إشكالية التحديد القانوني لسن الزواج في قانون الأسرة الجزائري

The problem of legal determination of the age of marriage in the Algerian family law

عليان عدة ♦
مخبر التشريعات الدولية للبحار وأثرها على المنظومة القانونية البحرية في الجزائر
كلية الحقوق، جامعة غليزان - الجزائر
adda.aliane@univ-relizane.dz

تاريخ الإرسال: 2022/01/31 تاريخ القبول: 2022/05/17 تاريخ النشر: 2022/06/03

الملخص:

إن التحديد القانوني لسن الزواج، وإن كان يندرج ضمن باب السياسة الشرعية الذي يجيز لولي الأمر التدخل لتقييد المباح ضمانا لمصلحة الشباب وحماية للمجتمع، مع إمكانية الترخيص والإعفاء من هذا السن استجابة لمطالب بعض الفئات التي تعيش ظروفا خاصة، لا تستوعبها السن المحددة قانونا، وتمكينها من إتمام الزواج رسميا، تحت سلطة ورقابة القاضي المختص.

ومع ذلك فقد كشفت الدراسة أن هذا التحديد يثير العديد من الإشكالات القانونية والقضائية، وعلى رأسها انتشار ظاهرة الزواج العرفي للقاصرات بحثا عن المال أحيانا، وهروبا من الفضيحة أحيانا أخرى، كما أن الترخيص أو الإذن بالزواج الذي يمنحه القاضي كاستثناء يرتبط بحالتي توفر المصلحة أو الضرورة، دون تحديد للسن الأدنى لمنح الترخيص، أو مراعاة لسن التفاوت بين الزوجين، بالإضافة إلى عدم نص المشرع صراحة على جزاء لمخالفة شرط السن والزواج دون إذن قضائي.

الكلمات المفتاحية: أهلية الزواج، الزوج القاصر،الإعفاء من شرط السن، المصلحة والضرورة، القدرة على الزواج.

Abstract:

The légal determination of the age of marriage, even if it is within the framework of the Legal Policy, which allows the legislator to intervene to limit what is permitted in order to guarantee the interest of young people

♦ عليان عدة

and the protection of society. With the possibility of an age waiver in response to the requests of certain groups living in special circumstances, not absorbed by the legal age, and allowing them to complete the marriage authentically, under the authority and control of the competent judge .

However, the study proved that this determination causes many legal and judicial problems, including the prevalence of customary marriage of minors sometimes in need of money and sometimes scandal. As well as the exemption from marriage granted by the judge on an exceptional basis concerned the availability of interests or the necessity, without determining the minimum age for the exemption, or taking into consideration the age differences between the spouses. And the absence of the legal text which Sanctions the marriage without dispensation of age.

Keywords: marriage capacity,le conjoint mineur, the minor spouse, interest and need, fitness for marriage.

مقدمة:

لقد جعل المشرع الجزائري من رضا الزوجين الركن الأساسي لإبرام عقد الزواج، وهو ما نصت عليه المادة 09 من قانون الأسرة والتي جاء فيها:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

ولما كانت الإرادة أساس التراضي، فإن القانون لا يعتد إلا بالإرادة الصادرة عن شخص يتمتع بالأهلية القانونية اللازمة لإبرام عقد الزواج، ومن هنا اشترطت المادة 09 مكرر من قانون الأسرة توافر الأهلية الكاملة كشرط لصحة عقد الزواج، نظرا لما يرتبه هذا العقد من التزامات مالية وواجبات عائلية وإجتماعية.

وقد حدد المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات العربية والمواثيق الدولية السن القانوني الذي يكتسب به الزوج أهلية الزواج، حيث وحّد هذا السن بالسنة للرجل والمرأة وجعله 19 سنة كاملة، بموجب نص المادة 07 من قانون الأسرة بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05، بعدما كانت تشترط بلوغ سن 18 بالنسبة للمرأة و 21 سنة بالنسبة للرجل في ظل القانون رقم 11/84[1]. واستثناءا من ذلك أجاز المشرع للقاضي أن يرخص بالزواج قبل بلوغ السن القانوني لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

إن هذا التحديد القانوني لسن الزواج، وإن كان يندرج ضمن باب السياسية الشرعية الذي يجيز لولي الأمر التدخل لتقييد المباح ضمانا لمصلحة الشباب وحماية للمجتمع، إلا أنه يثير من الناحية القانونية والقضائية العديد من الإشكالات، فقد أدى هذا التحديد إلى انتشار ظاهرة زواج القاصرات عن طريق الزواج العرفي، بحثا عن المال أحيانا، وهروبا من الفضيحة أحيانا أخرى.

[1]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005، جريدة رسمية ، عدد 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

كما أن الإذن أو الترخيص بالزواج قبل بلوغ السن يطرح إشكالات أخرى، تتمثل بداية في عدم تحديد المشرع للسن الأدنى لمنح الترخيص، الأمر الذي من شأنه أن يفتح الباب أمام القاضي لمنح الترخيص دون مراعاة لصغر السن، كما أن المعيار الذي وضعه المشرع والذي يجب على القاضي التأكد منه أثناء منحه للترخيص والمتمثل في المصلحة أو الضرورة، وقدرة الطرفين على الزواج، قد جاء بشكل عام و فضفاض إذ غالبا ما يكون من الصعب التأكد من توافر المصلحة، بالإضافة إلى أن معيار القدرة على الزواج يصعب على القاضي التأكد منه، لارتباطه بعوامل بسيكولوجية ونفسية و جسدية، خصوصا وأن المشرع الجزائري لم يشترط تقديم شهادة طبية بصدد طلب الترخيص، وإنما اشترطها عند إبرام العقد أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، بموجب المادة 07 مكرر من قانون الأسرة.

كما يثير التحديد القانوني لسن الزواج إشكالا آخر في غاية الأهمية، يتمثل في عدم نص المشرع على الجزاء المترتب في حال إبرام عقد زواج دون احترام السن القانوني والحصول على الترخيص القضائي.

