة من الزّوال والإذلال هو هدف كثير من العلماء، لذلك وضعوا لها عدة أحكام في مؤلفاتهم على أحكام الجهاد، لأن الجهاد وإن كان سببًا لحفظ حَوزةِ الإسلام والمسلمين، إلا أنّ النّكاح هو الذي تتكاثر به الأمة الإسلامية، ويوجد الرجال المجاهدون الذين يحفظون الدّيار[2].

الفرع الرابع: تحصين النفوس

تحصين النّفوس يتم بقضاء الحاجة الجنّسية بطريقةٍ سليمةٍ، لأنه من يتزوج تُقنع نفسهُ عادة ولا يتعد حدود الله بانتهاك الحرمات، ولكن من أعْرضَ عن الزواج قد يلجأ إلى طريق فاسد واستباح المحرمات ويفتح على المجتمع مجالات كثيرة لارتكاب المعاصي والتعدي على حدودا لله، فيصبح عضوا فاسدا فيه[3]، كما لا تتعارض أيضا أهمية الزواج في قانون الأسرة الجزائري مع الفقه الإسلامي، حيث أشار إليه المشرع في كثير من النصوص القانونية، واعتبر أيضا الأسرة بأنها هي الخلية الأساسية للمجتمع، إذْ تتكون الأسرة من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة، فتعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، فالهدف الأساسي من الزواج هو إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون.

---

[1]: عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، ط 1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1997، ص 18

[2]: عمر سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص 18.

[3]: محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 57.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للزواج

لقد أُختلف حول الطبيعة القانونية للزواج، فبعض الفقهاء يعتبرونه نظاماً قانونياً، والبعض يعتبره عقدًا، وهناك من يعتبره نظاماً قانونياً وعقداً في آن واحد، وعليه سنعرضها كما يلي:

الفرع الأول: الزواج نظام قانوني

ذهب الفقيه الفرنسي "ليون ديجيleon Dugui" إلى التفرقة بين العقد الذاتي والإتفاق المنظم (نظام قانوني)، حيث اعترف بصفة العقد للنوع الأول دون النوع الثاني، فهو الأقرب إلى القانون منه إلى العقد، كما أنه لا يتعارض فيه بين مصالح الأطراف، فالغرض والهدف المشترك هو الحكم الذي يطبق على الزواج، إذْ لا يوجد تناقض بين مصلحة الزوجين[1]، ومن أهم الحجج التي يعتمد عليها هذا الاتجاه هي:

1-أنْ بزواج الرجل والمرأة يؤسسان مؤسسة هي الأسرة، فتكون لها ذمة مالية خاصة مستقلة عن الذمة المالية لكل من الزوجين.

2- أنْ الزواج عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية المفروضة من قبل المشرع، وما على الطرفان إلا الخضوع لهذه القواعد وتطبيقها دون تدخل من الإدارة للتغيير من شروطها أو التعديل في آثارها[2].

الفرع الثاني: الزواج عقد

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن الزواج عقدٌ وليس نظاماً قانونياً، وفقا لما جاء به القانون المدني في تنظيميه للعقد، من حيث التكوين أو تعديل أو إنهاء عقد الزواج[3].

---

[1]: محمد صالح بن عومر، المساواة بين الجنسيين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و المواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 88.

[2]: المرجع نفسه، محمد صالح بن عومر، ص 89.

[3]: المرجع السابق، محمد صالح بن عومر، المساواة بين الجنسيين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و المواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 90.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري قد تبنّى البيّعة القانونية للزواج، وهذا من خلال التعريف الوارد في نص المادة 04 ق أج "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ..."[1]، وهو يشكل ترابط معنوي بين الرّجل والمرأة على وجه الدوام لبناء أسرة وتحمل أعبائها[2]، وعليه فهو عقدُ يدخل في دائرة العلاقات التّعاقدية، إذْ يتم مثل العقود الأخرى الذي تتطلب فيه الإرادة والرضا، وما يترتب عليه من حقوق والتزامات، كما يقوم على شروط أساسية وضرورية لإنشائه، لكن له نقد في اعتباره بأن الزواج كباقي العقود الأخرى رغم خصوصية آثاره.

الفرع الثالث: الزواج عقدٌ ونظامٌ في آن واحد

بسبب الِانتقادات التي وجهت للاتجاهين السابقيّن، فقد ظهر اتجاه حديث دمج بينهما فيعتبره عقدًا من جهة ونظاماً قانونياً من جهة أخرى، فهو ذو طبيعة مزدوجة، فهو عقد من جهة ونظام قانوني من جهة أخرى، على اعتبار أن إرادة كل من الزوجين تساهم في إنشاء وإنهاء عقد الزواج، فكيف على أنه عقد ومن جهة أخرى لا يمكن لإرادة الزوجين أن تعدل أو تغير في المركز القانوني لهما، لأنّهما ينتميّان لأسرة يحكمها النّظام العام بقواعد آمرة[3].

ومن هنا نجد أنّ المشرع الجزائري قد ذهب إلى التفريق بين الجانبيْن التَّعاقدِي والتّنظِيمِي للزواج، فنجده قد ترك الحرّية للزوجين في بعض الجوانب من هذا العقد، كالحق في إنشائه أو إنهائه، فحين أنّه قد تدخّل في عدّة جوانب بقواعد آمرة لا يجوز للزوجين مخالفتها، مثل: تحريم زواج المسلمة بغير مسلم، إلزامية دفع الصداق، إلزامية الزوجة اعتداد بعد حل الرابطة الزوجية...الخ[4]ونستخلص من خلال ما ذكرناه أنَّ:

- عقد الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي.
- الهدف الأساسي منه هو تكوين أسرة مبْنية على المودة والرحمة والتعاون بين أفرادها.

---

[1]: الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[2]: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 58.

[3]:محمد صالح عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج، المرجع السابق، ص 93-94.

[4] المرجع السابق، محمد صالح بن عومر، المساواة بين الجنسيين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و المواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 94.

- المشرع الجزائري قد نظَم أحكامه بقواعد آمرة لا يجوز مخالفتها، فهذا يدل على مدى أهميته في حياة الأفراد واعتبره عقدًا ونظاماً قانونياً في آن واحدٍ، وهذا ما لمسناه من نصوص قانون الأسرة.

المطلب الرابع: أركان الزواج وشروطه

بعد أنْ تطرّقنا إلى تعريف الزواج وأهميته؛ وحدّدنا طبيعته القانونية، فإنَّه لقيام هذا الزواج يُشترط أنْ يُتوفر فيه أركان وشروط حَددها قانون الأسرة الجزائري بنصوص صريحة يترتب على تخلفها بطلان عقد الزواج، وعليه نحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى ركن الرضا كركن وحيد في عقد الزواج (فرع أول)، ثم شروط الزواج (فرع ثاني).

الفرع الأول : ركن الرضا.

قَبل تعديل قانون الأسرة الجزائري كانت المادة 09 منه تنص على أنَّه "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق"[1] ، لكن بعد تعديل هذه المادة فقد أصبحت تنص على أنَّ الرضا هو الركن الوحيد لانعقاد الزواج، وذلك بنصها على أنَّه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" [2].

وبالتالي ينبغي لقيام عقد الزواج أنْ يَتَوفر الرضا وإلا كان عقد الزواج باطلا ومُنعدما، ويجوز لكلا الزوجين الدفع ببطلانه، ويكون التعبير عن الرضا بالإيجاب والقبول، أيْ بإعلان الزوج رغبته في الزواج من الزوجة، أو تُعلن الزوجة عن قبولها بالزواج به، [3]على أنْ يكون ذلك بحضور الولي والشاهدين ومتْبوعا بتسمية الصداق وتحديده[4].

وعليه فَعَقد الزواج لا يتم إلا إذا ثبت أنَّ الطرفين راضيين بالزواج، وأنَّ كل منهما يقبل بالأخر، أي أنَّ الرضا في الزواج قد يكون صريحا، وقد يكون ضمنيا المهم أنْ يدل على قبول الطرفين[5].

---

[1]القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[3] سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 08.

[4] الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقصاء، المرجع السابق، ص34.

الفرع الثاني: شروط الزواج.

تَتمثّل شروط الزواج في: أهليَّة الزواج، الصداق، الولي، الشاهدين، وانعدام الموانع الشَّرعية، وهو ما نصت عليه المادة 09 مكرر ق أ ج، والتي تم إضافتها بموجب التعديل الأخير "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: الأهلية-الصداق-الولي-شاهدان-انعدام الموانع الشرعية للزواج[1].

وعليه سنحاول التطرق لهذه الشروط من خلال النقاط التالية:

أولا: أهليّة الزواج.

تنص المادة 07 01 ق أ ج على أنه "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"[2].

إذن فالمشرع الجزائري قد ساوى بين الرجل والمرأة من حيث أهلية الزواج وجعلها 19 سنة لطرفين، ويمكن للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد من وجود مصلحة أو ضرورة، ومن قدرة الطرفين على الزواج.

وسنتطرق لهذه المسائل بشيء من التفصيل من خلال الفصل الأول والثاني

ثانيا: الصداق.

يعتبر الصداق شرطا من شروط صحة الزواج، كما بيناه سابقا في نص المادة 09 مكرر ق أ ج، والصداق هو المال الذي تستحقه الزوجة بالعقد عليها، وهو المال الذي يجب للمرأة على الرجل في مقابل واستمتاعه بها بسبب عقد الزواج، وهو كذلك ما يقدمه الزوج لزوجته على أنه هدية لازمة، وعطاء واجب على الزوج لزوجته[3].

---

[1] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[2] المرجع نفسه.

[3] الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص54.

وقد عرف المشرع الجزائري الصداق في نص المادة 14 ق أ ج على أنه "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف كما تشاء" [1]

ويقسم المهر إلى أنواع باعتبارات مختلفة، فيكون أحيانا محددا في حال الاتفاق على مقداره، فيجب فيه في هذه الحالة المقدار المتفق عليه، وقد لا يكون محددا فيجب فيه مهر المثل، ويقسم باعتبار آخر إلى معجل ومؤجل، ويقسم باعتبار ثالث إلى ما يجب أداؤه كله أو نصفه أو مقدار غير محدد يزيد وينقص بحسب حال الزوج.[2]

وهذه الأنواع نص عليها المشرع الجزائري في المادة 15 ق أ ج "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"، وكذا نص المادة 16 ق أ ج "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزَّوْج، وتسْتحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"[3].

ثالثا: الولي.

جعل المشرع الجزائري الولي شرطا من شروط انعقاد الزواج، وقد عرف الفقهاء المسلمون الولاية بأنها: تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، فتثبت للولي على القاصر وعلى البالغة الراشدة، لأن زواجها لا ينعقد بالإرادة المنفردة لها بحسب رأي بعض الفقهاء، ومنهم الحنفية يرون أن الفتاة البالغة لها عقد زواجها بنفسها ولو في غياب وليها ويكون عقدها صحيحا[4].

[1] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[2] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص261.

[3] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[4] سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 09.

أما قانون الأسرة الجزائري، فقبل التعديل كان يعتبر الولي ركنا من أركان الزواج، لكن بعد التعديل أصبح شرطا من شروط عقد الزواج من خلال إضافة نص المادة 09 مكرر ق أ ج المذكورة أعلاه، وكذا ما نصت عليه المادة 11 ق أ ج "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب والقاضي ولي من لا ولي له"[1].

ويشترط في الولي باتفاق الفقهاء شرطان:

1/ أن يكون كامل الأهلية، بأنْ يكون حرا بالغًا عاقلاً، ففاقد الأهلية كالصّغير غيْر المميّز والمجْنون لا ولاية له على نفسه، لأنَّ عبارته مُلْغَاة في نظر الشارع، فالأولى ألا تثبت له ولاية على غيره.

2/ أن يكون متحدا في الدين مع المولى عليه، لأنهما باتحاد الدين تتفق وجهات نظرهما في تقدير المصلحة، ولأن عقد الزواج عقد ديني فيجب اتحاد الدين[2].

والمشرع الجزائري لم ينص على هذه الشروط صراحة في قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي فيعود في هذه المسألة إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق أ ج. أما عن أقسام الولاية في الزواج فيقسمها الفقهاء إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار، فالأولى هي التي تعتبر ولاية كاملة، لأن الولي يستبد فيها بإنشاء عقد الزواج على المولى عليه ولا يشاركه فيه أحد، أما الثانية هي تثبت على البالغة، العاقلة وذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها وليها في اختيار الزوج، وينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفاقه معها على الزواج، فليس له أن يجبرها، بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك ويشتركا في الاختيار[3].

[1] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[2] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص273.

[3] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 108.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بولاية الاختيار فقط، سواء بالنسبة للمرأة البالغة أو القاصرة، وهو ما نصت عليه المادة 01/11 ق أ ج " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، وأيضا المادة 13ق أ ج "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها "[1].

رابعا: الشهود.

اعتبر المشرع الجزائري الشهادة في عقد الزواج شرطا من شروط انعقاده، على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اختلفوا حولها، فمنهم من اعتبرها ركن في عقد الزواج، ومنهم من اعتبرها شرطا في عقد الزواج.

ويشترط في الشهادة أن تكون برجلين أو رجل وامرأتين، كما يشترط فيها الحرية والعقل والبلوغ، وسماع كلام العاقدين وفهمه، والإسلام إذا كان الزوجان مسلمان[2].

أما عن المشرع الجزائري، فإن الأمر نفسه بالنسبة للشروط الواجب توافرها في الشاهد فلم ينص عليها أيضا، كما سبق الإشارة إليه في شروط الولي، وبالتالي يرجع في هذه المسألة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

خامسا: انعدام الموانع الشرعية للزواج.

اعتبرت المادة 09 مكرر ق أ ج .كما رأينا أنه من شروط عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج، وقد أكدت هذا الأمر صراحة المادة 23 ق أ ج بنصها على أنه "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة"[3]، حيث نصت هذه المادة على أنواع الموانع الشرعية، وهي موانع مؤبدة و موانع مؤقتة، فنصت هذه المادة 24 ق أ ج على أنه "موانع النكاح المؤبدة هي: القرابة – المصاهرة – الرضاع.

---

[1] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص54.

[3] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

ونصت المادة 30 ق أ ج على أنه "يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة–المعتدة من طلاق أو وفاة–المطلقة ثلاثا كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع؛ زواج المسلمة من غير المسلم[1] .

إذن من خلال ما تم عرضه نلخص إلى أن عقد الزواج لا يكون صحيحا إلا إذا استوفى ركن الرضا باعتباره الركن الوحيد في عقد الزواج وذلك حسب التعديل الأخير لقانون الأسرة وباقي الشروط الأخرى وهي الأهلية والولي والصداق والشاهدين وانعدام الموانع الشرعية وقد رتب المشرع الجزائري على تخلق أحدها بطلان عقد الزواج وبالتالي يكون غير صحيح من الناحية القانونية.

[1] المرجع نفسه.

المبحث الأول: أثر السّن في أهلية الزّواج

وفيه مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الأهلية.

المطلب الثّاني: تدرج الأهلية بحسب السّن.

تمهيد:

تعتبر أحكام الأهلية أحد أهم المواضيع التي اعتنى المشرع الوضعي بتنظيمها في نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة موضحا في ذلك تدرج الأهمية والمراحل التي 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 معينة يتم بها الزواج، وعليه سنحاول من خلال هذا الفصل أن نتطرق إلى مفهوم الأهلية في (مطلب أول)، ثم تحديد السن القانوني للزواج (ممطلب ثاني).

المبحث الأول: أثر السِّن في أهلية الزواج

إن أحكام الأهلية من أبهى وأسمى المواضيع التي اعتنى بها المشرع الوضعي، بحيث قام بتنظيمها في نصوص القانونية، موضحا لأهميتها ومراحلها التي تمر بها بحسب تدرج السن، كما أن المشرع لم يغفل في تحديد الأهلية في قانون الأسرة، فهو يعتبرها شرطا من شروط إبرام عقد الزواج، من خلال بلوغ سن قانوني معين يتم بها الزواج.

المطلب الأول: مفهوم الأهلية.

لقد تولى القانون الوضعي تنظيم أحكام الأهلية لاعتبارها أحد مقومات الشّخصية الإنْسانية، رغم ذلك فلم يضع لها تعريفا واضحا، لكن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يغفلوا عن هذا التعريف، فالمشرع الجزائري اكتفى فقط بتنظيم أحكام أهلية الأداء من خلال النصوص القانونية الموزعة بين القانون المدني وقانون الأسرة، من أجل حماية حقوق الأفراد وضمان استقرار المعاملات بينهم، ولكن تبقى أحكام الأهلية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ومن هذا المنْبر سنتطرق إلى التعريف بالأهلية في(المطلب الأول)، ثمّ تدرج الأهلية بحسب السن (المطلب الثاني).