وسنحاول من خلال هذه الدراسة الوقوف على هذه الإشكالات القانونية والقضائية التي يثيرها التحديد القانوني لسن الزواج، مع إعطاء بعض المقترحات لتعديلها وذلك من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: التحديد القانوني لسن الزواج – دراسة مقارنة-

المبحث الثاني: الإشكالات التي يثيرها التحديد القانوني لسن الزواج وطرق معالجتها.

المبحث الأول: التحديد القانوني لسن الزواج - دراسة مقارنة-

للوقوف على مسألة التحديد القانوني لسن الزواج، فإنه يكون من الأجدر بداية أن نعرض لموقف الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الرئيسي لقانون الأسرة الجزائري، والذي يتحتم على القاضي الجزائري الرجوع إلى أحكامه في كل ما لم يوجد فيه نص قانوني هذا من جهة، على أن نعرض من جهة أخرى لمعالجة المواثيق الدولية لهذه المسألة، على اعتبار أنها كانت مصدرا للعديد من التعديلات القانونية التي أدخلها المشرع الجزائري على قانون الأسرة، في إطار وفاء الجزائر بالتزاماتها تجاه المجموعة الدولية.

المطلب الأول: سن الزواج في الفقه الإسلامي

لقد أثارت مسألة تحديد سن الزواج، ومدى جواز تزويج القاصر، خلافا بين الفقهاء قديما وحديثا، ومن جملة ما كتبه الفقهاء نخلص إلى أن هناك ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[1] والحنابلة[2]، من جواز تزويج الولي للفتاة القاصر، ومما استدلوا عليه قوله تعالى:" **واللائي لم يحضن"[3]**، ووجه الدلالة هنا أن اللائي لم يحضن

[1]- ينظر، ابن نجيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ج 03، ص 83.

[2]- ينظر، ابن رشد محمد ابن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح وتصحيح خالد العطار، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995، ج 02، ص 07.

هن الصغيرات، وقد جعل الله عدة الصغير التي لم تحض ثلاثة أشهر، والعدة لا تكون إلا بعد عقد زواج فدل ذلك على صحة العقد عليها[4].

وقد أفرد الإمام البخاري بابا أسماه باب إنكاح الرجل ولده الصغار، لقوله تعالى: **"واللائي لم يحضن"** فجعل عدتها ثلاثة أشهر قبل البلوغ، ويروي البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها:" أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين، و أدخلت عليه و هي بنت تسع و مكثت عنده تسعا"[5].

كما استدلوا أيضا بأن أبا بكر رضي الله عنه زوّج عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة لم تبلغ، وحملوا قوله صلى الله عليه و سلم "...**ولا تنكح البكر حتى تستأذن**" أن المراد بالبكر التي أمر باستئذانها: البالغ ولأن الصغر سبب الحجر بالنص والإجماع، فكان هو مناط الإجبار[6].

ومن الفقهاء المعاصرين يرى الدكتور محمد برهام المشاعلي أن:" تحديد سن الزواج أخذ من القوانين الغربية وليس له مستندا في آراء فقهاء الشريعة الإسلاميين، لذلك يراه غير متفق مع مرحلة البلوغ الجنسي- لكل من الفتى والفتاة. ولا يتفق مع المصلحة الأخلاقية العامة، فيجب أن يسمح بالزواج منذ البلوغ الجنسي-، والفتى والفتاة وأولياؤهما أدرى بالمصلحة متى تكون في الزواج، على أنه لا فائدة لتدخل القاضي في هذا الموضوع، فالآباء الراغبون في تزويج بناتهم قبل بلوغهن سن الزواج القانوني يلتمسون من الحيل ما يفسد احتياط القانون لذلك"[7].

الإتجاه الثاني: وهو الذي يرى بمنع زواج القاصرات قبل سن البلوغ، وبه قال ابن شبرمة، وعثمان البتي، وأبو بكر الأصم[8]، واستدلوا بقوله تعالى:" **وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم**".[9]

ووجه الدلالة أن الآية جعلت بلوغ النكاح علامة على انتهاء الصغر، ولو جاز النكاح قبل البلوغ لما كان للتحديد به معنى[10].

الإتجاه الثالث: ويرى أن الأصل في الأمر الإباحة، وأنه يجوز لولي الأمر تقييد المباحات للضرورة أو المصلحة،

---

[1]- ينظر، الشيرازي إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الشافعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ج 02، ص 40.

[2]- ينظر، البهوتي منصور بن يونس، كشف القناع، تحقيق هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ج 05، ص 62.

[3]- سورة الطلاق، الآية 04.

[4]- إبراهيم إبراهيم بن عبد الرحمان، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة 01، 1999، ص 560.

[5]- البخاري، الجامع الصحيح، رقم الحديث:5133، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، ص371.

[6]- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، ج3، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2003، ص141

[7]- محمد برهام المشاعلي، فقه الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم الغربية الحديثة، الطبعة 01، 2010، ص 68.

[8]- ينظر في عرض هذا الرأي: ابن الهمام محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)، ج 03، ص 274.

[9]- سورة النساء، الآية 06.

[10]- السرخسي شمس الدين ، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة 03، 1978، جزء 04، ص 212.

وممن أخذ بهذا الرأي الفقيه المغربي علال الفاسي، وعلل تحديد سن الزواج بـ 15 سنة أنه مقترح يرمي إلى التقليل من مخاطر وأخطار الزواج المبكر، واعتبر ذلك استحسانا مبني على اعتبارات طبية لا يبطل العقد حين يبرمه بالولي وفق الضوابط الشرعية[1].

وعليه فإن تشريع قانون يحدد سنا معينة للزواج هو من باب درء المفاسد ورفع الضرر المترتب عليه، وفيه مصالح عامة يجب أن تراعى، وبالتالي فإن سن قانون كهذا لا يعد من الأمور المستحدثة التي خالفت الشرع، بل فيه مراعاة لقاعدة تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان[2].