إنّ الأهلية تُعد شرطًا أساسيًا في الزواج، لذلك فهي تَرتبط بحقوق والتزامات الشّخص التي من خلالها تُحدد نوع الأهلية التي يتمتع بها ذلك الشّخص، لذا فقد اختلفت تعاريف فقهاء القانون والشريعة الإسلامية للأهلية.

الفرع الأول: تعريف الأهلية لغة.

ولها عدة معاني منها:

الأهْلُ: يقال أَهْلُ الرَّجُلِ وأهلُ الدَّارِ، بمعنى عَشِيرته، وذِو قرابه، فأهْلُ الرّجُلِ أخَصُ النَّاسِ به[1].

لقوله تعالى:{**وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا لَا نَسْأَلُكَ رِزْقًا نَحْنُ نَرْزُقُكَ وَالْعَاقِبَةُ لِلتَّقْوَى**}[طه:132].

الاسْتِحْقاَقِ: **ال**مقصود به هو أنْ يكون أهلًا لِكذَا، أيْ مُستوجب أَهْلِه لذلك تأْهِيلاً، آهِلاً، رآه له أهلا[1].

[1]: ابن منظور علاء الدين، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، ب ط، ب ت، ص161.

الجدارةُ والكفاءةُ: فالأهلية للأمر هي الصّلاحية له[2]، لقوله تعالى:{**وَمَا يَذْكُرُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ**}[المدثر:56].

فالمعنى الأقرب للمفهوم الأهلية من خلال هذه المصطلحات هو الاستحقاق.

الفرع الثاني: تعريف الأهلية اصطلاحا

أولا: تعريف الأهلية في الفقه الإسلامي:

الأهلية هي صلاحية إلى الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه.

وتعرف أيضا بأنها:" أهلية الإنسان للشيء صلاحيته لصدوره وطلبه منه وقبوله إياه"[3]، وهي الأمانة التي أخبر الله عز وجل بحمل الإنسان إياه.

ثانيا: تعريف الأهلية في الفقه القانوني

إنَّ المشرع الجزائري لم يَضع تعريفًا قانونياً للأهلية، بل ترك الأمر لِرجال الفقه، فقد عرفها أحمد الرزقا على أنّها:" صفة يقدرها الشّارع في الشّخص تجعله محلا صالحاً لخطاب تشريعي"[4].

ويمكن القول أنّ تعريفات الأهلية تنحصر فيما يلي:

"الأهلية هي صلاحية الشّخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وصلاحيته لمباشرة التّصرفات القانونية بنفسه"[5].

---

[1] :آبادي فيروز مجد الدين، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط8،2005،ص963.

[2]: معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ط4،2004، ص32.

[3]:بن أمير الحاج، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2،212/1999.

[4]:الرزقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1998، 183/1.

[5]: التو نجي عبد السلام، الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس ليبيا، ط2، 1997، 11/3.

إنَّ معظم التشّريعات الوضعية نصت على مبدأٌ جوهريٌ، وهو أن يكون الشٌخص كامل الأهلية، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ضمن النظرية العامة للأهلية وأحكامها.

وعلى غرار باقي التشريعات العربية أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا للأهلية، إلا أنه منح حماية خاصة لعدمي الأهلية وناقصيها، مركزاً على سن الرشد المدني، وهذا ما نصت عليه المادة 40من ق م ج:" كل شخص بلغ سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوق المدنية، وسن الرشد تسعة عشر19 سنة كاملة". وكذا نص المادة 78منه أيضا:" كل شخص أهل لتعاقد، ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

وتعتبر أحكام الأهلية من النظام العام، لا يجوز لأحد أن يتنازل عن أهليته أو يعدِّلها، وكل اتفاق بذلك يُعد باطلاً، وهو ما أكدته المادة 45 ق م ج:" ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها"[1].

فمن هنا يبقى التعريف بينهما نفسه فلا يختلف المعنى فيما تطرق إليه.

[1]: أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

المطلب الثاني: تدرج الأهلية بحسب السّن

يتمتع الإنسان بشَّخصيةٍ قانونيَّةٍ منذ ولادته، تكون هذه الشّخصية صالحة لأن تُثبت له حقوق، ولأن تقرر عليه التزامات وواجبات، على وجه يُعتد به قانونياً، وبهذا تنقسم الأهلية إلى نوعين هما:

الفرع الأول: أهلية الوجوب

أولا: تعريف أهلية الوجوب

عرفها الدكتور مصطفى الرزقا رحمه الله بأنها:" صلاحية الشخص للإلزام والالتزام"[1].

وتعرف أيضا بأنها:" صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات"[2].

– ومن خلال هذا التعريفات يَتبيَّن لنا: أن مناط أهلية الوجوب في نظر المشرع الإسلامي هي الصِّفة الإنسانية، ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد، فالإنسان يعتبر متمتعا بأهلية الوجوب سواء كان جنينا أو مجنونا، أو في أي مرحلة كان.

– أنّ الإنسان تُثبت له هذه الصفة منذ ولادته أو من قبل كونه جنينا، وتنتهي وتنعدم هذه الشخصية بمجرد موته وتصفية كل ديونه وسدادها.

– أنَّ أهلية الوجوب تَترتب أو تَرتَكزُ على الذِّمة الماليَّة للإنسان[3]، كون أن الإنسان صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، حيث أن الإنسان يولد وله ذمة.

ثانيا: عناصر أهلية الوجوب

1/ عنصر إيجابي: هو العنصر الذي يُؤهل الشخص لأن يلتزم بأداء واجبات عليه لغيره، ففي هذه الحالة يُعتبر هو المنتفع مثل: الجنين في بطن أمه، فهو يُثبت له على غيره حقوق، كالنسب ولا يُثبت عليه شيء لغيره.

2/ عنصر سلبي: أما هذا العنصر فهو يُلزم الشخص بأداء واجبات عليه لغيره، أي أن الغير هو المستفيد في هذه الحالة.

---

[1]: الرزقا: المدخل الفقهي العام، المرجع السابق،780/1.

[2] فيلا لي علي: نظرية الحق، موقع للنشر، الجزائر، بط، 2011، ص203؛ محمد سعد قاسم: المدخل لدراسة القانون، المنشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ب ط،2،366/2009؛ محمد فريدة، المدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، الجزائر، ب ط، ب ت، ص75.

[3]: التو نجي عبد السلام، الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، المرجع السابق، ص21/3.

ثالثا: أقسام أهلية الوجوب:

وهما قسمان:

1/ أهلية الوجوب الناقصة: نعني بها صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط، بمعنى تُؤهله للالتزام ليكون دائنا لا مدينا، فهي تُثْبت للجنين في بطن أمه قبل الولادة.

فالسبب في نقصان أهلية الوجوب كون الصفة الإنسانية للشخص ليست محققة ولا بشكل واضح؛ فمن جهة يعد جزء من أمه؛ ومن جهة أخرى يُعد إنساناً مستقلاً عنها، أي متهيئا للانفصال عنها بعد تمام تكوينه، لذا فهناك بعض الحقوق الضرورية النافعة له، فتكون ثابتة ولا تحتاج إلى قبول ولا جدال فيها.

مثل: أبويه، الميراث، الوصية، الوقف.

2/ أهلية الوجوب الكاملة: المقصود منها صلاحية الشخص لثبوت الحقوق وتحمل الواجبات، فتثبت للشخص منذ ولادته حيًّا دون أن تفارقه في جميع أدوار حياتهِ[1]، ولا يوجد إنسان فاقدٌ لهذه الأهلية.

الفرع الثاني: أهلية الأداء

أولا: تعريف أهلية الأداء:

لها عدة تعريفات مع أنها تختلف في اللفظ إلا أنّها متحدة في المعنى أهم هذه التعريفات:

تعرف على أنها:" صلاح الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا"[2]

ونعرفها أيضا هي:" صلاحية الشخص على ترجمة إرادته لإنشاء آثار قانونية"[3].

فنرى من هذا التعريف أن مناط هذه الأهلية هو العقل والتمييز، بمعنى تتحدد قدرة الشخص على التمييز ووزن التّصرفات التي تنطوي عليه من نفع وضرر، فعند وجود العقل مع التمييز توجد أهلية الأداء، فأمّا الصّبي غير المميز والمجنون والمعتوه ليس لهم أهلية أداء، فتصرفاتهم ليست سببا كافيا لإنشاء حقوق لهم أو غيره.

---

[1]: وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1986، ص166.

[2]:زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، بغداد، العراق، ب ط، ب ت، ص33.

[3] الوشي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، ط1، 2005، ص190.

وعليه فإن الإرادة لا تصدر إلا عن متميز، فمن كان كامل التمييز فهو كامل الأهلية، ومن كان ناقص التمييز كانت أهليته ناقصة، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته.

أنَّ للشخص أهلية الوجوب دون أهلية أداء، إذْ يكون مستمتعا بالحق لذا يمكن الفصل بينهما فصلا تاما.

ثانيا: أقسام أهلية الأداء

وهما قسمان:

1/ أهلية الأداء الناقصة: هي الأقوالُ والأفعالُ تكون صالحة لصاحبها، لكن لا تترتب عليها أثار تلقائياً، بل تتوقف على الغير. وعليه فإنها تبنى على القدرة القاصرة من العقل والبدن القاصر، وقد نصت المادة 43 ق م ج على أنه:"كل شخص بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد، وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

وخير دليل حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي رواه عبد الله بن الربيع بن سَبرة – رضي الله عنه- عن أبيه عن جده أنه قال:" مُروا الصبي بالصّلاة إذا بلغ سبع سنين"[1]

فهذه الأهلية تبدأ من مرحلة التمييز، فالصّبي عند علماء الشريعة الإسلامية لا يكون بالغاّ إلا إذا بلغ سبع سنوات من عمره[2].

2/ أهلية الأداء الكاملة: فهي جميع الأقوالُ والأفعالُ تكون صالحة لصاحبها، فتترتب عليها أثار تلقائيًّا من غير أن يتوقف ذلك على رأي غير قائلها أو فاعلها.

وعليه فصلاحية الشخص لصدور التصرفات يعتد به شرعا، ولا تكون متوقفة على رأي أحد غيره.

ومن هنا نجد المادة 40 من ق م ج الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم على أنه:"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر19 سنة كاملة" وكذلك المادة 86 ق إ ج على أنه:" من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام القانون المدني".

---

[1]: أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ب ط، ب ت، ص305.

[2]: أبو داوود، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث رقم131، سنن أبي داوود، تحقيق شعيب الارناؤوط وفرو بلي، محمد كامل، دار الرسالة العلمية، دمشق، ط1، 2003، 366/1.

إذن من خلال ما تمّ عرضه نلخص أن الاهلية بصفة عامّة تتأثر بعارض الجنون و العته كعوارض معدمة لها، و يأخذ عندها المجنون و المعتوه حكم الصبي غير المميز، من حيث التصرفات التي يبرمها، كما تتأثر بعارض السفه و الغفلة كعوارض منقصة لها، ويأخذ عندها السفيه وذا الغفلة حكم الصبي المميز من حيث التصرفات التي يبرمها، أما عن حكم زواج هؤلاء فهو جائز إن كان فيه شفاء لهم، ولكن بتوافر جملة من الشروط، وهو الأمر الذي لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة و أحال ذلك للفقه، خلافا للمشرع الأردني و المغربي و الكويتي الذين نصوا صراحة في نصوص قوانينهم، وبالتالي ينبغي على المشرع تدارك الأمر و النص عليه حتى نتجنب بعض المشاكل التي تنجر عن زواج المختل عقليا.

المبحث الثّاني: تحديد السّن القانوني للزّواج وأسباب اختلال العقل في الأهلية

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية.

المطلب الثّاني: أثر عوارض أهلية الزّواج في الشّريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الثّالث: أحكام زواج المحجور عليهم.

المطلب الأول: المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية.

بعدما تطرَّقنا في المبحث الأول إلى تعريف الأهلية وأنواعها، وبيّنا كيف تتدرج الأهلية بتدرج السِّن، ممَّا يجعلها إمَّا معدومةٌ أو ناقصةٌ أو كاملةٌ، ففي هذه الحالة يختلف حكم التَّصرفات القانونية، فقد تتأثَّر الأهلية بعدة عوامل فتحدث خلل في هذه التصرفات منها الزواج، فهذه العوامل قد تطرأ على الأهلية فتجعلها منعدمة أو منقصة لها، أو بعض العوامل التي تكون مانعة جامعة، فنقصد بالمحجور عليهم في هذا المقام الأشخاص الذين أصابهم عارضٌ من عوارضِ الأهلية، فأعدمها أو أنقص منها، سواء بلغ سن الرشد وهو مصاب بها أو أصبح راشدا ولحقته بعد ذلك، وعليه سنحاول أن نبين هذه العوامل التي ستؤثِّر على التّصرفات القانونية وخاصة الزواج، ففي (الفرع الأول) سنتحدث عن العوارض الطارئة للأهلية وفي (الفرع الثاني) نتكلم عن الموانع.

الفرع الأول: مفهوم عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

عندما يبلغُ الشخص سِنَّ الرشد يكون كامل التمييز، حيث تكون له القدرة على فهم الواقع الذي يعيش فيه، ويكون أيضا مسؤول عن كامل تصرفاته، لكن في بعض الأحيان تطرأ على الإنسان المكلف بعض العوارض التي تؤثِّر في أهليته، دون أن تكون ملزمة له، وعلى التصرفات التي تصدر عنه ممَّا يقتضي خضوعه لنظام الحجر القانوني حماية لمصالحه وضمان لاستقرار المعاملات القانونية، فسميت بهذا الاسم لأنها صفات ذاتية، وقد كان لهذه العوارض أثرٌ على زواج الأفراد في المجتمع، ومن خلال العوارض نتطرق إلى معرفة العوارض المعدمة والمنقصة للأهلية.

الفرع الأول: تعريف عوارض الأهلية وأنواعها وأقسامها.

أولا: تعريف العوارض

أ–لغة: جمع عارضٍ؛ وهو المانعُ[1].

ب–اصطلاحا: أحوالٌ تعتري الشخص فتنقصه أو تفقده عقله بعد كماله[2].

فقد قسم فقهاء الأصول عوارض الأهلية[3] إلى:

1–**عوارض سماوية:** مالا يكون لاختيار العبد فيه مدخل، بمعنى أنها نازلة من السماء مثل: الجنون والعته والنسيان.

2: **عوارض مكتسبة:** فهي تكون من دخل العباد، فالإنسان فهو المسبَّب الرَّئيسي لها كالسكر والسفه...[4]

فقد عَرَّف المشرع الجزائري العوارض على أنها:" أمور تعترض الشخص فتؤثِّر على تمَيُّزِه وإدراكه، فمنها ما يصيب عقله فيعدم تمييزه فيصبح عديم الأهلية مثل: الجنون والعته، والبعض الآخر يصيب تدبيره فيفسده ويصبح ناقص الأهلية مثل: السفه والعته[5]

ثانيا: أنواع العوارض في الأهلية

1/: العوارض المعدمة للأهلية

تُعتبر هذه العوارض من أهم الأسباب التي تؤدي إلى الحجر على الشخص، لكونها تؤثر على عقله، وهي الجنون والعته.

أ/ الجنون

أ–أ/ تعريف الجنون:

***لغة:** الجنون هو مصدر المبْنِي للمجهول جَنَّ الرجلُ، فهو مجنون أي زَال عقله أو فسد، وجنَّ الشيء عليه، أي ستَره، وجِنانٌ اللّيل سواده وستره الأشياء[1].

---

[1]: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ط4،2004،ص593.

[2] أبو زهرة، أصل الفقه، المرجع السابق، ص .338

[3] المرجع نفسه، ص339.

[4] الجرجاني علي، معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، ب؛ ط 2004، ص143.

[5]: أبو السعود رمضان، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، ب ط، 2005، ص121.

***اصطلاحا:** هو اختلالٌ العقل، بحيث يمنع جريان الأفعالِ أو الأقوالِ على نهجِ العقل إلا نادرا[2].

أ–ب/ أنواع الجنون

ينقسم الجنون إلى قسمين هم:

***الجنون الأصلي والجنون الطارئ:**

– الجنون الأصلي: أي أنْ يكون الإنسان مجنونْ منذ صغره ويبلغْ معه ذلك الجنون، فهذا النوَّع من الجنون يكون مزيلٌ لأهلية الأداء بنوعيها، فلا يتحمل أي التزام أو واجب، فلا يصح أي تصرف يصدر عنه، رغم ذلك لا يتنافى مع أهلية الوجوب فيرث ويمتلك لبقاء ذمته.