وتماشيا مع هذا الاتجاه الثالث الأخير عمدت معظم التشريعات العربية إلى تحديد سن الزواج في قوانينها ومنعت عقد أي زواج دون بلوغ طرفيه السن القانوني، إلا في حالات استثنائية وبعد الحصول على إذن قضائي.

المطلب الثاني: سن الزواج في المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري

بعد أن نبين تحديد سن الزواج في ظل المواثيق الدولية، نتطرق إلى تحديد المشرع الجزائري لسن الزواج من خلال قانون الأسرة.

أولا: تحديد سن الزواج في المواثيق الدولية

لقد نصت العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية على ضرورة تحديد حد أدنى لسن الزواج، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 02 من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج[3] والتي جاء فيها :" تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج، ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن، ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية، لمصلحة الطرفين المزمع زواجهم".

كما نصت المادة 16 فقرة 02 من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة[4] على أنه:" لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي اثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا".

---

[1]- علال الفاسي،" التقريب في شرح مدونة الأسرة"، مقتبس عن: ورقة حول زواج القاصر، من إعداد وزارة العدل والحريات، المملكة المغربية، بدون سنة نشر، ص 02. مشورة على الرابط :
http://www.justice.gov.ma/lg-1/documents/doccat-3.aspx ، تم التصفح بتاريخ 2019/04/08.

[2]- ورقة حول زواج القاصر، المرجع السابق، ص 02.

[3]- اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، عرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة ، للأمم المتحدة 1763 ألف (د-17) المؤرخ في 7 نوفمبر 1964.

[4]- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 .

بالإضافة إلى إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة[1] والذي نص في المادة 06 فقرة 03 منه على أنه:" يحظر زواج الصغار وعقد خطوبة الفتيات غير البالغات، وتتخذ التدابير الفعالة المناسبة، بما في ذلك التدابير التشريعية، لتحديد حد أدنى لسن الزواج ولجعل تسجيل عقود الزواج في السجلات الرسمية إجباريا".

كما أن البروتوكول الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا، والذي صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 254/16[2] المؤرخ في 27 سبتمبر 2016 المتضمن التصديق مع التصريحات التفسيرية، نصت المادة 06 فقرة ب منه: "يكون الحد الأدنى لسن الزواج بالنسبة للفتاة 18 سنة ".

وما يلاحظ من خلال هذه النصوص الدولية والإقليمية، أنها وإن أوصت بضرورة تحديد حد أدنى لسن الزواج، إلا أنها تركت تحديد هذا السن للدول الأعضاء بموجب قوانينها الداخلية، مراعية بذلك ما يوجد بينها من فوارق واختلافات، إذ لا يجوز إلزام دولة ما بأمر يخالف ما تعيشه من واقع، لأجل هذا كان هناك تمايز بين الدول في تحديد حد أدنى للزواج[3].

وما تجب الإشارة إليه هنا، أن هذه النصوص وإن لم تلزم الدول بسن معين للزواج[4]، إلا أنها أوصت بضرورة المساواة بين المرأة والرجل عند تحديد هذا السن، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 15 فقرة 02 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة والتي جاء فيها:" تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية و تكفل للمرأة بوجه خاص حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات وتعاملها على قدر المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية"[5].

ثانيا: سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إن مسألة تحديد سن الزواج ترتبط في الحقيقة بسن البلوغ والاحتلام، و لم يحدد الفقهاء بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا إن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بعد

[1]- إعلان القضاء علي التمييز ضد المرأة اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263 (د-22) المؤرخ في 07 نوفمبر 1967.

[2]- المرسوم الرئاسي رقم 254/16 المؤرخ في 27 سبتمبر 2016 المتضمن التصديق مع التصريحات التفسيرية، على البروتوكول الافريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في افريقيا المعتمد من طرف الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد الافريقي بماباتو (موزمبيق) في 11 يوليو سنة 2003. جريدة رسمية عدد 58، الصادرة بتاريخ 2016/10/05 .

[3]- عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015، ص 35-36.

[4]- ومع ذلك فقد أوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة بإصدار توصية حول تحديد سن الزواج كحد أدنى بموجب قرارها رقم 2018 - د20 المؤرخ في 1965/11/01، حيث تم تحديد الحد الأدنى للزواج بخمسة عشر سنة لأي من الزوجين، كما أوصت لجنة القضاء على التمييز ضد النساء بتحديد هذا السن بـ 18 سنة للرجل والمرأة.

[5]- وفي نفس السياق ذهبت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في مادتها 3/15 إلى أن العقود والخاصة التي يكون لها اثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية.

مرحلتي الطفولة والتمييز وهي تظهر بعلامات توجد في الفتى كالاحتلام، وفي الفتاة كالحيض ورغم ذلك فالبلوغ المعتبر عند المالكية يكون بالحيض، وقال ابن حبيب ويكون ببلوغ ثماني عشرة سنة[1].

ولا ينكر أيضا أن سن الزواج يختلف من دولة لأخرى، وتؤثر فيه الظروف المناخية للدولة، والظروف الفيزيولوجية والعوامل البيولوجية وطبيعة الأجناس، فمثلا يصل الولد والبنت إلى سن البلوغ والاحتلام في المناطق الحارة كما في السودان ومعظم الدول الإفريقية، وذلك عكس الوضع في أوروبا التي يتأخر فيها هذا السن بالنسبة للأولاد الذكور والإناث إلى ما بعد ذلك[2].