– الجنون الطارئ: فهو عكس الجنون الأصلي، يكون في حالة بلوغ الإنسان سن الرشد عاقلاً، ثم يصاب بالجنون، فكلاهما يزيلان العقل والتمييز، وبالتالي تزول أهلية المصاب به، ويصبح كالصغير غير المميز[3].

***** **الجنون المطلق والجنون المتقطع:**

– الجنون الطلق: وهو الجنون المستمر الذي لا يَفيق المصاب منه، أي الذي لا تَتخلَّله لا فترة تعقُّل ولا فترت إِفاقة، بمعنى أنَّهُ مجنون على الدوام.

– الجنون المتقطع: فهو جنون تَتخلَّله فترت إفاقة يعود فيها المجنون إلى وعيِّه.

إن فقها الشريعة الإسلامية ميَّزوا بين حكم تصرفات المجنون جنوناً متقطعاً، والمجنون جنوناً مطلقاً، فهذا الأخير يعتبرون كل تصرفاته باطلةٌ بطلانٌ مطلقاً فهو كالصبي غير مميز، أمَّا الجنون المتقطع تُعتبر كل تصرُّفاتِه صحيحةٌ ونافذةٌ في حالة إفاقته، وتعتبر باطلةٌ في فترت جنونهِ[4].

أمّا المشرع الجزائري لم يميز بين أنواع الجنونِ، فاعتبر كل تصرف صادر عن المجنون باطلَ بعد تسجيل قرار الحجر عليه، وهذا ما نصت عليه المادة107 من ق أ ج" تُعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلةٌ..."

---

[1]: أبو الفضل جمال الدين ابن منصور، لسان العرب، المرجع السابق، ج: 13، ص 92.

[2]: بن أمير الحاج، التقرير و التحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.1999 ،212/2.

[3]: محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار عومه، الجزائر، ط1، 2011،2، ص، 528.

[4] : المرجع نفسه، ص 529.

ب: العته

أ-أ/ تعريف العته:

لغة: العته معناه التَعَتَه: أيْ التَجنُنْ والرَعونَة، وقيل التَّعته الدَّهشَة، وقد عَتِه الرجل عتَاهاً، والمعتوه: المدهوش من غير مَسِ جنُونِ، ورجل معتَهٍ إذا كان مجنونًا مضطربًا في عقله وعَتِه عِتهًا من باب تَّعبِ ونقصِ عقلهِ.

اصطلاحا: هو اختلال العقل، إذ يختلط كلامه، فمرة يشبه كلام المجانين، ومرة كلام العقلاء[1].

العته لدى فقهاء القانون: يقصد به الاختلال في شعور الشخص بأن يكون فهمه قليلا وكلامه مختلطا: وتدبيره فاسدا، وهو آفة تصيب العقل فتعيبه وتنقص من كماله[2]

ب-أ/ أنواع العته:

ينقسم العته في الفقه الإسلامي إلى نوعان هما:

*عتْهٌ يعدم الإدراك والتمييز: إذ يجعل صاحبه كالمجنون في جميع أحكامه.

*عتْهٌ يكون مع إدراك وتمييز: لكنه لا يصل إلى درجة الإدراك في الراشدين العاديين، فتكون تصرفاته كالصبي المميز في جل أحكامه ومن خلال هذا يكون المعتوه إما مميز أو عديم التمييز[3].

فأمّا الحديث عن تصرفات كل من المجنون والمعتوه، بحسب ما نصت عليه المادة 1/42 من ق م ج على أن:" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن، أو عته، أو جنون..." فحسب ما نصت عليه المادة أن المشرع قد ألحق المجنون والمعتوه بالصبي غير المميز، فاعتبرهم جميعا من عديمي الأهلية، حيث اعتبر كل تصرفاتهم القانونية باطلة بطلانا مطلقا.

لكن بالرجوع إلى نص م85 من ق أ ج ترى بأن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذَا صدرت في حالة الجنون، أو العته أو السفه، فنرى أن تصرفات كل واحد منها لا ترتبط بالحجر عليهما، وإنّما نعتبرها نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته.

---

[1]: آبادي فيروز، مجد الدين، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط8، 2005، ص123.

[2] أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب بيروت، دار صادر، ج 1، ص 512.

[3] المرجع السابق، آبادي فيروز، ص124.

2: عوارض مانعة أو منقصة للأهلية

إنَّ هذه العوارض تصيب نفسية الشخص في سلامة تدبيره للأمور، فليست معدمة للأهلية وتتمثل في:

أ/: السفيه

أ-أ/ تعريف السفه:

لغة: الأصل لفعل سَفِه سِفها وسفَاهًا وسفَاهةٌ؛ بمعنى خَفَّ وطاشَ وجهلَ[1].

اصطلاحا: هو تبذير المال واتفاق على خلاف مقتضى العقل والحكمة، أو هو تلك الخفَّة التي تَعتري الإنسان فتحمله على خلاف العقل والشرع.

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى تعريفه.

ب: الغفلة

ب-أ/تعريف الغفلة :

لغة: غَفِلَ عن الشيْء، أي تركه وسها عنه[2].

اصطلاحا: عدم الاهتداء إلى التصرفات الراجحة أو الرابحة، فالغفلة تعني الغُبن في المبيعات لسلامة نيَّته غير قاصد لإتلاف مال أو تبذير.[3]

قانونا: هي سلامة النية والقلب التي تجعل الشخص يُغبن بسهولة في معاملاته[4].

أما في الحديث عن تصرفات السفه، فنص المادة 43ق م ج تقول بأن:" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، و كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ناقصا الأهلية مثل الصبي المميز، وأعطى لحكم تصرفاتهما نفس حكم تصرفات الصبي المميز، مع ملاحظة التعارض الموجود

---

[1] مجمع اللغة العربية بالقاهرة: المعجم الوسيط، ص: 434.

[2] ابن منظور علاء الدين، لسان العرب، دار المعارف، مصر، ب ط، ب ت،ص3277.

[3]: محمد أمين ابن عابدين تحقيق عادل أحمد عبد الموجود علي محمد معوض، المختار على الدار المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط خ، 2003،/208/3.

[4]: فيلا لي، نظرية الحق، موقم للنشر، الجزائر، ب ط، 2011،س.203:محمد- سن قاسم: المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ب ط، 2009، 366/2،محمد فريدة، المدخل للعلوم القانونية، للنظرية الحق، سيدوك ،الجزائر، ب ط، ب ت،ص 75.

بين القانون المدني وقانون الأسرة فيما يخص التصرفات بين النفع والضرر، فالقانون المدني يأخذ بنظرية القبلية للإبطال حسب المادة 83من ق م ج[1]، وقانون الأسرة بنظر تصرفات الموقوف، كما سبق بيانه في حكم تصرفات الصبي المميز.

حسب نص المادة85 ق أ ج أنها:" تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، إذا صدرت في حالة الجنون و العته والسفه".

أما المشرع الجزائري فقد ألحق السفيه بالمجنون والمعتوه، فيرى بأنه عديم الأهلية وليس ناقص الأهلية طبقا لأحكام المادة 43ق م ج، حيث حكم على جميع تصرفاته بعدم النفاذ.

فعند الرجوع إلى107[2] ق أج تنص على أنه:" تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

فمن خلال ما سبق ذكره اتضح لنا أن المشرع الجزائري جمع بين المجنون والمعتوه ووضعهما في رتبة الصبي غير المميز، فجعل كل ما يصدر عنهم من تصرفات غير نافذة، ومن جهة أخرى نجد هناك تعارض بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الأسرة فيما يتعلق بالسفيه.

نلاحظ أن فقهاء القانون لم يتوسعا في دراسة هذه العوارض خلافا ما جاء به أصحاب الفقه الإسلامي، فنجدهم قد اعتمدوا على أربعة عوارض فقط فكلها مرتبطة بأهلية الأداء، فقسموا هذه العوارض إلى قسمين؛ عارضان معدمان للأهلية هما: الجنون والعته، وعارضان منقصان للأهلية هما: السفه والغفلة.

---

[1]: محمد جعفور: مدخل إلى العلوم القانونية، ص574.

[2]: الأمر رقم:84-11، المؤرخ في: 9 رمضان عام 1404هـ، الموافق ل:9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم للأمر رقم: 05-02، المؤرخ في: 18 محرم عام 1426هـ، الموافق ل: 27 فبراير 2005م.

المطلب الثاني: أثر عوارض الأهلية في الزواج

إن العوارض تُعتبر أهم المشاكل التي تُعيق الزواج، لكونها عوارض مرتبطة بالإنسان، فهي تؤثر على عقله ورشده في اتخاذ القرارات، وعليه سنحاول أن نبين مدى تأثيرها عليه.

الفرع الأول: أثر عوارض الأهلية في الزواج فقها.

أولا: أثرها على العقل.

لقد أجمع فقها المذاهب الأربعة على عدم صحة تزويج المجنون لنفسه[1]، ودليلهم على ذلك:

من القياس: اعتبروا المجنون كالصبي في الزواج لأنه لا قول له فهو مولى عليه كالصغير[2]، ومن المعقول حيث قالوا: أن زواجهم فيه تحقيق للنفع ودرئ لضرر عنهم بصيانتهم من الزنا وجلب من يخدمهم ويساعدهم[3].

حيث ذهبوا إلى ثبوت ولاية الإجبار لتزويجه، مهما كانت حالته الجنونية سواء مطلقة أو متقطعة، وعليه فقد اختلفوا في من له الولاية عليه، فانقسموا إلى أربعة أقوال:

القول الأول: قالوا: بأنها تثبت للأب؛ ثم للوصي الذي يعينه الأب؛ ثم القاضي، فالولاية تطبق على المجنون الذي يفيق إذا كان جنونه قبل رشده فلا ولاية عليه، أما بعد رشده تثبت له ولاية الإجبار للحاكم دون الأب أو الموصي، بحيث أنه يجبره على الزواج، إذا كانت له مصلحة لصيانته من الزنا والضياع، كذلك تطبق الولاية على المجنونة التي تفيق من جنونها، إذ كانت غير بالغة أو بكرا؛ فهو ما ذهب إليه المالكية[4].

---

[1]:الآبي عبد السميع: جواهر الإكليل، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، ب ط، ت؛279/1.محمد أمين ابن عابدين؛ تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط خ،4،170/2003.شمس الدين الشربيني؛ تحقيق عيتاني محمد خليل: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1،1997،ص226/3.إدريس البهوتي؛ تحقيق الضناوي محمد، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1،1997، 40/4.

[2]:إدريس البهوتي، المرجع نفسه، الصفحة نفسها، السرخسي، أصول السرخسي، المرجع السابق، ص226/4.

[3]:الآبي: المرجع السابق،ص279،السرخسي: المرجع نفسه،ص228. الشربيني: المرجع السابق، ص226. البهوتي: المرجع نفسه، ص14.

[4]: الآبي: جوهرة الإكليل، مرجع السابق، 279/1.

القول الثاني: أنهم حصروا ولاية تزويج المجنون والمجنونة على الأب ثم الوصي والحاكم فقط دون غيرهم، هذا ما تطرق إليه الحنابلة[1].

القول الثالث: يعتقد الحنفية بأن الولاية ترجع للأولياء جميعا، فقد قاسوها على ولاية الصغير.[2]

القول الرابع: يرى أصحاب هذا الرأي بأن يزوجه الأب، ثم الجد، ثم السلطان، وهذا ما أخذ به الشافعية.[3]

ثانيا: أثرها على الرشد

لقد انقسم الفقهاء أيضا حول زواج السفيه إلى:

الرأي الأول: يعتبرون أصحاب هذا المذهب بأن زواجه صحيح، لكن مرهون بإذن وليه، ودليلهم هو: نظرا لوجود تبعات مادية في عقد الزواج، وهو مالا يحسن السفيه النظر قيه، كان إذن الولي من الأهمية بمكان حتى يحفظ أمواله[4].

الرأي الثاني: لقد ذهب أبي حنيفة ومحمد وأبو يوسف بأن، زواج السفيه صحيح، بحيث يعتقد أبي حنيفة أنه غير محجور عليه في جميع التصرفات، ومحمد ويوسف يرون بأنه محجور عليه، غير أن التصرفات قابلة للنقض والفسخ دون غيرها، ودليلهم أن: السفه ليس من أسباب الحجر، وأيضا بالرغم على حجرهم على السفيه إلا أنهم يحجرون عليه في التصرفات المالية وعقد الزواج لا يعتبر عقدا ماليا.

الرأي الثالث: وهو قول الحنابلة، بحيث اعتمدوا على معيار الحاجة الماسة للزواج، فإذا كان السفيه ليس بحاجة إليه، إذا فلماذا لا يصح زواجه إلا بوليه، وإن كانت حاجته للزواج صح منه بدون إذن وليه، لكن في هذه الحالة السفيه مقيد بمهر المثل ودليلهم: أنه في الحالة الأولى تحقيق متعة

---

[1]: البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، 41/4.

[2]:السرخسي: أصول السرخسي، مرجع سابق، 226/4.

[3]: الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، 226/3.

[4]: الغرياني الصادق: مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الرياض، ب ط، ب ت، 659/3.

الزواج أو الخدمة، في حالة الحاجة لأحدهما أو كلاهما ترجح مصلحته على حفظ ماله[1]؛ أنهم قاسوا الزواج على الشراء لأن كلاهما يبذل فيه صاحبه المال.[2]

الرأي الرابع: يرون بعدم صحة زواج السفيه إلا بإذن وليه، لأنه مقيد بمهر المثل، وبالزواج بواحدة فقط، فإن لم تعفه يمكنه الزيادة، ودليلهم على قولهم: أن السفيه محجور عليه حفاظا على ماله، لأن النكاح فيه تبذير مصاريف الزواج، لذلك فهو مقيد بوليه.[3]

ومن هنا الرأي الصائب هو الرأي الثاني، لأنهم يعتبرون السفيه يغب في المعاملات المالية وليس الشخصية، لذا لا ضرر عليه في الزواج.

الفرع الثاني: أثر عوارض الأهلية في الزواج قانونا

أولا: أثرها على العقل

أنَّ المشرع الجزائري لم ينص بكل وضوح زواج المجنون والمعتوه[4]. وذو الغفلة فإن:" جميع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا بما فيها عقد الزواج، لأنهما يعتبران عديمي التمييز لحرية الاختيار من المواد 81 و82 ق أ ج و م 48 ق م ج"، فقد كان يجدر به الحديث عن جواز الزواج المعتوه والمجنون الذي يساعد على شفائهما؛ وتعيين لجنة طبية واجتماعية للموازنة بين مصالحهما ومصلحة المجتمع من هذا الزواج، بشرط أن يتم على طلب وليهما أو بإذن القاضي.[5]

ثانيا: أثرها على الرشد

لقد نص المشرع الجزائري بطريقة غير واضحة على حكم زواج السفيه، فهذا يفهم من خلال ربط المفاهيم بين المادة9 مكرر من ق أ ج؛ التي تنص على شروط عقد الزواج من بينها الأهلية، بالمواد 81 و85 من نفس القانون؛ أن زواج السفيه غير صحيح.

---

[1]: على الدين الكاساني؛ تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2001، ص90/89.

[2]: البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ص154/3.

[3]: أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص331.

[4]: ألغوثي بن ملحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1،2005، ص31.

[5]: نصت الفقرة الثالثة من المادة02 من الأمر 59-274 لسنة1959على:"وإذا كان الرضا صادرا عن قاصر أو محجور عليه قضائيا أو قانونيا وجب أن يكمله رضا الوصي أو القيم".

المطلب الثالث: أحكام زواج المحجور عليهم.

من خلال هذا المبحث نتطرق إلى أحكام زواج بداء بالفقه الإسلامي ثم موقف مدونة الأسرة المغربية وقانون الأسرة الجزائرية ويخصص لذلك فرعان على النحو التالي.

الفرع الأول: أحكام زواج المحجور عليهم في الشريعة الإسلامية.

نقصد بالمحجور عليهم هنا الأشخاص الذين أصابهم عارض أفقدهم الأهلية أو أنقص فيها، والمحجور عليهم في أحكام الفقه الإسلامي متعددون، تبعا لسبب الحجر، وقد جرى الفقهاء الأولون على تقسيم المحجور عليهم إلى صنفين؛ المحجور عليهم لعارض سماوي (صغر السن والمجنون والعته والإغماء والمرض والرق والحيض والنفاس والموت)، والمحجور عليهم لعوارض مكتسبة (كالجهل والسكر والإكراه).[1] والعوارض التي تهمنا هي التي تمس أهلية الأداء وتجعل الشخص فاقد أو ناقص الأهلية، لذلك نتحدث عن حالات الجنون والعته والسفه والغفلة.