وبخصوص تطور سن الزواج في الجزائر، فتجب الإشارة بداية إلى أن المستعمر الفرنسي- كانت له عدة محاولات لتحديد هذا السن بهدف محاربة الزواج المبكر خوفا من النمو الديمغرافي المتسارع ومحاولة لتغييب أحكام الفقه الإسلامي في المجتمع الجزائري، وقد نظّر لذلك بعض الفقه الفرنسي- ومنهم الفقيه BOUSQUET الذي يقول: " إن الرضا في الزواج لدى المسلمين يختلف عنه في النظام الفرنسي- إذ يقتضي- هذا الأخير رضا الوالدين معا زيادة على رضا المعني بالزواج، ليصبح الزواج ممكنا. هذا قانون غير معمول به في النظام الإسلامي، إذ ليس للزوجين الإعلان عن إرادتهما، إذا فنحن بصدد إكراه، وهو مايسمى بقانون الجبر ، هذا القانون قد يمس الطفل منذ الولادة غير أن المذهب الأرتودوكسي لا يتم الدخول لديهم إلا بعد البلوغ"[3].

وتحت تأثير الحركة اللائكية التي كانت تنادي باعتبار الزواج عقدا مدنيا كسائر العقود الأخرى، وأنه يجب منع الزواج المبكر[4] لأنه أصبح يشكل خطرا اجتماعيا وسياسيا، صدرت عدة قوانين لتنظيم زواج الجزائريين وتحديد سنه، ومنها القانون رقم 323/30 المؤرخ في 1930/05/02 الخاص بالخطبة وسن الزواج، الذي نصت المادة الأولى منه:" على أن الأهالي من القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنة لا يمكنهم إبرام عقد الزواج قبل تمام سن **الخامسة عشر** من عمرهم، في حين يجوز للحاكم العام منح الموافقة على ترخيص بالزواج لمن لم يبلغ هذا السن، وذلك لأسباب خطيرة، بعد رأي لجنة مكونة من مستشار بمجلس قضاء الجزائر، قاض وطبيب مختص".

---

[1]- أنظر، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج 4، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994، ص 230.

[2]- منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية لحقوق المرأة، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 227.

[3] -G. H. BOUSQUET, Précis élémentaire du droit musulman Malékite Algérien, librairie orientale, PARIS ,1934 ,pp.58

مقتبس عن: فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015، ص 82.

[4]- يرى بعض الباحثيين أن المعنى الحقيقي للزواج المبكر من الناحية الطبية والعلمية هو الزواج قبل البلوغ، فبالنسبة للفتاة الزواج المبكر هو زواجها قبل الحيض، وأما تسمية من تتزوج قبل التاسعة عشر بأنه زواج مبكر فهذا لا يستند إلى قاعدة علمية أو شرعية فأمر الزواج مربوط بالبلوغ. والبلوغ عند الفتاة هو الفترة الزمنية التي تتحول فيها الفتاة من طفلة إلى بالغة. حسام الدين عفانة، الزواج المبكر، بحث مقدم لمؤتمر "المرأة الفلسطينية وتحديات وتحديات الأسرة المعاصرة، المنعقد في جامعة النجاح الوطنية 2000/04/25/24. ص 07. منشور على الرابط الالكتروني: http://yasaloonak.net/wp- content/uploads/2013/11/%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A8%D9%83%D8%B1.pd

وعلى اعتبار أن هذا القانون قد اقتصر تطبيقه على منطقة القبائل فقط، فقد صدر الأمر رقم 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 والذي مست أحكامه كل أهالي الجزائر، وعدّل بموجبه بعض أحكام القانون السابق، فمنعت المادة الخامسة منه زواج كل من لم يبلغ **الثامنة عشر** إلا بترخيص قضائي، يصدره رئيس المحكمة الكلية، وذلك لأسباب خطيرة[1].

ومع الاستقلال وبغية تنظيم بعض مسائل الزواج في انتظار إصدار قانون متكامل للأسرة، صدر القانون رقم 224/63 المؤرخ في 1963/06/29 المتعلق بسن الزواج[2]، والذي حددت المادة الأولى منه سن الزواج ببلوغ **ثمانية عشرة سنة** للذكر **وسبعة عشر سنة** للأنثى، مع جواز طلب الترخيص بالزواج للقاصر الذي لم يبلغ هذا السن يمنحه رئيس المحكمة بعد استشارة وكيل الجمهورية في الموضوع[3].

وبصدور أول قانون للأسرة الجزائري بموجب القانون رقم 11/84، حدد المشرع سن الزواج وجعله **ثمانية عشرة سنة** (18) سنة للمرأة و **واحد وعشرون** (21) سنة للرجل، وأجاز للقاضي استثناء أن يرخص بالزواج دون هذا السن في حال وجود مصلحة أو ضرورة، وهو بهذا قد انحاز مع الاتجاه الفقهي الذي يرى بأن الأصل في هذه المسألة الإباحة، وأنه يمكن لولي الأمر أو المشرع في وقتنا التدخل لتقييد المباح مما يدخل في باب السياسة الشرعية.

غير أن المشرع الجزائري وبموجب الأمر رقم 02/05 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84، واستجابة وتماشيا مع التوجهات الدولية في هذا المجال، ووفاء بالتزاماته الدولية التي أقرتها مختلف الاتفاقيات والمواثيق الدولية والتي تنادي بضرورة المساواة بين الرجل والمرأة، قام بتوحيد سن الزواج وجعله **تسعة عشر** (19) سنة بالنسبة لكلا الزوجين، وذلك بتعديله لنص المادة 07 من قانون الأسرة، مجسدا بذلك لمبدأ المساواة من جهة أولى، ومراعيا لسن التعليم الأساسي الذي هو إجباري وعادة ما يتوقف عند هذه السن من جهة ثانية، و جعل سن الزواج موافقا لسن الرشد المدني من جهة ثالثة، على اعتبار أن عقد الزواج من شأنه أن يرتب أيضا التزامات مالية شأنه شأن باقي العقود المدنية الأخرى.

---

[1] - تجب الإشارة إلى أن هذا القانون لم يلغي القانون رقم 323/30 وإنما عدل بعض أحكامه فقط، فتم رفع سن الزواج من 15 سنة إلى 18 سنة، كما تم تعميم تطبيقه على كل الأهالي، وتم منح سلطة الترخيص بالزواج لرئيس المحكمة الكلية بدلا من الحاكم العام، ينظر: فاسي عبد الله، المرجع السابق، ص 86.

[2] - القانون رقم 224/63 المؤرخ في 1963/06/29 المتعلق بسن الزواج، جريدة رسمية، عدد 44، الصادرة بتاريخ 02 جويلية 1963.

[3] - وقد نصت المادة الثانية من هذا القانون على الجزاء في حالة مخالفة نص المادة الأولى، حيث تقع عقوبة الحبس من 15 يوما إلى ثلاثة أشهر أو بغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد في حق ضابط الحالة المدنية أو القاضي والزوجين وأو ليائهم والشركاء متى أبرموا عقد زواج مخالف لقواعد السن المحددة في هذا القانون. في حين نصت المادة الثالثة منه على انه يكون باطلا كل زواج يتم عقده خلافا للمادة الاولى، ويمكن الطعن فيه إما من قبل الأزواج أنفسهم أو من قبل الذين لهم منفعة أو النيابة العامة، ويكون قابلا للإبطال بناء على طلب الزوجين وحدهما، بينما نصت المادة الرابعة على عدم جواز الطعن متى بلغ الزوجان السن القانونية أو أصبحت الزوجة حاملا.

إن المشرع الجزائري يكون باعتماده على سن معين لتحديد البلوغ كما يرى الدكتور تشوار جيلالي:" قد قام بتحديد الأهلية هنا على أساس تقديري بحت، حماية للأطفال من انزلاق أهلهم نحو المنفعة الفردية البحتة، ومن ثم لم يجعل أحكام البلوغ منوطة بحقيقته بل أناطها بسن معينة ومناسبة من عمر الإنسان يفترض فيها أصلا أن يكون الشخص أهلا للزواج"[1].

وعلى الرغم من معقولية هذا الاتجاه الذي نحا نحوه المشرع الجزائري، إلا أنه بتوحيده لسن الزواج بين الرجل والمرأة يكون قد تجاهل الفوارق المعتبرة بينهما، حيث إن المرأة تظهر عليها علامات البلوغ قبل الرجل عادة، مما يجعل توحيد أهلية الزواج في قانون الأسرة والمواثيق أمر يخالف ما عليه الطبيعة البشرية، ويستوجب إعادة النظر في النصوص التي تنظم ذلك[2].

كما أن الطريقة التي صاغ بها المشرع الجزائري أحكام أهلية الزواج، قد اعترتها بعض النقائص، والتي أدت إلى بعض الإشكالات القانونية والقضائية التي سنعالجها في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: الإشكالات التي يثيرها التحديد القانوني لسن الزواج وطرق معالجتها

سبق القول أن المشرع الجزائري، وعملا بما استقر عليه الفقه المعاصر من جواز تحديد سن قانوني للزواج، دفعا للمفسدة وجلبا للمصلحة مما يدخل في باب السياسة الشرعية، قد قام بتحديد سن الزواج ببلوغ 19 سنة كاملة لكلا الزوجين، مع إمكانية الترخيص بالزواج من طرف القاضي قبل بلوغ هذا السن، متى تحققت المصلحة أو وجدت ضرورة، بعد التأكد من قدرة الطرفين على الزواج.

إلا أن هذا الاجتهاد المصلحي الذي تبناه المشرع، ولدى تنزيله على أرض الواقع لم يخلو من بعض الإشكالات القانونية، نظرا لعدم إحكام صياغته من جهة، وتجاهله لبعض المقتضيات الاجتماعية و القانونية من جهة أخرى، والتي سنحاول بسطها من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: النقص التشريعي في مجال منح الترخيص بالزواج

إن المشرع الجزائري، وإن كان قد اشترط لإبرام عقد الزواج بلوغ سن 19 سنة للرجل والمرأة على السواء، من خلال نص المادة 07 فقرة 01 من قانون الأسرة، إلا أنه وبموجب الفقرة الثانية من ذات النص، قد أجاز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل هذا السن لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

إن المشرع الجزائري من خلال هذا النص يبدو أنه قد سلك مسلكا وسطا، بخصوص موقفه من تحديد سن الزواج، فقد حدد سن 19 سنة كأصل عام، غير أنه لم يهمل الحالات الأخرى التي يكون فيها الزوج القاصر

[1]- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية ،كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999، العدد04، ص 75.

[2]- عيساوي عبد النور، المرجع السابق، 36.

قادرا على تحمل أعباء الزواج متى كان فيه مصلحة له أو دعت إليه ضرورة، إذ منح بشأنها سلطة تقديرية للقاضي في منح الترخيص أو رفضه.

وهذا يعد التفاتة حكيمة من المشرع إلى واقع المجتمع الجزائري، فمن شأن الإعفاء من سن الزواج استيعاب بعض الفئات التي تعيش ظروفا خاصة، لا تستوعبها السن المحددة قانونا، وتمكينها من إتمام الزواج في إطار القانون وتحت سلطته ورقابته[1].

على أنه يؤخذ على المشرع الجزائري بشأن تنظيمه لسلطة القاضي في منح الترخيص بالزواج المآخذ الآتية:

أولا: عدم تحديد السن الأدنى للزواج

مما يؤخذ على المشرع الجزائري، أنه لم يحدد للقاضي السن الأدنى الذي لا يجوز النزول عنه وهو بصدد دراسة طلب الترخيص بالزواج، وهذا على عكس بعض التشريعات العربية، فقد حدد قانون الأحوال الشخصية السوري[2] مثلا السن الأدنى بموجب نص المادة 18 منه، وجعله 15 سنة بالنسبة للفتى والفتاة معا، أما قانون الأحوال الشخصية الأردني[3] فإنه وبموجب المادة 05 منه فقد خول منح الإذن بزواج القاصر إذا أكمل 15 سنة.