أولا: حكم إبرام المجنون والمعتوه لعقد زواجهما وتزويجهما:

أجمع الفقهاء أنه لا يصح إبرام فاقد الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه إن كانت درجة العته تجعله كالمجنون عقد زواجه استقلالا، ولو أذن له وليه قبل العقد أو أجاز بعده أما تزويجهما من وليهما نجد أن الفقهاء لم يخلوا حول جواز التزويج، ولكن الاختلاف كان هل للولي تزويج المجنون والمعتوه مطلقا؟ أم لا بد من سبب وحاجة، فالأحناف أجازوا للولي ذلك دون حاجة لإبداء السبب، أما المالكية والشافعية والحنابلة فرأوا أنه لا بد من سبب، ومثلوا له باشتهائه للنساء والخوف عليه من الفساد أو الطمع في الشفاء.[2]

---

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، دمشق، سوريا، 1985، ج 4، ص127؛ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم للنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط 2، 2004، ج 2، ص833.

2 قديري محمد توفيق، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضر بسكرة، 2018، ص178.

وفي الزمن المعاصر وضع الفقهاء مجموعة ضوابط لزواج المصابين بإعاقة ذهنية مثل المجنون والمعتوه، مع التأكيد على جوازه شرعا من أجل سد احتياجاتهم النفسية والبيولوجية، وتتمثل أهم هذه الضوابط فيما يلي:

– أن يكون الطرف الآخر في عقد الزواج عالما بحقيقة المجنون أو المجنونة.

–أن لا يكون الطرف الآخر مصابا بأي آفة عقلية، لأن اجتماع فاقدي العقل بشكل ضررا كبيرا والضرر مرفوع شرعا،

- أن يكون أولياء المرأة راضين بهذا الزواج[1].

ثانيا: حكم إبرام السفيه وذو الغفلة لعقد زواجهما وتزويجهما:

بالنسبة لأهلية السفيه وذو الغفلة في إبرام عقد الزواج، أجمع الفقهاء على صحة زواجهما إذا أبرم بإذن وليهما، أما إذا أبرم إذن الولي فمن الفقهاء من اعتبر إبرامهما صحيحا لعقد زواجهما نافذا بغض النظر عن إجازة وليهما وهو قول الأحناف، أما المالكية فرأوا أن الزواج هنا موقوف على إجازة الولي، فإذا لم يجزه اعتبر رد الولي طلاقا بائنا، فإنْ كان دخل بها أعطيت ربع دينار ذهبًا وإذا لم يدخل بها فلا شيء لها، أمَّا الشافعية فاعتبروه باطلا ما لم يكن فيه مصلحة فهو موقوف على إجازة الولي.[2]

ومن ذلك لم يجعل الفقهاء لولي السفيه وذي الغفلة سلطة في تزويجه والنيابة عنه في ذلك نيابة شرعية لأنَّ كلا منهما بالغ ومميز، ويخضع للتكاليف الشرعية، فلا يزوجهما وليهما إلا لظاهر مصلحة ويكون رضاهما معتبرا في ذلك.[3]

---

3 عب الله بن محمد الطيار وعبد الله بن محمد المطلق ومحمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر النوازل المعاصرة في فقه الأسرة، مدار الوطن للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط 1،2012 ، ج11، ص54.

نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2011، ص297. [2]

قديري محمد توفيق، المرجع السابق، ص 180. [3]

ويتبين من خلال ما سبق أنَّ القول بصحة زواج السفيه وذوي الغفلة دون إذن من وليه أظهر، وذلك لأن الزواج من الحوائج الأصلية وفيه مصلحة محصنة للسفيه وذي الغفلة وفيه صيانة لهما من تبذير أموالهما في الحرام، وليس للولي التدخل فيهما أو في اختياراتهما أو إجبارهما على الزواج لأنهما بالغان وعاقلان وأدرى بحالهما في هذا الشَّأن.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنَّ هذه الأحكام تخص السفيه وذو الغفلة من الرجال دون النساء، خلافا لحكم الجنون والعته الذي ينصرف للرجال والنساء معا على حد سواء، ذلك لأنَّ السفيه أو ذات الغفلة تخضع لولاية الإجْبَارْ عند الجمهور باعتبار الأُنُوثَة أَوْ البَكَارَة، بينما لا تخضع عند الأحناف إلا لولاية الاختيار ولكن يحجر عليها في مالها.[1]

وبهذا ننتهي من الفرع الأول الخاص بالأحكام الفقهية للمسألة وننتقل في الفرع الموالي لنرى موقف القانون من خلال مدونة الأسرة المغربية وقانون الأسرة الجزائري.

[1] نضال محمد أبو سنينة، المرجع السابق، ص 294.

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من زواج المحجور عليه.

من خلال هذا الفرع نتعرض إلى موقف القانون من زواج المحجور عليهم لنتبين أوجه القصور في قانون الأسرة الجزائري، وذلك بأَنْ نُبَيّنْ موقف القانون المقارن ممثلا في مدونة الأسرة المغربية من ذات المسألة، وحتى ينسجم عرض المسألة نبين كيف عالجتها مدونة الأسرة المغربية أولا، ثم نبين قصور موقف المشرع الجزائري من المسألة ثانيا.

أولا: موقف مدونة الأسرة المغربية من زواج المحجور عليهم

اعتبر المشرع المغربي المصاب بإعاقة ذهنية فاقدا للإرادة والتي تعتبر شرط من الشروط الأساسية في العقود من أجل ابرامها، وكذا انعدام الاختيار الحر لديه، و الذي هو أساس عقد الزواج[1].

حيث تنص المادة 216 م أ م على أن " المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته"، وتنص المادة 217/ 02 م أ م على أنه يعتبر عديم الأهلية: ..... المجنون وفاقد العقل" [2].

كما أكد المشرع المغربي على اشتراط العقل في عقد الزواج، وذلك من خلال نص المادة 19 م أ م التي تنص على أنه" تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهم العقلية ثمان عشرة سنة شمسية".

لكن الذي يهمنا أنه عند الرجوع إلى المادة 23 م أ م نجد أن المشرع المغربي قد سمح للمصاب بإعاقة ذهنية بإبرام عقد الزواج، حيث تنص على أنه " يأذن قاضي الأسرة المكلف بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير او أكثر.

---

[1] أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2013- 2014، ص56.

[2] القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

كما يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة"[1].

من خلال هذا النص و الذي يُعَدّ استثناء لنص المادة 19 م أ م، فقد منح المشرع المغربي للقاضي سلطة تقديرية لمنح الإذن بزواج المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى، ولكن يجب توافر الشروط التالية:

أ- يجب أن يتم تقديم طلب الإذن بالزواج إلى قاضي الأسرة لأنه وحده المختص في بمنح الإذن.

ب- يجب عرض المعني بالأمر على طبيب خبير مختص للتقرير بشأن إعاقته وبشأن تأثير الزواج على تلك الإعاقة، وقد يتعدد الخبراء المقررون بشأن ذلك.

ت- إخطار القاضي الطرف الآخر في عقد الزواج على التقرير الذي أنجزه الطبيب المختص، وينص على ذلك في المحضر.

ث- يجب أن يكون الطرف الأخر في عقد رسمي الزواج راشدا وغير مصاب بإعاقة ذهنية، ويرضى صراحة بهذا العقد بموجب تعهد رسمي.

وبالرجوع لنص المادة215 م أ م نجدها تنص على أنه" السفيه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعدّه العقلاء عبثا بشكل يضرّ به أو بأسرته" [2] .

إذن فنص هذه المادة يعرّف فقط السّفيه دون أن يتناول مسألة زواجه، ولتنظيمه يمكن الرجوع إلى نص المادة 400 م أ م التي تقتضي" كل ما لم يرد نص فيسي هذه المدونة يرجع فيه على المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساوات والمعاشرة بالمعروف"[3].

---

[1] المرجع نفسه،

[2] القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

[3] المرجع نفسه،

وهنا يجب على القاضي الاستعانة ببعض فقهاء هذا المذهب و تطبيقه على هذه النازلة، فنكاح السفيه موقوف على إذن وليّه إن شاء أمضاه وإن شاء فسخه، ويفرقون ذي الرأي في العقل والدين، وضعيف العقل في الرأي والدين، فإن لم يكن له ولي جاز نكاحه اتفاقا إن كان ذا رأي، ويفسخ إذا كان ضعيف الرأي عندهم، غير أن الواقع العلمي في مختلف المحاكم المغربية يثبت فيه أنّ زواج السفيه غير موجود[1] .

إذن فالمشرع المغربي نصّ صراحة على الإعاقة الذهنية ومدى تأثيرها على الزواج.

ثانيا: قصور أحكام زواج المحجور عليهم في قانون الأسرة الجزائري.

تَطَرَّقَ المشرع الجزائري إلى أهلية الزواج من خلال المادة 7 من قانون الأسرة أين جَعَل أهلية الزواج لدى الرجل و المرأة تكتمل ببلوغهما سن 19 سنة مبينا أنَّه يمكن تزويج القاصر استثناء بشرط الحصول ترخيص من القاضي والذي يتوجب عليه طبقا للمادة ذاتها أنْ يتأكد من رضا القاصر وقدرته على الزواج إضافة إلى وجود ضرورة تستدعي ذلك، أما أحكام الولاية على زواج القصر فنجدها في المادة 11 قانون الأسرة، أين استخدم المشرع الجزائري لفظ القاصر دون أنْ يبين المقصود من هذا المصطلح، وما مصير زواج المحجور عليهم؟ وما هو حكم مباشرتهم لعقود الزواج بأنفسهم دون الرجوع لأوليائهم؟

كذلك نجد بأنَّ المشرع لم يبين نطاق الولاية على المحجور عليهم في مجال الزواج، سواء المجنون أو المعتوه أو السفيه أو ذو الغفلة، وأمام هذا السكوت ذهب البعض إلى إمكانية تطبيق أحكام المواد 7و11و83 من قان الأسرة، فيكون الزواج الذي يباشره المجنون أو المعتوه بنفسه باطلا، بينما يكون زواج السفيه وذي الغفلة موقوفا على إجازة الولي أو الوصي أو المقدم وبالمقابل يمنح الولي أو الوصي أو المقدم صلاحية تزويج المجنون إذا توفرت شروط المادة 7 من قانون الأسرة لا سيما المصلحة[2].

[1] أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص58.

[2] قديري محمد توفيق، المرجع السابق، ص190.

ولكن ذلك غير مضمون التَّطبيق دائما، لأنه حال غياب النص، فإنّه لا يوجد ما يلزم قاضي شؤون الأسرة بالقيام بالقياس المذكورة أعلاه، مادام أنَّ نص المادة 222 يحيله على أحكام الشّريعة الإسلامية فيما لا نَصَّ فيه، إضافة إلى لقاضي شؤون الأسرة أنْ يَلْجَأْ إلى أحكام المذهب الذّي يرتاح له أو يفهم موقفه من المسألة في ظل غياب الإلزام بمذهب معين لعدم تحديد المشرع لمرجعيته الفقهية في قانون الأسرة فيما لا نص فيه وهو ما من شأنه أنْ يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية.

المبحث الثّالث: سلطة القاضي في التّرخيص بالزّواج للمحجور عليهم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم السّلطة التّقديرية للقاضي.

المطلب الثّاني: نطاق منح التّرخيص بالزّواج.

المطلب الثّالث: سلطة القاضي في التّرخيص بالزّواج في القوانين الوضعية.

المبحث الثالث: سلطة القاضي في الترخيص بالزواج– للمحجور عليهم

من خلال المبحث الأول لاحظنا أن الأهلية قد تتأثر بعدة عوامل، فالمشرع بذلك منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الترخيص القضائي بزواج هذه الفئة في المجتمع، معتمدا في ذلك على معايير تختلف باختلاف الظروف المحيطة بطالبي الزواج، وعليه أن يتبع في منحه لهذا الترخيص عدّة إجراءات، وسنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في (المطلب الأول)، ثمّ نطاق منح الترخيص بالزواج في (المطلب الثاني)، و سلطة القاضي في الترخيص بالزواج في القوانين الوضعية.

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي

قبل أن نتطرق إلى كيفية منح القاضي للترخيص القضائي بزواج ناقصي وعديمي الأهلية، ارتأينا أن نعرج أولا إلى المقصود بالسلطة التقديرية بصفة عامة حتى تتضح لنا الصورة أكثر نظرا لاتساع هذا المصطلح وشموليته، وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى التعريف بالسطلة التقديرية للقاضي (فرع أول)، ثم شروط منح السطلة التقديرية للقاضي (فرع ثاني) وأخيرا أعمال القاضي في إطار السلطة التقديرية (فرع ثالث).

الفرع الأول: التعريف الفقهي و القانوني للسلطة التقديرية للقاضي

اهتم الفقه الإسلامي بتعريف مصطلح السلطة التقديرية، فقد استعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلحات تدل عليه، كالنظر والاجتهاد و الحكم.

أولا : في الفقه الإسلامي

فتعرف السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي، بأنها القوة والصلاحية التي تمنح لمعين للقيام بتقدير أمر ما، والتفكير فيه وتهيئته والتدبر فيه بحسب نظر العقل ومقاييسه على أمور أخرى[1].

وإذا أضيف مصطلح السلطة التقديرية لمصطلح القاضي، سواء أكان الخليفة أم نائبه، فإن معنى السلطة التقديرية للقاضي يصبح كما يلي: صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله، بالتفكر والتدبر بحسب الظروف و المقاييس 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 مراعات أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته و أثره في الحكم القضائي [2] أو ما يسمى باجتهاد القاضي.

ثانيا: التعريف القانوني للسلطة التقديرية للقاضي

إن مفهوم السلطة التقديرية مفهوم واسع التداول على صعيد الدراسات القانونية، سواء على الصعيد العام أو الخاص، ولذلك كان لزاما علينا بداية أن نقوم بتحديد مدلول هذه السلطة وبيان ما المقصود بها، ومما يحفزنا إلى ذلك عدم تبني المشرع الجزائري تعريف محدد للسلطة التقديرية، وهذا منهج التشريعات بشكل عام، حيث تترك ذلك للفقه[3] .

---

[1] محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، عمان، 2007، ص 80.

[2] محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص81.

[3] نجاة قروز، السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص52.

فذهب جانب من فقهاء القانون إلى تعريف السلطة التقديرية بأنها: النشاط الذهني و العقلي الذي يقوم به القاضي لفهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر أنها هي التي تحكم النزاع الذي يطرح عليه، و هي المكنة والحرية لمواجهة ظروف تطبيق القانون، وتعرف أيضا بأنها الوسيلة التي منحها المشرع للقاضي لإكمال إدراكه ووجدانه وقناعته في البحث عن الحقيقة وإظهار الحق وتحقيق العدالة، وذلك لتقدير اعمال قاعدة قانونية معينة على واقع معين، تلبية للضروريات المجتمع لابتداع حلول مناسبة للقضايا المطروحة [1].

إذن من خلال هذه التعاريف نجد أن السلطة التقديرية للقاضي تضمنت عنصرين: عنصر شخصي وهو القاضي وعنصر موضوعي وهو القانون، وهذا ما يساعد القاضي على استخدام هذه السلطة استخداما صحيحا يتفق مع الغرض الذي من شأنه منحها المشرع إياه وصولا لتطبيق العدالة المنشودة.

الفرع الثاني: خصائص السلطة التقديرية للقاضي

بعد عرضنا لتعريف السلطة التقديرية نحاول أن نتطرق إلى أهم خصائصها وهي:

1- سلطة قانونية: أي يستمد أساسها من نص في القانون، حيث أن السلطة التقديرية ماهي إلا إمكانية يمنحها المشرع للقاضي، من أجل أن يحيط بالمتغيرات على صعيد واقع العلاقات القانونية التي لا يمكن للمشرع أن يلمّ بها، وبالتالي فإن المشرع يمنح للقاضي دورا إيجابيا في مواجهة هذه المتغيرات، وتبقى هذه السلطة ذات مضمون واحد، سواء وجدت في القانون العام أو الخاص، إلا أن مدى هذه السلطة يختلف فيما بينهما، وتمتد هذه السلطة لتشمل القوانين الإجرائية والموضوعية على حد سواء.

[1] المرجع نفسه، ص 53.

2- سلطة ملزمة: هي سلطة تتميز بالإلزام، فما دمنا سلمنا أن المشرع ينص على هذه السلطة فهي نصوص قانونية، مما يترتب على ذلك عدم إمكانية تحايل القاضي في استخدام هده السلطة بحجة، مثلا عدم وجود النص أو غموضه [1].