في حين حدده مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية[4] من خلال المادة 12 منه والتي جاء فيها:" يمنع تزويج الصغير، ذكرا كان أم أنثى، قبل إكماله الخامسة عشر من العمر، إلا بسبب خطير أو اقتضاء المصلحة ذلك وبعد إذن من القاضي".

وفي هذا الصدد اقترح بعض الفقه الجزائري ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتحديد سن أدنى للزواج، فيقول الدكتور بن شويخ الرشيد: " نرى أنه لا يمكن في جميع الأحوال النزول تحت 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدنيوية كأصل عام، خصوصا وأن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي"[5].

في حين يرى الدكتور تشوار جيلالي:" أن مصلحة الأطراف أنفسهم والمجتمع تقضي- بعدم تخويل القاصر حق الزواج إلا عند بلوغه سن معينة يتأكد من خلالها قدرته الجسمية على تحمل التبعات التي يفرضها عقد الزواج، وتمتعه بقدر كاف من التمييز يستطيع معه إدراك نتائج وعواقب ما هو مقبل عليه. ولكي تتحقق هذه الأمور

[1]- عزمي ممدوح، الزواج العرفي، أركانه شروطه وآثاره، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة 01، 1996، ص 10.

[2]- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/09/07. المعدل والمتمم.

[3]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019، الجريدة الرسمية الأردنية العدد رقم 5578 الصادرة تاريخ 2019/06/02.

[4]- مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، الذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة بموجب القرار رقم 105، د 06، بتاريخ 1988/04/04 الموافق لـ 1408/08/17 هـ.

[5]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 61.

فعلى المشرع أن يجعل في هذه الحالة الحد الأدنى لسن الفتاة ست عشرة سنة، وللفتى ثماني عشرة سنة، ويمنع قيام الزواج مهما كانت المصلحة أو الضرورة، إذا كانت السن وقت العقد دون ذلك"[1].

وعليه فمتى سلمنا أن سن البلوغ يختلف بين الرجل والمرأة، وأن هذه الأخيرة عادة ما يكون بلوغها قبل بلوغ الرجل، فإنه على المشرع الجزائري حين تدخله لتحديد هذا السن الأدنى أن يراعي هذه الفوارق، ولذلك فإن الأقرب إلى الواقع الاجتماعي اليوم هو ما ذهب إليه الدكتور تشوار جيلالي في تحديده للسن الأدنى بـ 18 سنة للرجل، و16 سنة بالنسبة للفتاة، على أنه يمكن للمشرع الاستعانة بأهل الاختصاص من علم النفس والطب والاجتماع لوضع سن يكون الأقرب إلى الواقع الجزائري المعاش.

ثانيا: عدم مراعاة المشرع الجزائري لمسألة التفاوت في سن الزواج

إن بعض قوانين الأسرة العربية قد عالجت مسألة التفاوت في سن الزواج، لدى تنظيمها لشرط الكفاءة، وهذا على خلاف التشريع الجزائري الذي لم ينظم مسألة الكفاءة كشرط من شروط صحة الزواج على غرار المشرع المغربي والتونسي.

فقد اشترط قانون الأحوال الشخصية الأردني أن لا يتجاوز سن التفاوت العشرين عاما، وذلك من خلال المادة 11 منه والتي نصت على ما يلي:" يمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين سنة إلا بعد أن يتحقق القاضي من رضاها واختيارها. ".

في حين اشترط قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[2] من خلال المادة 21 فقرة 02 منه أن لا يكون سن الخاطب ضعف سن المخطوبة حيث جاء فيها:" إذا كان الخاطبان غير متناسبين سنا، بأن كانت سن الخاطب **ضعف سن المخطوبة** أو أكثر فلا يعقد الزواج إلى بموافقة الخاطبين وعلمهما، وبعد إذن القاضي، وللقاضي أن لا يأذن به ما لم تكن مصلحة في هذا الزواج".

أما بعض التشريعات العربية فقد اشترطت التناسب في سن الزواج، دون أن تحدد نسبة التفاوت، ومنها قانون الأحوال الشخصية الكويتي[3] حيث نص في المادة 36 منه على أن: " التناسب في السن بين الزوجين يعتبر حقا للزوجة وحدها". وكذا قانون الأحوال الشخصية السوري حيث نصت المادة 19 من قانون الأسرة على أنه:" إذا كان الخاطبان غير متناسبين سنا، ولم يكن من مصلحة في هذا الزواج، فللقاضي أن لا يأذن به".

---

[1]- تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص79.

[2]- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر بموجب القانون الاتحادي رقم 28 بتاريخ 2005/11/19 الموافق لـ 17 شوال 1426 هـ. المعدل والمتمم.

[3]- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984، الجريدة الرسمية الكويتية، العدد 1570 الصادرة بتاريخ 1984/07/23. المعدل والمتمم.

يلاحظ من خلال هذه النصوص أن بعض التشريعات العربية، تأخذ بعين الاعتبار مسألة عدم وجود تفاوت في السن بين الزوجين، وتجعلها كشرط أساسي لصحة عقد الزواج، وقد أحسنت صنعا في ذلك، إذ أن التفاوت الكبير في السن بين الزوجين، قد أدى إلى الكثير من المفاسد و الشرور التي تنشأ بين الأزواج، بسبب عدم الانسجام والتوافق بينهما، الأمر الذي من شأنه أن يؤثر على الأسرة بكثرة الشقاق والنزاع بين الزوجين، وامتداد هذا الأثر من العداء والبغضاء إلى أهل الطرفين وأبنائهم وعائلاتهم[1].

كما أن زواج الفتاة الصغيرة بمن يكبرها في السن كثيرا، كمن تجاوز الستين مثلا، قد يجعله عاجزا عن أداء واجباته الزوجية، ومن ذلك حق المعاشرة، فإذا عجز عن ذلك بحكم سنه وهو المتوقع عادة، لجأت الزوجة إلى الوسائل غير المشروعة التي توصلها إلى الانحراف الخلقي في كثير من الأحيان، خاصة مع ضعف الوازع الديني، وكثرة مفاتن العصر، وقد يكون الزوج قد أعطى والدها من المال الكثير الذي يملكه مما جعلها تتناسى في لحظة طغيان شهوة المال، حقيقة المآل[2].

وبناء على هذا فإننا ندعو المشرع الجزائري، عند تعديله لقانون الأسرة أن يدرج ضرورة مراعاة القاضي حين منحه للترخيص بزواج الفتاة القاصر، مسألة التفاوت بينها وبين من يطلب زواجها وهل يناسبها، وإن كنا لا نرى تحديد هذا التفاوت بنسبة معينة كعشرين أو ثلاثين سنة، بل الأحسن أن يترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية، كما ذهب إلى ذلك كل من المشرع الكويتي والمشرع السوري.

ثالثا: ضرورة اشتراط شهادة طبية لطالبي الترخيص للتأكد من القدرة على الزواج

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

في حين نجد أنه ومن خلال نص المادة 07 مكرر من ذات القانون قد ألزم طالبي الزواج بتقديم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، وألزم كل من الموثق وضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، وبعلمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا قد يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

[1] - مسعود يخلف، التفاوت في سن الزواج بين الإباحة والمنع ودور الحاكم في تقييده، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 07، العدد 19، 2015، ص 361.

[2] - مسعود يخلف، المرجع السابق، ص 361.

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

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

هذا والملاحظ عمليا مما يجري به العمل في المحاكم عندنا، أنه ورغم عدم اشتراط المشرع للشهادة الطبية، فإن القاضي دائما ما يستعين برأي طبيب مختص، وأن شهادة هذا الأخير تعتبر أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي في إثبات القدرة على الزواج، إضافة إلى الوسائل الأخرى كالاستعانة ببحث إجتماعي أو نفسي-، بعد الاستماع طبعا لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي.

و رغم أن التأكد من القدرة هي من صميم السلطة التقديرية للقاضي، والتي يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، إلا أن تدخل المشرع واشتراطه تقديم الشهادة الطبية لطالبي الترخيص، من شأنه أن يؤدي إلى توحيد العمل القضائي في هذا المجال من جهة، كما يشكل حماية إضافية للقاصر طالب الزواج من جهة أخرى، لذلك يستحسن على المشرع بمناسبة تعديله لقانون الأسرة إضافة فقرة لنص المادة 07 من قانون الأسرة يشترط فيه تقديم شهادة طبية.

المطلب الثاني: ضرورة إقرار جزاء صريح لزواج القاصر بدون ترخيص

إن المشرع الجزائري وإن كان قد منع زواج القاصر ما لم يبلغ سن 19 سنة كاملة كأصل عام، وسمح له استثناءا بالزواج دون هذا السن بعد الحصول على ترخيص من القاضي، فقد كان هدفه من ذلك بلا شك رعاية مصلحة القصر وحمايتهم، لكونهم غير ناضجين نفسيا وبدنيا لتحمل تبعات الزواج وآثاره، مما من شأنه أن يحفظ المصالح الخاصة لهذه الفئة من المجتمع، ويدرء عنهم ما قد ينجر عنه من مفاسد، وفي ذلك رعاية لمصلحة الأمة ككل.

فإذا سلمنا بهذا المقصد الكلي، والغاية التي توخاها المشرع من وراء تحديد سن الزواج، تبيّن لنا أن هذه القاعدة تندرج ضمن قواعد النظام العام التي من المفروض قانونا أن يقع كل اتفاق على خلاف أحكامها باطلا، غير أن ما يدعو للتساؤل هنا هو سكوت المشرع الجزائري عن الجزاء المترتب في حال مخالفة هذه القاعدة بالذات، الأمر الذي جعل الفقه الجزائري أمام سكوت المشرع يختلف بصدد الجزاء المترتب في حال إبرام عقد زواج من قبل قاصر دون الحصول على ترخيص بالزواج.

وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أن المشرع لم يرتب أي جزاء على مخالفة قاعدة السن، الأمر الذي من شأنه أن يمنح طرفي العقد بعد بلوغ الطرف القاصر السن القانوني، اللجوء إلى القضاء وطلب

تثبيت صحة هذا الزواج وتسجيله بحكم قضائي إذا توافرت باقي الأركان[1].

في حين يرى البعض الآخر أنه يمكن تطبيق الجزاء الذي جاء به قانون 29 جوان 1963[2]، والذي تضمنته الفقرة 02 من المادة 03 منه، بحيث يكون الزواج قبل اكتمال الأهلية باطلا بطلانا مطلقا، ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين أو النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة، أما بعد الدخول فيصبح البطلان بطلانا نسبيا ويمكن الطعن فيه من طرف الزوجين فقط، كما أنه وفقا لنص المادة 04 من ذات القانون يمكن إجازة هذا الزواج بعد بلوغ الزوجين القاصرين السن القانونية، أو إذا أصبحت الزوجة حاملا[3].

وقد انتقد الدكتور تشوار جيلالي هذين الرأيين، إذ أنه من خصائص القواعد القانونية أن تكون ملزمة يترتب على كل من يخالف أحكامها جزاء، والقاعدة التي لا تقترن بجزاء لا تعد قاعدة قانونية مما يفند اتجاه الرأي الأول، في حين أنه من غير المقبول القول بأن أحكام القانون رقم 11/84 لم تلغي أحكام قانون 1963، فهذا الأخير وإن لم يتم إلغائه صراحة فقد تم إلغاؤه ضمنيا باعتبار أن القانون اللاحق قد نظم نفس المسألة القانونية التي نظمها القانون السابق وهذا إعمالا لنص المادة 02 من القانون المدني، مما يدل على عدم سداد

الرأي الثاني أيضا[4].