3- سلطة قضائية واستثنائية: بمعنى أنها ليست عمل قانوني وقضائي، حيث تبدأ بالمشروع عندما ينص على هذه السلطة في القاعدة القانونية، ثم بعد ذلك يستلهم القاضي هذا النص ليقوم بتطبيقه على الواقع المعروض أمامه، وهي أيضا سلطة استثنائية، إذ أنها تنعدم في الأحوال التي يكون فيها نشاط القاضي منظما من قبل القانون في جميع عناصره[2].

إذن فالسلطة التقديرية للقاضي أصبحت من المسلمات المفروضة في مجال العمل القضائي، حيث اعترف كل من المرع و الفقه والقضاء بذلك، الا انه رغم هذا الواقع هناك اتجاه فقهي و قضائي حيث يدعو الى الحد من استعمال قاضي الموضوع للسلطة التقديرية، لان هذا الأخير اثناء مباشرته لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية، و انما هي سلطة مقيدة بغاية العمل القضائي، كما ان اباحة استعمالها يؤدي الى الكثير من التضارب في الاحكام و عدم الاستقرار في العمل القضائي، و فتح المجال واسعا لتحكيم القضاء، مما يؤدي في النهاية الى ميزان العدل.

وقد رد أصحاب الاتجاه الذي يقر بالسلطة التقديرية للقاضي بان الشرعية الشكلية قد فقدت مقومات وجودها، و أصبحت تشكل عبئا على العدالة التي يجب ان تؤسس على عدالة موضوعية مناطها ضرورات و ليست مجرد عدالة شكلية، و هذا يحتم على القضاء ان يقوموا بتحقيق نوع من الملائمة بين مختلف القيم السائدة في المجتمع، مما يحقق الخير العام للجماعة[3].

[1] محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص81.

[2] نجاة قروز، المرجع السابق، ص53-54.

[3] نجاة قروز، الملرجع السابق، ص54- 55.

الفرع الثالث: أساس السلطة التقديرية للقاضي

هنالك من يرى ان أساس هذه السلطة كامنا في طبيعة وظيفة القاضي أي انه يدخل ضمن عناصر الوظيفة القضائية، وهناك من يؤسس هذه السلطة على ما يسمى بالأثر القانوني للقاعدة القانونية الموضوعية، قبل إعماله بواسطة القاضي يظل عاجزا عن إعطاء الفعالية لنفسه بنفسه، و تظل هذه الفعالية في حاجة الى تدخل القاضي بما له من ولاية لمنح هذا الأثر القانوني فعاليته الكاملة[1].

كما تعتبر مشكلة النقص في التشريع أساس آخر لهذه السلطة التقديرية، فلا يمكن لأي تشريع أن يكون كاملا، ولا بد لكل فكرة أن يشوبها نقص حتما كنتيجة منطقية للنقص الكامن في طبيعة الإنسان، فكل عمل إنساني مشوب بالقصور حتما، و ما التشريع إلا عمل من أعمال الإنسان، و ما يعتبر نقصا في التشريع هو في حقيقة الأمر اعتراف بوجود سلطة تقديرية للجهة التي تقوم بتطبيق التشريع، في أن تخلق قاعدة قانونية[2] .

وحسب نص م 01 ق م ج فإنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" [3].

---

[1] خير الدين كاظم الأمين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مقال منشور بمجلة جامعة بابل، كلية القانون، مجلة رقم 15، ع 2، 2008، ص832.

[2] خير الدين كاظم، المرجع نفسه، ص 832-833.

[3] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

فالمشرع في هذه المادة يعترف بإمكانية أو احتمالية وجود النقص في التشريع، و قد أمر القاضي بأن يكمل النقص بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فأن لم يجد رجع إلى العرف، و إن لم يجد رجع إلى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة، و المقصود بذلك أن القاضي يجتهد برأيه، و يبحث عن الحل العادل للنزاع.

الفرع الرابع: شروط منح السلطة التقديرية للقاضي

إن منح السلطة التقديرية للقاضي بناء على شروط، حددها فقهاء الشريعة الإسلامية، و نذكر منها ما يلي:

أولا: الإسلام

يشترط في القاضي أن يكون مسلما، ذلك أن النظر في المصالح الضرورية كحفظ المال و النفس لا بد أن يكون من قاض مسلم، فتمكين قاض غير مسلم من تولي النظر في هذه الأمور غير مقبول مطلقا، لأنه غير مؤتمن على أنساب الناس و أعراضهم، و لا يعلم مقاصد الشرع من النكاح و غيره من الأحوال الشخصية، فلا يسعى بالناس لتحقيق مقاصد الشرع فيهم[1] .

ثانيا: العقل والبلوغ

لا يتصور تولية قاض غير عاقل، حتى ولو كان ضعيف لعقل فقط مختل النظر، وذلك لا يرد الحديث عن السلطة التقديرية لغير العقلاء سواء فيما يتعلق بالأحوال الشخصية أم غيرها، إذ السلطة التقديرية في جوهرها نشاط ذهني.

كما لا يجوز توليه غير العاقل عند جمهور الفقهاء، لأنه غير مكلف كما أن غير البالغ لا يكون على علم ببعض ما يتعلق بالأسر، و لا يحصل على الخبرة الكافية، و كل ذلك له أثر سلبي في السلطة التقديرية و في نفسية القاضي[2].

[1] محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 144-145.

[2] المرجع السابق، ص 145.

ثالثا: الحرية والعدالة

وهو ما اشترطه جمهور الفقهاء قديما فيمن تولى القضاء، لأن العبد مشغول بخدمة سيّده، وإرادته تابعة لإرادة سيده، فهو غالبا ما يفتقد إلى العلم الكافي أو الخبرة الكافية بالقضاء، كما أن رقبة العبد قد تستحق فلا يجوز توليه العبد القضاء، إذ ينبغي أن يكون القاضي مستقل التفكير حرّ الحركة والتنقل مهيبا من الخصوم، وهذا مالا يتوفر في الرقيق، لكن اليوم زال الحديث عن الرق والعبودية فلا حاجة لاشتراط مثل هذا الشرط.

أما العدالة فهي من أهم الأوصاف المعتبرة فيمن يتولى القضاء، فالعدل الورع الموثوق بدينه يؤتمن على أعراض الناس وأموالهم ونفوسهم، لما يتوقع منه أنه لا يقصر في بدل أي جهد أو نشاط ذهني لأداء عمله كاملا، كما أنه لا يتعدى حدود سلطته، أو يستغلها استغلالا سيئا[1].

رابعا: العلم بالأحكام الشرعية

علم القاضي بالأحكام الشرعية المتعلقة بما ينظر فيه أمر ضروري لبيان ما يحل وما يحرّم من الأنكحة وانتهائها والعدّة وغير ذلك، وعليه أيضا معرفة حياة الناس ومعاشرتهم لتقدير النفقات وغير ذلك، وما يستخدمونه في لغتهم في كنايات ومعاريض ليحكم بما يترتب على ذلك من طلاق وغيره، فعلم القاضي بهذه الأحكام الشرعية مصدر مهم للنشاط التقديري، بل هو أهم شرط، وتقصير القاضي في تعلمه ينعكس على السلطة التقديرية تقصيرا وبعدا عن الصواب[2] .

[1] المرجع نفسه، ص145.

[2] محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 146.

الفرع الخامس: أعمال القاضي في إطار السلطة التقديرية

إن القاضي يمارس مهامه في إطار السلطة التقديرية الممنوحة له قانونا، يكون له الحق في مباشرة عمل قضائي أو عمل ولائي، وهو ما نحاول التطرق له فيما يلي:

أولا: أعمال قضائية

إن العمل الأبرز للقاضي هو العمل القضائي البحث، المتمثل في فصل الخصومات وحسم النزاعات، من خلال تطبيق النصوص الفقهية أو القانونية ذات علاقة في النزاع المعروض عليه، وبالتالي يكون القاضي ملزم بتطبيق القانون الوضعي المعمول به في الجهات القضائية بمختلف درجاتها، كأن يكون هو قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية الإدارية.

ويعتبر قانون الأسرة مستمدا من أحكام الشريعة الإسلامية بمذاهبها المختلفة، لذا نجد أن نص م 222ق أ ج تحيل إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص، وعليه تظهر سلطة القاضي في الحد من النزاعات الأسرية من خلال تطبيق نصوص القانون التطبيق الأمثل، لكن لاشك أن هناك اجتهاد في التطبيق، وهو لا يقل أهمية عن الاجتهاد في الاستنباط، لأن النص الشرعي أو القانوني يحتمل أوجه مختلفة في التفسير، إذن فالاجتهاد في التطبيق والتفسير هو محور سلطة القاضي في الحدّ من النزاعات الأسرية في إطار مباشرة عمله القضائي .

وعليه تكون سلطة القاضي في الحد من النزاعات الأسرية من خلال تطبيق نصوص القانون التطبيق الأمثل، حيث أنه لا اجتهاد في مورد النص من حيث استنباط الحكم، ولكن لا شك أن هنالك اجتهاد في التطبيق، وهو لا يقل أهمية عن الاجتهاد في الاستنباط، لأن النص الشرعي أو القانوني له طاقات متعددة؛ ويحتمل أوجهاً مختلفة في التفسير، فالاجتهاد في استثمار طاقات النص القانوني من خلال التوسع في مجال التطبيق وعدم حصره في أفق معين بالوقوف على ظواهر النصوص وعدم النظر في المقاصد والمآلات والحكمة التشريعية المتوخاة من

النص القانوني هو لبَّ العمل القضائي، فالقضاء فهم وتقوى، ولا تستقيم مسيرة العدالة إلا باجتماعهما معاً[1].

إذن فالاجتهاد في التطبيق والتفسير هو محور سلطة القاضي في الحد من النزاعات الأسرية في المحور الأول من عمله وهو العمل القضائي، وقد قيل في هذا الصدد: " أعطني قاضياً ولا تعطني قانوناً"

ثانيا: أعمال ولائية

إن القسم الثاني من أقسام عمل القاضي هو العمل الولائي، ويقصد به ما يقوم به القاضي من أعمال غير فصل الخصومات وحسم النزاعات، وقد ذكر القرافي في هذه الرتبة باعتبارها نوع من أنواع الولاية حيث قال: »الرتبة الرابعة عشرة: ولاية ليس فيها من الحكم البتة، بل تنفيذ مصالح وترتيبها على أسبابها، فأهلها كالقضاة في التنفيذ لا في الإنشاء، كالولاية على قسمة الغنائم، وإيصال أموال الغائبين إليهم، وصرف النفقات والفروض المقدرة لمستحقيها، وإيصال الزكاة لأصنافها، ونحو ذلك مما فيه تنفيذ ليس إلا، وليس فيه إنشاء حكم البتة"

ويظهر من هذا النص الفقهي أن هنالك أعمالاً منوطة بالقاضي وتدخل في ولايته غير إصدار الأحكام وفصل النزاعات، ولا شك أن ليس كل ما ذكره القرافي يدخل في ولاية القاضي في هذا الزمان، حيث أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والموضوع[2] .

[1] سلطة القاضي في الحد من المنازعات الأسرية، أنظر الموقع الإلكتروني: http://WWW.startimrs.com بتاريخ: 17 أفريل2017، على الساعة 18:33 .

[2] ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص63,

ورغم صعوبة حصر الأعمال الولائية نظرا لتعددها وتنوعها إلا أن أغلب الفقه يتفق على تقسيم الأعمال الولائية إلى ثلاثة أصول هي الآتية:

-أعمال التصديق والتوثيق

-الإذن والإجازة

-أعمال الرقابة والضبط

وما يهمنا بالدراسة هو النوع الثاني من الاعمال الولائية، حيث يشمل الإذن والإجازة [1]

ويبقى التمييز بين العمل الولائي والعمل القضائي محل جدل فقهي، إذ يعتبر معتقو المذهب الشكلي أن كل عمل صادر بناء على عريضة دون تكليف الخصم بالحضور هو عمل ولائي، فمتى تمتع القاضي بسلطة واسعة غير مقيّد بقواعد إثبات فهو عمل ولائي، ومنهم من يرى أن كل عمل ينشأ حقوقا مستقبلية يعتبر من الأعمال القضائية، أما لو قرر حقوقا سابقة كان عملا ولائيا، كما أن العمل لو أنشأ مركزا قانونيا جديدا فهو ولائي، أما لو كان العمل محل رابطة قانونية سابقة فهو عمل غير قضائي [2].

وعليه يمكننا القول أن كل عمل يصدر من القاضي دون نزاع بين الطرفين فهو ولائي، وما يتدخل القاضي إلا لإزالة العائق القانوني الذي وضعه المشرع أمام إرادة الأفراد، أما لو واجه القاضي عقبة مادية ليست من صنع المشرع، وإنما هي من تعارض مع مصالح الأفراد الذين يمنع عنهم أخذ حقوقهم بأيديهم، بل عليهم اللجوء إلى القضاء، فإن عمل القاضي هنا قضائي صرف[3].

[1] ابتسام مليط، المرج السابق، ص 63.

[2] عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص91.

[3] المرجع نفسه,

المطلب الثاني: نطاق منح الترخيص بالزواج

نظرا للسلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها القاضي في منحه للترخيص القضائي بزواج ناقصي وعديمي الأهلية، فإن له كامل الحرية في تقدير مدى توافر معايير منح هذا الترخيص القضائي، لكن بدون أن يتعسف في استعمال هذه السلطة، مع ضرورة احترامه للإجراءات الواجب اتباعها في هذا الصدد، وعليه سنتطرق في هذا العنصر إلى معايير منح الترخيص بالزواج، ثم إجراءات منح الترخيص بالزواج.

الفرع الأول: معايير منح التراخيص بالزواج

إن المشرع الجزائري نص في المادة 7 فقرة 2 على أن القاضي يمنح الترخيص دون أن يقيده بحد أدنى للسن وإنما قيده بأن يراعي المصلحة والضرورة لكنه لم يحدد ما هي هذه المصلحة والضرورة وأي معيار يمكن اعتماده لتحديدهما وترك المجال للقضاء لكي يحدد ما هي هذه المصلحة والضرورة وفقا لسلطته التقديرية وهذا الموقف صائب إلى حد بعيد نظرا لأن مفهوم كل من المصلحة والضرورة يتغير من زمان إلى آخر ومن مكان لآخر وهما مفهومان نسبيان فمثلا ما نصت عليه المادة 326 من قانون العقوبات، فهذه الحالة تدخل ضمن المصلحة والضرورة متى رضيت الفتاة الضحية فيما بعد الزواج بالجاني، وهذا على خلاف البعض الذين يذهبون إلى استبعاده فتطبيق نص المادة 7 فقرة 2 على هذه الحالة مطلقا، ومن خلال هذه المادة يمكن دراسة هذا الترخيص في النقاط التالية:

أولا: المصلحة

المصلحة، لغة من صلح الشيء صلوحا وصلاحا، وصَلُحَ خلاف فسد، و أصلح وأتى بالخير والصواب وفي الأمر مصلحة أي خير، إذن فهي المنفعة[1].

أما المصلحة في اصطلاح علماء الشريعة الإسلامية، فهي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم وأموالهم [2].

وهنا يشترط في هذه المصلحة أن تكون أكيدة، و أن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج، لأن المشرع لم يبين هذه المصلحة، فهي تستخلص من أقوال الأب أو الأم أو راي الطبيب المختص أو تقرير، كما تتجلى هذه المصلحة من الخوف في الوقوع في الزنا أو التعرض لضرر الكبت أو الانزلاق إلى الفساد، وما يجره من الأمراض و العقد النفسية فيمن لم يتزوج قبل بلوغ سن 19 سنة كاملة، أو كان مجنونا أو معتوها أو سفيها[3]، وعليه يتعين على القاضي أن يكون حذرا في تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص، وألا يعطي هذا الإذن إلا إذا توافرت الشروط المستلزمة ولا يصح من جهة أخرى أن يتعنت أو يتعسف مادام لا يمس مصالح المجتمع ومصالح الأطراف أنفسهم، وإذا تبيّن للقاضي أن زواج المعتوه والمجنون والسفيه فيه مصلحة ذات منفعة بحيث لا تمس بالنظام العام والآداب العامة فلا بدّ للقاضي أن ينضَمّ إليهم، أما لو تعارضت هذه المصالح فيما بينها، فإن القاضي يتدخل لإعمال سلطته التقديرية ويكون طرفا حياديا ولا يرتجى مصلحة شخصية من ذلك، وعليه فللقاضي حق منح الإعفاء كون المصلحة متنافية مع أهداف الزواج، و يكون هذا العقد باطلا، و هو الأمر الذي نصت عليه م 32 ق أ ج " يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" [4] وعليه منح القاضي للترخيص القضائي بالزواج يكون بناء على وجود مصلحة من هذا الزواج.

---

[1] أحمد بن محمد علي الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص132,

[2] محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د.ط، مؤسسة الرسالة، دمشق سوريا، 1973، ص23.

[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 79.

[4] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

ثانيا: الضرورة

الضرورة لغة من ضر يضره أضر به، أي فعل به مكروها، ورجل ضرير، به ضرر، والضرورة اسم من الاضطرار، والضراء نقيض السّراء[1].

و الضرورة نظرية متكاملة تشمل جميع أحكام الشرع، ويترتب عليها إباحة المحظور وترك الواجب وهي تقوم على جملة من الشروط هي:

- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، فزواج المعتوه و السفيه والمجنون وذو الغفلة يمكن أن يكون مخرجا لها ضرر يلحق بها عاجلا أم آجلا، كان يخشى عليهم من الانحراف.
- أن لا يجد المضطر وسيلة أخرى تغني عما سيقدم عليه.
- ألا يخالف المضطر مبادئ الإسلام، كأن يقدم الولي على تزويج المجنون والمعتوه و السفيه وذو الغفلة من جنسية غير الإسلام.
- أن يتوفر عذر يبيح الزواج، ذلك أن للقاضي أن يتأكد من توافر سبب جدي أو خطير يدعو على منح الرخصة.
- أن يقدر الضرورة ذوي الاختصاص فإن كانت في المجال الطبي فالقاضي سيستأنس بالشهادات الطبية، وإن كانت اجتماعية فيؤول إليه التقدير مباشرة[2].

إن الضرورة والمصلحة كمعيارين لمنح الإذن بالزواج غير مجديتين ما لم يكن طالب هذا الإذن قادر على مواجهة الحياة الزوجية قدرة جسدية ونفسية، لأن العجز يعيق استمرار الحياة الزوجية، سواء أكان من الزوج أو من الزوجة، بدليل أن المشرع قد أجاز للزوجة طلب التطليق من الزوج متى اعتراه عيب يحول دون الغاية من الزواج، لذلك اشترط المشرع القدرة في طلب الإذن بالزواج[3] وهذا ما سنتناوله في العنصر الآتي بيانه.

---

[1] أحمد بن محمد علي الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص137.

[2] عبد الله فاسي، المركز القانوني القاصر في الزواج و الطلاق، المرجع السابق، ص 100-101.

[3] المرجع نفسه، ص102.

ثالثا: القدرة على الزواج

القدرة تُعتبر أساسُ كلِّ التَّصرُفات، إِذْ لا يمكن أَنْ نُلزم شخصٌ بِقيام بِتصرُفٍ مُعَينٍ معَ انْتفاءِ قُدْرتهِ على تَنْفيذِ الالْتزامَ، ومن بين هذه التَّصَرفاتِ مُمارسة الحيَاةِ الزوْجية تَسْتوجِبْ بالضَّرُورة على طَرفيْ العلاقة الزَّوجيَة توافر القُدرة لَديْهُمَا، لأَنَّها مناطْ تَحقِيقِ المصلحة مِنْ الزَّوجِ لِلزَّوجَة وَالعكس، وعليه فالعَجْزُ يتعارض مع هذه المصَالِح، لذلك فقد اشْترَطَ المشَرع الجزائري عنصر القدرة على الزواج في مَنْح التَّرخِيص القَضائِي بِزواجِ المعتُوهِ والمجنُونِ والسَّفِيه وذو الغَفلَة.

لَقد تَرجمت الشَّريعة الإسلامية القدرة بأنَّها البلُوغ، بحيث يتَأكَد القاضي من قدرة المحجور عليهم سواء تعلق الأمر بالقدرة الفِسْيولوُجِية أوْ الجِسمية أو حتى الاقتصَادية، إِذْ ينظر في جميع النَواحِي والجَوانِبِ، لأنَّ الزَواجِ تَتَرتَبُ عليه حُقوقِ والْتِزامَات، فالقاضِي يَنظر هَلْ فعلاً أَنَّ المحجور عليهم قادِرينَ على تحمل أعْباءِ ما ينتجُه هذا العقد، كالقدرة على النَّفَقة والسَّكَن وغيرها أمْ لا[1].

لاَشَك أنَ اهتمام المشرع بِعنصر القدرةِ يعود إلى الآثار المترَتبَة على تَوافرهَا أو تخلفها، فَغَالب ما تَنفكُ به الرَّابطة الزَّوجِية بِسببِ تخلف هذه القدرة.

فَمن بيْن الوثَائقِ المشَكلة لمِلف طَلب الترخيص بالزَّواج، الشهادة الطِّبية التي يُحررها طبيبٌ عام، يُثبت فيها القدرة الجَسدية للمحجور عليهم علَى مباشرة أعمال البيْتِ وخدمة الزَوجِ، فأمَّا إذَا كانت بُنْيتِها الجسدية لاَ تؤهلها لِأشغَال البيت وخدمة الزَوج، فإن الطَّبيب لا يمكنْ له الإشْهادُ على الكَفَاءة الجَسدية لهَا[2]، فقد نصت م07 مكرر ق أ ج على أنه" يَجب على طالِبِي الزَواج أنْ يقدمَا وثيقة طِبية لا يزيد تاريخها عنْ ثَلاثَةِ أشهر تُثبت خُلُوِها منْ أيْ مرضٍ أو أي عاملٍ قد يشكل خطرًا يتعارض مع الزواج".

[1] ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 78.

[2] عبد الله القاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج و الطلاق، المرجع السابق، ص103.

يتعين على الموثَّقِ أو ضَابط الحالة المدنية، أنْ يتأكد قبل تَحرير عقد الزَّواج منْ خضوع الطرفين لِلفحوصات الطِّبية ومنْ عِلمها بما قد تَكتشف عنه من أمراض أوْ عوامل قد تشكل خطرًا يَتعارض مع الزواج، ويُؤثِّر ذلك في عقد الزواج، تُحدد شُروط وكيفيات تَطبيق هذه المادة عن طريق التَّنظِيم[1].

من خلالِ هذا النصِ فالمشرع اشترط شهادة طبية، فلا يزيد تاريخها عنْ ثلاثةِ أشهرٍ تُثبت خُلو طالَبي الزواج منْ أي مرضٍ أو عاملٍ قد يُشكل خطراً يتعارض مع الزواج، مَهما كان طالبي الزواج قد بَلغوا السِن القانوني للزواج أم لا، فهذه الشهادة أضَافت شيءً كان مفقوداً في القانون رقم84-11، والتي هي قُدرة الطَّرفين على الزواج، وعلى هذا الأسَاسِ تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 مايو سنة 2006، يحدد فيه شُروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم84-11 المتضمن قانون الأسرة.

فالمشرع اشترط هذه الشهادة لِكي يُعلم الطَّرف الآخر في عقد الزَّواجِ بما قد يكون بالمقبلِ على الارتباطِ به من أمراضٍ أو عواملٍ أخرى قد تؤثر على حياتهما بعد الزواج فالقاضِي هو الذي يُقرر قدرة طالبي الزَّواجِ، ممَنْ لم يبلغوا سن 19سنة، بحيث أنَ القاضي لا يمنح رخصة إبرام عقد الزواج إلاَّ إذَا ثبت له قدرة كل من الفتى و الفتاة على تحمل أعباء الزواج، وما يترتب عليه من آثار، كالقدرة على الإنْفاق والسَّكن والوِلادةِ وغيرها, وهذا يعني أنَّ القاضي المختص الذي يمنح رخصة الإعفاء من الزواج لا يجوز له أن يمنحهاَ مجانًا أو مجاملةً، لأن ذلك مُقيدٌ بالتحقق قبل ذلك منْ إثبات صِغرِ السن، ومن توفر المصلحة أو الضرورة، ومن قدرة كل من الفتى والفتاة على الزواج وتوابعه[2].

[1] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[2] قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص26-27.

الفرع الثاني: إجراءات منح الترخيص بالزواج

بعدما تَطرقنا إلى معايير مَنحِ الترخيص القَضائِي وما لِلقاضي منْ سلطةٍ تَقديريةٍ واسعةٍ في ذلك، نحاول أنْ نتطرق من خلال هذا العنصر إلى إجراءات منحِ الترخيص بالزواج بحيث لمسناه منَ الواقعِ العملِي في المجال القَضائي لِانْعدام نصٍ صريحٍ بذلك، فقد أشَار إليه البعض منها قانون إ م و إ.

أولا: القاضي المختص بمنح الترخيص بالزواج

إنَّ الِاعتراف لِلقاضِي بمنحِ الإذن بِالزَواج للمحجور عليهم لا يُثير أي إشكالٍ في حد ذاته، لأنَّ القانون نصّ صراحة على ذلك، فالإشكالُ في هذه الحالةِ في عدمْ تَحديد القاضي المختَصِ بمنح هذا الترخيص، هل يُرجعُ الأمر إلى قاضي شُؤونِ الأسرة أمْ إلى رئيس المحكمة؟ ومن هذا التَّداخُلِ في الآراء ظَهر اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى بأنَّ الأمر يعود إلى قاضي الأحوال الشَّخصية لِدِرايتهِ وخِبرتهِ في هذا المجال، مستشهدًا بذلك بآراء المختصين من الأَطباءِ المؤكدة على قدرة المأذونِ له على تحمل الأعباء الجِسْمانية والنَّفسِية للزَواج، وكذا قُدرته على التَّصرف في الأمورِ وعليه يمكن القَولُ أن القاضي الذي قَصَده المشرع هو قاضي الأحوال الشخصية، وهو ما نفهمه عند تصفحنا للمواد49-63(ملغاة) و 79 من قانون الأسرة إذا قمنا بتفسير النصوص بالنصوص[1].

الاتجاه الثاني: في حين يذهب أصحابُ هذا الاتجاهِ إلى أن منح الترخيص أو الإذن القَضائي هو من اختصاص رَئيس المحْكمَةِ، لأنَّ في ذلك يُحقق غايةٌ ومصلحةٌ التي من أجلها وضع هذا الترخيص لماَ تَكون له سرعةُ في تحقيقِ مصلحةً مستعجله، وربما لو لم تتحقق هذه المصلحة لحدث ضَررٌ بأحد الطرفين اللَّذين يُريدان الزواج أو بكلاهما، فقد يكون رئيس المحكمة نفسه قاضي شؤون الأسرة[2].

[1] جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص77.

[2] نجاة قروز، السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر، المرجع السابق،ص59.

فنحن نرى من خلال هذين الاتجاهين أنَّ القاضِي المقصود عند المشرع حسب نص م07 ق أ ج هو قاضِي شؤون الأسرة، وهذا ما أكدته م 01/423 ق إ ج م و إ بنصها على أنه" يُنَظِم قِسَم شُؤُون الأسرة على الخصُوصِ في الدعاوى الآتية:

1-الدعاوي المتعلقة بالخِطبة والزَّواج والرُّجوع إلى بيت الزَّوجية وانحلال الرَّابطة الزَّوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة..." وكذا نصّت م 424 ق إ ج م و إ بنصها على أنْ" يَتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسَّهر على حماية مصالح القُصَّر"، وكذا م 480 ق إ ج م و إ على أنه" يُقرِر قاضي شؤون الأسرة تَرشيد القَاصر بأمر وِلائِي حسب الشُّروط المنصوص عليها قانونًا"[1] .

إذنْ تبدو أهمية هذا الاختصاصِ واضحةً إذْ المسألة ليست فقط كَما يعتقدها البعض مسألةً متصلةً اتصالاً وثيقاً بالسُّلطاتِ المخَولة لِرئيس المحكمة، بل إنَّها تُثير مشْكلةٌ اجتماعيةٌ وأنَّ حلَّها لا يُتم حمايةٌ لحقوقٍ الطفلِ، إلاَّ إذَا كان المختص عالما وعارفاً بفضها بكل المعطيات المتصلة بها مستعملًا في ذلك خبرتهِ الميدانية, أي أنْ يكون مُلماً بكل المعايِّير المحددة لمصلحة الشّخص المحجور عليهم المقبل على الزَواج, والذي يكون بحاجةٍ ماسةٍ لذلك الإذنِ[2].لذلك يجب أن يكون قاضي شؤون الأسرة هو المختص بمنح الترخيص بالزواج قبل بلوغ السن القانوني.

لكنَّ الحديث عنْ الاختصاص الإقليمي فقد حددته م07/423 ق إ ج م و إ على أنّه" تكون المحكمة مختصة إقليمياً:...7في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص..."[3].

---

[1] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008, المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية, ج.ر.ع21,الصادر في2008/04/23.

[2] جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، ع01، 2000، ص22-23.

[3] القانون رقم08-09، المرجع نفسه.

ولا ننسى أيضا الإشارة على دور وَكيلِ الجمهورية في منح الإذْن بالزَواج، فعند العودة إلى قانون 02 مايو 1930، المتعلق بتحديد سن الزواج بين سكان منطقةِ القَبائل نجد أنَّه لمْ يمنح لوكيل الجمهورية دورًا معينًا للمراقبة أوْ المساهمة في منح الإعفاء من السن القانوني للزواج، و نلاحظ أيضاً نفس الأمر في نص م05 من القانون رقم59-274 المتعلق بعقود الزواج، التي يبرمها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية في ولايات الجزائر، حيث أنَّها لم تمنح لوكيل الجمهورية أي دور في إصدار هذا الإعفاء، وإنَّما منحته لرئيس المحكمة الابتدائية متى رأى هناك أسبابٍ خطيرةٍ[1].

لكن عند الرجوع إلى نص م02/01 من القانون رقم 63-224، نجد أنهَّا منحت وكيل الجمهورية دورًا في مجال الإعفاء من السّن القانوني للزواج، بحيث يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفي الزوجين من شرط السّن إذا رأى في ذلك أسباب خطيرة بعد أخذ برأي وكيل الجمهورية.

في حين نجد نص المادة 07 من القانون رقم84-11 المتضمن قانون الأسرة والمعدل بموجب الأمر رقم05-02، أنَّها قد منحت سلطة إصدار هذا الإعفاء للقاضي المختص متى توفرت المصلحة أو الضرورة وثبتت قدرة الطرفين على الزواج، دون أنْ تعطي لوكيل الجمهورية أيَّ دورٍ في هذا المجال.

وعليه يرى الدكتور سعد عبد العزيز بأنَّه كان ينبغي أن يبقى لوكيل الجمهورية دورهُ لكي يتمكن من الاطلاع على بعض حالات طلب الإعفاء التي يمكن أنْ يكون الدافع إليها إخفاء فعل جرمي أو تكون المصلحة أو الضرورة غير متوفرة، كذلك أنَّ منح هذه الرخصة لإمكانية إبرام عقد الزواج، يدخل ضمن المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وبالنظامِ العامِ مما يستوجب اطلاع النيابة العامة وتدخلها عند اللزوم[2].

[1] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص102.

[2] سعد عبد العزيز، المرجع نفسه، ص102.

فالمادة 03 مكرر ق أ ج يَعتبر النيابة العامّة طرفاً أصلياً في جميع قضاياَ الأسرة، تنص على أنّه" تُعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضاياَ الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"[1].

ثانيا: شكليات منح الترخيص بالزواج

لقدْ أكّدَ لنا المحامي رامي بوكري أن صدور أمر الترخيص بزواج المحجور عليهم أوْ أمر برفضه يكون وفقا لشروط وشكليات لابد من إتباعها، فَتبدأْ أولاً بتقديم طلبْ لرئيس قسم شؤون الأسرة، إمَّا من طرف المحامي باعتباره وكيلاً على المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة في شكل عريضةٍ موقعةٍ ومؤرخةٍ ومستوفيةٍ لكامل الشُّروط القانونية، أو طرف ولي المحجور عليه المراد تزويجه ومصادق عليه من طرف البلدية[2].

فهذا الطّلب يُقدّم في ملف الإعفَاء من شَرط السِّن القانوني للزَّواج مصحوبًا بالوثائق التالية:

- عقد ميلاد الزوجة والزوج من السِّجل الأصلي.
- عقد ميلاد الأب من السِّجل الأصلي.
- عقد ميلاد الأم من السِّجل الأصلي.
- عقد زواج الوالدين من السِّجل الأصلي.
- بطاقة إقامة ولي الزوجة.
- شهادة طبية، ولا يشترط فيها أنْ تكون منْ طبيبٍ مختصٍ، يكفي أنْ تكون من طبيبٍ عام، لكن من الأحسن أن يكون يعمل لدى مؤسسة استشفائية عمومية.
- صورة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية للزوجين وولي المحجور عليه، مصادق عليها من طرف البلدية.
- طابع جبائي بقيمة 1500+20 د ج.

[1] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

[2] أنظر الملحق رقم 02.

فبعد المصادقة على الطلب وإيداعه مع الملف لدى أمانة ضبط المحكمة يقوم رئيس قسم شؤون الأسرة بدراسة الملف مبدئيًا، ويحدد تاريخ الجلسة ويُبلغ الأطراف، وهنا يجوز للطرف الآخر للدعوى، أيْ من يريد الزواج بالمحجور عليهم أن يقدم مذكرة جوابية بأنَّه يريد الزواج، مع تقديمه الأسباب التي دفعته لهذا الزواج.

ففي هذه الحالة يمكن لرئيس الجلسة أوْ من له سُلطة تقديرية في هذا المجال، بأنْ يفتح تحقيق بسماع الأطراف أي المحجور عليه وويله ومن يريد الزواج بها، وولي الزوج في حالة كونه هو الآخر محجورا عليه، فيطرح أسئلة عليه هل بالفعل تريد الزواج بهذا الشَّخص؟ كما توجه أسئلة لوليها، هل فعلاً موافقاً على زواج ابنتك؟ ونفس الشيء بالنسبة للطرف الآخر، وللقاضي في إطار سلطته التقديرية الواسعة، أنْ ينفرد بالمجنونة أو المعتوهة أو السفيهة أو ذي الغفلة فيوجه لها أسئلة لمعرفة ما إذَا كانت مكرهة على الزواج أم أنَّها مقبلة عليه بكامل إرادتها، كما أنه يتأكد من مدى قدرتها على تحمل تبعات الزواج، من خلال البنية الفيزيولوجية لها مثلا.

فبعد إصدار أمر بالترخيص فإنه يمنح للمعني بالإعفاء من سن أهلية الزواج، ويتعين على من يتولى تزويج الفتى أو الفتاة المحجور عليهم أنْ يحتفظ بنسخة من هذه الرُّخصة، ليستظهر بها أمَام الموثق أو الموظف المؤَهل لتحرير عقود الزواج، ويسلمها إياه قبل الشُّروع في مباشرة إجراءات إبرام العقد وتحريره، ومن جهة أخرى يتعين على هذا الموثق أو ضابط الحالة المدنية المعني بتحرير عقد الزواج، أنْ يشير في العقد إلى هذه الرخصة، وأن يضمها إلى أصل العقد المسَّجل في عقود الزواج بسجلات الحالة المدنية[1].

[1] سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص27.

يعتبر ترخيص القاضي في هذا الموضوع باتاً وغير قابلٍ لأيْ طعنٍ، لأنه عمل ولائِي، لا يقبل الطعن بأي وجه من الأوجه.

فالمشرع الجزائري لمْ يحدد إجراءات الطعن وشروطه، فهذا قصور تشريعي ينبغي على المشرع تداركه[1].

بخلاف المشرع المغربي فإنه تناول مسألة الإذن بالزواج في نص م20م أ م على أنَّه" لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أنْ يأذَن بزواج الفتى والفتاة دون سِنِ الأهلية.

الفرع الثالث: أساليب مخالفة الترخيص بالزواج

بسبب القصور الذي يحتويه ق أ ج، فإن مسألة مخالفة الترخيص القضائي ليس بالأمر الصعب حدوثه، وهذه الأساليب المخالفة تتمثل في:

أولا: الزواج غير المسجل

1/تعريفه:

هو اقترانُ رجلٍ بامرأة منْ غير عقدٍ، أو بعقدٍ لمْ تتوفر فيه شُروطهِ، فإن هذا لا يعدُ عقداً، أو هو عقدٌ باطلٌ، وأكثر ما يطلق مصطلح الزواج العرفي على عقدٍ لم يسَجل في المحكمة الشَّرعية ولم تصدر فيه وثيقة زواج[2].

وللزواج الغير المسجل نوعان:

*نوع يكون مستوفياً للأركان والشروط، ويكون عقدٌ صحيح يحلُ به التَّمتع وتتقرر به الحقوق للطرفين والأولاد.

* ونوع لا يكون مستوفياً للشروط، وله صورتان:

-صورة يكتفي فيها بتراضي الطرفين، والصورة الأخرى يكون العقدُ فيها لمدةٍ معينةٍ، وكلاهما باطلٌ باتفاق أهل السنة[3].

[1] العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 163.

[2] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص175.

[3] عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي، المشكلة والحل، د.ط، دار الروضة، القاهرة، د.س.ن، ص 38.

أما المشرع الجزائري فقد نص عليه ضمنياً من خلال نص م 32 ق أ ج، التي جاء فيها ما يلي "يُثبت الزَّواجُ بِمستخرجٍ من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يُثبت بحكم قضائِي.

يجب تسجيل حكم تَثبيت الزَّواج في الحالة المدنية بسعيٍّ منَ النِيابة العامة[1].

إنَّ نص المادة 32 يشير إلى نوعين من عقود الزَّواج، عقد زواج مسجل تسجيلاً رسمياً يقتضي إثباته بمستخرج من سجلات الحالة المدنية التي تسجل بها تلقائيا بعد إبرام العقد؛ أما النوع الثاني فهو عقد غير المسجل إطلاقاً، بحيث أُبرم بغياب الموثق أو الموظف المؤهل قانوناً، رغم توافر ركن الرضا وبقية الشروط التي قد يلجأ إليها بعض الأولياء في حق أبنائهم المحجور عليهم وخاصة في العالم الرّيفي.

2/دواعي اللجوء إلى الزواج غير المسجل

إنَّ الدَّافع الأسَاسي للجوء إلى هذا النوع من الزواج هو التَّهرُب منَ الشُّروط القانونية التي ترمي عموما إلى حماية المحجور عليهم في مسائل الزواج، فيكون ممارسة الزواج غير المسجل عادة لأسباب منها، تعدد الزوجات، تزويج مجهولي الهوية، أو تزويج القصر، فقد يرغب القاصر أو القاصرة في الزواج إمّا لتحقيق رغبة أو ضرورة كسُتر عار، فيضْطر الأولياء إلى مثل هذا الزواج استجابةٌ لهذه الضرورة، وأحياناً يقدم الأولياء أنْفُسِهم على تزويج أبنائهم القصر لأغراضٍ شخصيةٍ فيتم إبرام العقد مُتبوعٍ بدخولِ مباشرةٍ أو مؤجلٍ[2].

3/الطبيعة القانونية للزواج غير المسجل

اعتبره القانون زواجًا صحيحًا متى استوفى ركن الرضا وبقية الشُّروط، بدليل أنَّه أجاز تسجيله بحكم قضائي لِأنه عقدٌ غيرُ رسميٍ[3]، فقد نصت م 18 ق أ ج على أنه" يتم عقد الزواج أمَام الموثق أو أمام موظف مؤَهل قانونًا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و09 مكرر من هذا القانون[4]، لكن المشرع هنا وقعَ في تناقضٍ، بحيث أن المادة 18سالفة الذكر تُقر بأنَّ

[1] الأمر رقم05-02، المرجع السابق.

[2] عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص112.

[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص281.

[4] الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

عقد الزواج يتم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية أمرًا قانونياً لتمام العقد بوثيقة، لكنه تراجع في الفقرة الثانية من نص المادة 06 ق أ ج، جاء فيها" غير أنَّ اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبُر زواجاً متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها" في المادة 09 مكرر من هذا القانون فمن هنا يفتح ثَغرةٌ تشريعية كبيرة يجيز من خلالها إبرام عقد الزواج صحيحًا شرعاً مترتباً لكافة آثارِه.

إنَّ المشرع الجزائري قد وضع القيود والشُّروط القانونية لتحقيق غاياتٍ اجتماعيةٍ أساسيةٍ منها:

-حفظ الزوجين و حماية مصالحهمَا من العبث وتَجَاحُدِ الأولاد ودفع المظَنَّة عن الزَّوجين.

-منع ذوي النوايا السَّيِّئة من رفع دعاوى الزَّوجية أمام القضاء زوراً وبهتانًا.

ثانيا: إخفاء الأهلية

قَدْ يسعى المحجور عليهم عند إبرام عقد الزواج إلى إِخْفاء أَهْليته بادعَائه الرُّشْد، أوْ يَتواطأَ مع الموثق أو الكاتب العمومي في شأن ذلك:

ففي الحالة الأولى تَدعي المجنونة أو المعتوهة أو السفيهة أو ذي الغفلة بلوغها سِنِ الزواج وخاصة إذَا كانت بنيتها الجسدية تُؤيِّد ذلك بعقد ميلادٍ مزورٍ، فيجوز للولي إنْ لم يكن على علم بذلك، طلب إبطالِ عقد الزواج طالما أن موليته لا زالت قاصرة.

أما في الحالة الثانية فالموثق أو الموظف المؤهل ينزل عند رغبة القاصر ويتواطأ معه لتحرير عقد الزواج، الأمر الذي اعتبره المشرع مخالفة[1].

وهذا ما نلمسه في نص م 77 ق ح م على أنَّه" يُعاقب القاضي الشَّرعي أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 441 المقطع الأول من قانون العقوبات دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل، إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشْريعِ والتنظيمِ المعمول بهمَا" .

[1] عبد الله فاسي: المرجع السابق، ص114.

نصت المادة 01/441 ق ع ج على أنه" يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 100إلى 1000 د ج أو بإحدى هاتين العقوبتين:
ضابط الحالة المدنية الذي يقيد للحالة المدنية في ورقة عادية مفردة وفي غير السجلات المعدة لذلك، و الذي لا يتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا اشترط القانون هذه الموافقة لصحة الزواج، والذي يتلقى عقد زواج امرأة سبق زواجها وذلك قبل مضي الميعاد الذي حدده القانون المدني.
فتطبق أحكام هذه الفقرة حتى ولو لم يطلب بطلان وثائق الحالة المدنية أو لزوال البطلان..[1].
ومنه نستنتج أن مخالفة الترخيص بالزواج تكون إما بالزواج غير المسجل أو إخفاء الأهلية.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في الترخيص بالزواج في القوانين الوضعية

نحاول أنْ نتطرَّق في هذا العنصر إلى حكم زواج المجنون والمعتوه والسفيه في بعض القوانين المقارنة، حيث اقتصرت درستنا على مدونة الأسرة المغربية وقانون الأحوال الشخصية الأردني وقانون الأحول الشخصية الكويتي فقط.

الفرع الأول: مدونة الأسرة المغربية: اعتبر المشرع المغربي المصاب بإعاقة ذهنية فاقدا للإرادة والتي تعتبر من الشروط الأساسية في العقود من أجل إبرامها، وكذا انعدام الاختيار الحر لديه، والذي هو أساس عقد الزواج[2].

حيث تنص المادة 216 م أ م على أن "المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته"، وتنص المادة 02/217 م أ م على أنه "يعتبر عديم الأهلية: ... المجنون وفاقد العقل"[3].

---

[1] الأمر رقم 66-156، المرجع السابق.

[2] أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص56.

[3] القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

وقد أكد المشرع المغربي على اشتراط العقل في عقد الزواج، واعتبر أنّ التمتع بالقوى العقلية أمر ضروري تقتضيه الصفة العقدية للزواج، وذلك من خلال نص المادة 19 م أ م التي تقتضي بأنه "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية".

لكن بالرجوع إلى نص المادة 23 م أ م نجد أنّ المشرع المغربي قد سمح للمصاب بإعاقة ذهنية بإبرام عقد زواج، حيث تنص على 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.

يُطلع 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].

من خلال هذا النص والذي يعد استثناء لنص المادة 19 م أ م، فقد منح المشرع المغربي للقاضي سلطة تقديرية في منح الإذن بزواج المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أو أنثى، ولكن بتوافر الشروط التالية:

أ . يجب أنْ يتم تقديم طلب الإذن إلى قاضي الأسرة لأنه وحده المختص بمنح الإذن.

ب . يجب عرض المعني بالأمر على طبيب خبير مختص للتقرير بشأن إعاقته وبشأن تأثير زواجه على تلك الإعاقة، وقد يتعدد الخبراء المقررون بشأن ذلك.

ج . إخطار القاضي الطرف الآخر في عقد الزواج على التقرير الذي أنجزه الطبيب المختص، وينص على ذلك في محضر.

د . يجب أنْ يكون الطرف الآخر في عقد الزواج راشدا وغير مصاب بإعاقة ذهنية، ويرضى صراحة بهذا العقد بموجب تعهد رسمي.

[1] المرجع نفسه.

وعليه تعتبر الخبرة الطبية هي الركيزة الأساسية التي يعتد عليها القاضي في ترخيصه بزواج المصاب بإعاقة ذهنية، بعد تقديم طلب الحصول على الإذن بزواجه من قبل وليه، غير أن المشرع لم يتطرق لمسألة الطعن في مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج المعاق ذهنيا، والقاعدة هنا أنّ ما لا يمنعه القانون فهو يبيحه[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 215 م أ م نجدها تنص على أنه "السفيه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثا بشكل يضر به أو بأسرته"[2].

إذن فنص هذه المادة يعرف فقط السفيه دون أنْ يتناول مسألة زواجه، ولتنظيمه يمكن الرجوع إلى نص المادة 400 م أ م التي تقتضي بأنه "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"[3].

وهنا يجب على القاضي الاستعانة ببعض فقهاء هذا المذهب وتطبيقه على النازلة، فنكاح السفيه موقوف على إذن وليه إنْ شاء أمضاه وإنْ شاء فسخه، ويفرقون بين دي الرأي في العقل والدين، وضعيف الرأي في العقل والدين، فإن لم يكن له ولي جاز إنكاحه اتفاقا إنْ كان ذا رأي، ويفسخ إن كان ضعيف الرأي عندهم، غير أنَّ الواقع العلمي في مختلف المحاكم المغربية يثبت أنَّ زواج السفيه غير موجود[4].

إذن فالمشرع المغربي قد نص صراحة على الإعاقة الذهنية ومدى تأثيرها على الزواج.

---

[1] أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص57.

[2] القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

[3] المرجع نفسه.

[4] أحمد شامي، المرجع السابق، ص58.

الفرع الثاني: قانون الأحوال الشخصية الأردني: لا يصح عقد الزواج من المجنون، لأنَّ ليس له أهلية أداء مطلقا لكن للولي الحق في تزويج مولاته دون الرجوع إليها وإنْ كانت تستشار في تزويجها[1].

ولم يحدد القانون الولي الذي يجوز له أنْ يزوج المجنون أو المعتوه، فلم ينص على أنّه الأب أو الجد، ولكنه اشترط في زواجهم موافقة القاضي وإذنه، ولا يأذن القاضي إلا بناء على تقرير طبي يثبت فيه أنّ في زواجه مصلحة له، وهذا يتفق مع ما ذهب إليه الشافعية، غير أنّ القانون لم يفرق بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، حيث جاء حكم المجنون عام بشرط موافقة القاضي، كذلك لم يفرق القانون بين الذكر والأنثى في الجنون وإنما جاء نصه عاما[2].

حيث جاء في الفصل الأول في زواج المجنون والمعتوه ما نصت عليه المادة 08 ق أ ش أ ما يلي "للقاضي أنْ يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له"[3]

وكان ينبغي أنْ تشرط هذه المادة إطلاع الطرف السليم على ما بالزوج من جنون أوعته، وأنْ تنص على أنَّ جنونه ليس من النوع الذي يلحق الضرر بالآخرين[4].

إذن فقد أجاز المشرع الأردني زواج المجنون والمعتوه إذا كان فيه مصلحة لشفائه.

---

[1] هناء فوزي محمد علي ربايعة، أهلية الزواج بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية: دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، دامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2013، ص 35-36.

[2] محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، المرجع السابق، ص 113.

[3] قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976، المرجع السابق.

[4] هناء فوزي محمد علي ربايعة، المرجع السابق، ص 36.

الفرع الثالث: قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

بالرجوع إلى نص م 24/ب نجدها تنص على أنه "ب- وللقاضي أنْ يأذن بزواج المجنون أو المعتوه، ذكرا كان أو أنثى إذا ثبت بتقرير طبي أن زواجه يفيد في شفائه، ورضى الطرف الآخر بحالته"[1].

إذن نلاحظ من خلال نص هذه المادة أنَّ المشرع الكويتي هو الآخر أجاز زواج المجنون والمعتوه سواء كان ذكرا أو أنثى وذلك بشروط هي:

- تقديم طلب بالزواج إلى القاضي المختص بمنح الترخيص.
- صدور تقرير طبي من طبيب مختص بناء على إجراء خبرة طبية يقضي بأن زواج هذا المجنون أو المعتوه يفيد في شفائه.
- علم الطرف الآخر في العلاقة الزوجية بهذه الإعاقة الذهنية ورضاه بهذا الزواج.

[1] قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و66لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، المرجع السابق.

إذن من خلال ما تم عرضه نخلص إلى أنَّ الأهلية بصفة عامة تتأثر بعارض الجنون والعته كعوارض معدمة لها، ويأخذ عندها المجنون والمعتوه حكم الصبي غير المميز من حيث التصرفات التي يبرمها، كما تتأثر بعارض السفه والغفلة كعوارض منقصة لها، ويأخذ عندها السفيه وذا الغفلة حكم الصبي المميز من حيث التصرفات التي يبرمها، أما عن حكم زواج هؤلاء فهو جائز إذا ي يبرمها، أما عن حكم زواج هؤلاء فهو جائز إذا كان فيه شفاء لهم ولكن بتوافر جملة من الشروط، وهو الأمر الذي لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة بل أحال ذلك للفقه، خلافا للمشرع المغربي و الأردني والكويتي الذين نصوا على ذلك صراحة في نصوص قوانينهم، وبالتالي ينبغي على المشرع تدارك الأمر والنص عليه حتى نتجنب بعض المشاكل التي تنجز عن زواج المختل عقليا.

الخاتمة

الخاتمة:

بحمد الله ومنّه وتوفيقه تم هذا البحث الذي نرجو أن نكون قد وفقنا في تقديم صورة شاملة ومركزة على موضوعه ونسأل الله العلي القدير أن ينفعنا وأمتنا بهذا الجهد المتواضع, فإن أصبنا فمن الله، وإن أخطأنا فمن أنفسنا ومن الشيطان، راجين من الله العفو والغفران، ومن أساتذتي النصح والإرشاد، وقد توصلنا إلى جملة من النتائج أهمها:

النتائج:

- تبيّن لنا جليا مكانة الأهلية لإبرام عقد الزواج، وجوب أن يكون الشخص متمتعا بكامل قواه العقلية وتام البلوغ، وهذا متفق عليه عند الفقهاء والقانون الذي حدده ب 19 سنة كاملة للذكر و الأنثى 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.
- في المقابل يختلف الأمر إن اختص الأمر الأهلية أي يعتريها عارض، فإن كان معدما للأهلية بكون الشخص مجنونا أو معتوها، فله أن يتزوج إن اقتضت الضرورة أو المصلحة ذلك، لكن يستلزم زواجه أ يباشر من طرف وليّه أولا وبعدها إذن القاضي، بإجماع كافة المذاهب الفقهية باستثناء القانون الجزائري، فعلى الرغم من أنه عديم الأهلية قد اكتفى بالحكم على تصرفاته بالبطلان، دون النص على زواجه، أما بالنسبة لحال المجنون أو المعتوه حاله كحال الصغير الغير مميز، فهو منعدم الأهلية، 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 فالأمر يتوقف على إجازة الولي، وكذلك المشرع لم ينصّ عليه بل اكتفى بالحجر عليهما.
- فمن خلال ماسبق 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.

التوصيات:

على ضوء ما سبق نجد أنه من الضروري العمل على تعديل قانون الأسرة الجزائري الخاص بزواج هذه الفئة الهشة من الناس وإدراج نصوص تعالج زواج المحجور عليهم وهو ما يجعلنا نضع التوصيات التالية:

. النص على أن عقد المجنون و المعتوه لزواجه باطل بعد الحجر و قبله متى كان العته أو الجنون ظاهرين.

. منح الولي أو الوصي حق تزويج من انعدمت أهليته بمرض عقلي بعد اصدار حكم من القاضي وفق الضوابط و الشروط التالية :

أ. أن يثبت تقرير طبي صادر من خبير طبي أن زواج عديم الأهلية لا يسبب ضررا له وللطرف الآخر و لا تنتقل إلى نسل المريض حفاظا على مصلحة المجتمع.

ب.أن يثبت أن في هذا الزواج مصلحة محققة للمريض كأن يخفف من حدة مرضه أو يساعد في تحسين سلوكه أو يقيّده نفسيا.

ت.أن يعلم الطرف الآخر بمرض الزوج الآخر و يبديا قبوله بصورة صريحة على الزواج منه.

. النص على زواج السفيه و السفيهة و ذي الغفلة و ذات الغفلة صحيح نافذ قبل الحجر و بعده، ويكتسبون بالزواج أهلية التقاضي في أثاره.

قائمة المصادر والمراجع

فهرس المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

1. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1997.

2.سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر، 2010.

3.محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.

4.أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، د.ط، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1987.

5.محمد صبري: السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والارادة المنفردة، د.ط، دار الهدى، الجزائر،2012.

6.على الدين الكاساني؛ تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2001.

7.الغوثي: بن ملحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005

8. أحمد بوكرزازة، المسؤولية المدنية للقاصر: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2013-2014.

9.علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، البزدوي، ج4، د. ط، دار الكتاب العربي، لبنان،1974.

10. عبد الرزاق أحمد: السنهوري، شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام،ج1، د.ط، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952.

11.أبو داوود، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث رقم131، سنن أبي داوود، تحقيق شعيب الارناؤوط وفرو بلي، محمد كامل، دار الرسالة العلمية، دمشق، ط1، 2003.

12.مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ط4، 2004.

13.الجرجاني: علي، معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، ب؛ ط 2004.

14.أبو السعود رمضان: النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، ب ط، 2005.

15.بن أمير: الحاج، التقرير و التحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999.

16.محمد سعيد: جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار عومه، الجزائر، ط1، 2،2011.

17. ابن منظور: علاء الدين، لسان العرب، دار المعارف، مصر، ب ط، ب ت.

18.محمد أمين ابن عابدين تحقيق عادل أحمد عبد الموجود علي محمد معوض، المختار على الدار المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط خ، 2003.

19.فيلالي، نظرية الحق، موقع للنشر، الجزائر، ب ط، 2011.

20-محمد سن قاسم: المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ب ط، 2009.

21.محمد فريدة، المدخل للعلوم القانونية، للنظرية الحق، سيدوك، الجزائر، ب ط، ب ت.

22.الآبي عبد السميع: جواهر الإكليل، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، ب ط، ت.

23.محمد أمين: ابن عابدين؛ تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط 4،2003.

24.شمس الدين: الشربيني؛ تحقيق عيتاني محمد خليل: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1997.

25.إدريس: البهوتي؛ تحقيق الضناوي محمد، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1997.

26.الغرياني: الصادق: مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الرياض، ب ط3، ب ت.

27.خالد: بوشمة، نظرية الاهلية في الفقه الاسلامي مع الاشارة الى ما يقابلها في القانون الوضعي، د.ط، دار بغدادي، الجزائر، .2009

28.عبد الجليل: بضياف، عوارض الاهلية واثرها في ايقاع الطلاق، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في الفقه المقارن، كلية أصول الدين والشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2009-2010.

29.محمد سعيد: جعفور، مدخل الى العلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، ج2د.ط,دارهومة، الجزائر، 2011.

30.عبد الرزاق احمد: السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بزجه عام، مصادر الإلتزام، د.ط، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952.

31. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، البزدوي، د.ط، دار الكتاب العربي، لبنان، 1974.

32.بدران: أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، ط1، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1998

33. وهبة: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج 4، ط 2، دمشق، سوريا، 1985،

34.مصطفى: أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ط 2، دار القلم للنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2004.

35.عبد الله بن محمد الطيار وعبد الله بن محمد المطلق ومحمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر النوازل المعاصرة في فقه الأسرة، مدار الوطن للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط 1،2012 ، ج11.

36. نضال محمد: أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1.

37.أبو الفضل جمال الدين: ابن منظور, لسان العرب, ج2، د.ط، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968.

38.سعد: عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومة، الجزائر،2010.

39.عبد الرحمان: الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج و الطلاق، ط 5، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1979.

40.محمد: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1984.

41.محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني و الاجتماعي للأسرة في ظل الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، د. ط، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.

42.عثمان: التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2007.

43.محمد مصطفي: شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة، ط 4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.

44.عمر سليمان: الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، ط 1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1997.

45.سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري و الأمر المعدل له، ط 2، شركة الأصالة، الجزائر، 2012.

46.العربي: بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.

47.ابن منظور: علاء الدين، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، ب ط، ب ت .

48.آبادي فيروز: مجد الدين، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط،2005.

49.معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر،2004.

50. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1998.

51.التونجي: عبد السلام، الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس ليبيا، ط2، 1997.

52.بن أمير :الحاج، التقرير والتحيير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999.

53.فيلا: لي علي: نظرية الحق، موقع للنشر، الجزائر، بط، 2011 ؛ محمد سعد قاسم: المدخل لدراسة القانون، المنشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،لبنان،بط،2،366/2009؛

54.محمد: فريدة، المدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، الجزائر، ب ط، ب ت.

55.السرخسي: أبي بكر، أصول السر خسي، تحقيق الأفغاني أبو الوفاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1993.

56.وهبة: الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1986.

57.زيدان: عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، بغداد، العراق، ب ط، ب ت.

58.الوشي: بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، ط1 ، 2005.

59.أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ب ط، ب ت.

60.المركز القانوني للقاصر في الزواج و الطلاق، عبد الله القاسي

61.سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، جيلالي تشوار.
62.السلطة التقديرية للقاضي في تزويج القاصر، نجاة قروز، المرجع السابق.
63.حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، جيلالي تشوار، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، ع01، 2000.
64.أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، العربي بلحاج.
65.أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، عمر سليمان الأشقر.
67.الزواج العرفي: المشكلة والحل، عبد رب النبي علي الجارحي، د.ط، دار الروضة، القاهرة, د.س.ن،ذ.
68.المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، عبد الله فاسي.
69.الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري, العربي بلحاج.

ثالثا: النصوص القانونية

1. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ع 24, الصادر في 1984/09/12.

2. الأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فيفري 2005, يعدل ويتمم القانون رقم 84-11, المؤرخ في 09 جوان 1984, المتضمن أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق, ص175

[1] الزواج العرفي: المشكلة والحل، عبد رب النبي علي الجارحي، د.ط، دار الروضة، القاهرة, د.س.ن,ذ38.

من قانون الأسرة, ج. ر. ع15, الصادر في 2005/02/27.

3. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر. ع78، الصادر في 1975/09/30، معدا ومتمم.

4. أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشور بالرائد الرسمي، ع66، الصادر في 17 أوت 1956،

5.أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

5.نصت الفقرة الثالثة من المادة02 من الأمر 59-274 لسنة1959على:"وإذا كان الرضا صادرا عن قاصر أو محجور عليه قضائيا أو قانونيا وجب أن يكمله رضا الوصي أو القيم".

6.الأمر رقم:84-11، المؤرخ في: 9 رمضان عام 1404هـ، الموافق ل:9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم للأمر رقم: 05-02، المؤرخ في: 18 محرم عام 1426هـ، الموافق لـ: 27 فبراير 2005م

7.القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008, المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية, ج.ر.ع21,الصادر في2008/04/23

8.الأمر رقم 70-20.

رابعا: المقالات والبحوث والرسائل الجامعية

1.الهادي: الخضراوي، الأهلية كشرط لإبرام عقد الزواج حسب آخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري، مقال منشور بمجلة دراسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأغواط، ع22 ب، 2012.

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

3.الفقه المقارن، كلية اصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية, قسنطينة,2009.

4. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مطابع الجامعة الإسلامية، المدنية المنورة، السعودية، ط 1، 2002.

5. قديري محمد توفيق، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضر بسكرة، 2018.

6. محمد صالح: بن عومر، المساواة بين الجنسيين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و المواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.

خامسا: المراجع الإلكترونية والبرمجيات

1.أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشور بالرائد الرسمي، ع66، الصادر في 17 أوت 1956، الموقع الإلكتروني: http://www.e- justice.tn.com

بتاريخ 28 فيفري 2017،على الساعة 22:06.

2.سلطة القاضي في الحد من المنازعات الأسرية، الموقع الإلكتروني:

http://WWW.startimrs.com بتاريخ : 17 أفريل2017، على الساعة18:33.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

الرقم	الآية الكريمة أو شطرها	اسم السورة	رقمها	الصفحة
01	وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ.....	ابراهيم	07	/
02	وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا ...	طه	132	24
03	وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا .	الفرقان	54	13
04	لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ	الشورى	50-49	12
05	وَالْأَرْضَ مَدَدْنَاهَا وَأَلْقَيْنَا فِيهَا رَوَاسِيَ	ق	07	10
06	وَمَا يَذْكُرُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى	المدثر	56	25

فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	طرف الحديث	الراوي	الصفحة
01	مُروا الصبي بالصّلاة إذا بلغ سبع سنين	عبد الله بن الربيع– رضي الله عنه–	29

فهرس الموضوعات	
الموضوع	**الصفحة**
الإهداء	/
شكر وتقدير	/
ملخص الدراسة	/
قائمة المختصرات	/
مقدمة	أ
خطة الدراسة	ز
المبحث التّمهيدي: ماهية الزّواج وأهميته	9
المطلب الأول: مفهوم الزّواج	10
الفرع الأول: التّعريف اللغوي	10
الفرع الثاني: تّعريف الزّواج	10
أولا: في الفقه	10
ثانيا: في القانون	11
المطلب الثاني: أهمية الزواج	12
الفرع الأول: حفظ النوع الإنساني	12
الفرع الثاني: تكاثر البشر	13
الفرع الرابع: تحصين النفوس	13
المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للزواج	14
الفرع الأول: الزواج نظام قانوني	14
الفرع الثاني: الزواج عقد	14

الفرع الثالث: الزواج عقد ونظام في آن واحد	15
المطلب الرابع: أركان الزواج وشروطه	16
الفرع الأول: ركن الرضا	16
الفرع الثاني: شروط الزواج	17
أولا: أهلية الزواج	17
ثانيا: الصداق	17
ثالثا: الولي	18
رابعا: الشهود	20
خامسا: انعدام الموانع الشرعية	20
المبحث الأول: أثر السن في أهلية الزواج	24
المطلب الأول: مفهوم الأهلية	24
الفرع الأول: تعريف الأهلية لغة	24
الفرع الثاني: تعريف الأهلية اصطلاحا	25
أولا: في الشّريعة الإسلامية	25
ثانيا: في القانون الجزائري	25
المطلب الثّاني: تدرج الأهلية بحسب السّن	27
الفرع الأول: أهلية الوجوب	27
الفرع الثّاني: أهلية الأداء	28
المبحث الثّاني: تحديد السّن القانوني للزّواج وأسباب اختلال العقل في الأهلية	31
المطلب الأول: المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية	31
الفرع الأول: مفهوم عوارض الأهلية في الشّريعة الإسلامية والقانون الجزائري.	31
المطلب الثّاني: أثر عوارض أهلية الزّواج في الشّريعة الإسلامية والقانون الجزائري	36

الفرع الأول: أثر عوارض أهلية الزّواج في الشّريعة الإسلامية	36
الفرع الثّاني: أثر عوارض أهلية الزّواج في القانون الجزائري	38
المطلب الثّالث: أحكام زواج المحجور عليهم	39
الفرع الأول: أحكام زواج المحجور عليهم في الشّريعة الإسلامية	39
الفرع الثّاني: أحكام زواج المحجور عليهم في القانون الجزائري.	44
المبحث الثالث: سلطة القاضي في التّرخيص بالزّواج للمحجور عليهم.	47
المطلب الأول: مفهوم السّلطة التّقديرية للقاضي.	47
الفرع الأول: التّعريف الفقهي والقانوني للسّلطة التّقديرية.	47
الفرع الثّاني: خصائص السّلطة التّقديرية	49
الفرع الثالث: أساس السّلطة التّقديرية للقاضي	51
الفرع الرّابع: شروط منح السّلطة التّقديرية للقاضي	52
الفرع الخامس: أعمال القاضي في اطار السّلطة التّقديرية	54
المطلب الثّاني: نطاق منح التّرخيص بالزّواج	57
الفرع الأول: معايير منح التّرخيص بالزّواج	57
الفرع الثاني: إجراءات منح التّرخيص بالزّواج	62
الفرع الثّالث: أساليب مخالفة التّرخيص بالزّواج	67
المطلب الثّالث: سلطة القاضي في التّرخيص بالزّواج في القوانين الوضعية	71
الفرع الأول: مدونة الأسرة المغربية	71
الفرع الثّاني: قانون الأحوال الشخصية الأردني	73
الفرع الثّالث: قانون الأحوال الشخصية الكويتي	74
الخاتمة	77

قائمة المصادر والمراجع	80
فهرس الآيات القرآنية	/
فهرس الأحاديث النبوية	/
فهرس الموضوعات	/