ويخلص الدكتور تشوار جيلالي بعد نقده لهذين الرأيين، إلى أن الجزاء المنطقي والمعقول يكون بإبطال كل زواج تم إبرامه من قبل شخص ناقص الأهلية ما لم يحصل مسبقا على الإذن القضائي، وأنه لا يمكن إجازة العقد حتى وإن تم الدخول، لأن الإجازة قد اقتصرها المشرع عند انتفاء ركن الولي أو الصداق أو الشهادة دون ركن الرضا[5].

والذي يبدو أن هذا الرأي الأخير سديد في شق منه فقط، وهو في حال إذا لم يتم الدخول فيكون جزاء العقد الإبطال، أما إذا تم الدخول وأصبحت الزوجة حاملا، وبلغ كل من الزوجين السن القانوني وتمسكا بهذا الزواج، فإن القول بإبطال عقد الزواج لا يمكن التسليم به، لذلك يكون من الأنسب القول بقابلية العقد للإبطال وعدم جواز الطعن فيه إلا من طرف الزوجين، مع إمكانية إجازته من طرفهما عند بلوغهما السن القانونية وزوال نقص الأهلية.

---

[1]- ينظر في هذا الرأي، محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، في الخطبة والزواج، ج 01، الطبعة 01، ص 62. مقتبس عن، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 82.

[2]- القانون رقم 224/63، المؤرخ في 29 جوان 1963، ج ر عدد 47، الصادرة تاريخ 02 ديسمبر 1963.

[3]- و يستند هذا الرأي إلى أن المشرع ومن خلال المادة 07 من القانون رقم 11/84 قد ألغى المادة الأولى فقط من قانون 1963، لأنها أعادت تنظيم سن الزواج، بينما باقي المسائل التي نظمها هذا القانون الأخير فلم يتم إلغاؤها ومن ثم يمكن تطبيقها. ينظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، الجزء 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 62.

[4]- ينظر في نقد هذه الآراء، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 81 وما بعدها.

[5]- المرجع نفسه، ص 89-90.

وهذا إعمالا للقاعدة العامة في العقد الموقوف التي نصت عليها المادة 83 من قانون الأسرة:" من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به **وتتوقف على إجازة الولي** أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

وهو الحل ذاته الذي كان يقضي به قانون 1963، غير أن تطبيقه هنا لا يعني بحال أنه لم يتم إلغائه، فقد سبق القول أنه قد ألغي ضمنيا بتنظيم المشرع لنفس المسألة القانونية التي كان يعالجها مثلما ذهب إلى ذلك الدكتور تشوار جيلالي.

غير أن تطبيقه هنا مرده إعمال نص المادة 222 من قانون الأسرة، التي تحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لا يوجد فيه نص، وقد عالج الفقهاء هذه المسألة لدى حديثهم عن العقد الموقوف، حيث أن أغلب الفقهاء يصححون تزويج الأولياء للصغار دون اشتراط إذن القاضي، بل حتى في الحالات التي اشترطوا فيها مشاورة القاضي لم يبطلوا العقد بعد الدخول، فقد جاء في المذهب المالكي في مسألة تزويج اليتيمة أنها تزوج إذا خيف فسادها وبلغت عشرا، وشوور القاضي في تزويجها، وأنه إذا زوجت دون مشاورة القاضي يفسخ العقد قبل الدخول ويصح بعده[1].

ومن ذلك أيضا ما ذهب إليه الدكتور وهبة الزحيلي حيث يقول:" الزواج الموقوف مع كونه صحيحاً لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج قبل إجازته ممن له حق الإجازة، فلا يحل فيه الدخول بالزوجة، ولا تجب فيه نفقة، ولا طاعة، ولا يثبت به حق التوارث بموت أحد الزوجين. فإن أجيز صار نافذاً وترتبت عليه أحكام الزواج اللازم، عملاً بالقاعدة الفقهية: (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة).

ومثاله تزوج الصغير والصغيرة المميزين بدون إذن الولي، وقال محمد: تزويج العاقلة بنفسها أو بوكيلها من غير إذن وليها يكون موقوفاً، وإن حصل دخول قبل الإجازة، كان معصية، ولكن تترتب عليه عند الحنفية آثار الزواج الفاسد الآتية، فيسقط الحد ويثبت النسب، ويجب الأقل من المسمى ومهر المثل، لكن لا عدة في زواج موقوف قبل الإجازة"[2].

وبناء على ماسبق فإنه يكون من الضروري تدخل المشرع الجزائري عند تعديله لقانون الأسرة وإضافة فقرة لنص المادة 07 من قانون الأسرة، ينص فيه صراحة على الجزاء المترتب عن كل عقد يتم إبرامه دون الحصول على ترخيص قضائي، ويقترح في هذا المجال أن يكون الجزاء هو الإبطال قبل الدخول، أما بعد الدخول فلا يجوز الطعن فيه إلا من طرف الزوجين، مع إمكانية إجازته من طرفهما عند بلوغهما السن القانونية.

[1]- الخرشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، دون طبعة، دون تاريخ، جزء 03، ص 179-180.
[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 04، ج 09، ص 6602.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة يمكن القول بأن المشرع الجزائري، قد وفق حين تدخله لتحديد السن القانوني للزواج كأصل عام، مع إمكانية الترخيص والإعفاء من هذا السن استجابة لمطالب بعض الفئات التي تعيش ظروفا خاصة، لا تستوعبها السن المحددة قانونا، وتمكينها من إتمام الزواج في إطار القانون، تحت سلطة ورقابة القاضي المختص.

على أنه يؤخذ على المشرع بعض النقائص والثغرات حين تنظيمه لهذه المسألة، والتي خلصت إليها الدراسة، ووجب على المشرع التدخل لتعديلها والمتمثلة فيما يلي:

1- إن مساواة المشرع في سن الزواج القانوني بين الرجل والمرأة، يخالف ما عليه الواقع، إذ أنه عادة ما تظهر علامات البلوغ على المرأة قبل الرجل، لذلك نعتقد أن تحديد سن الزواج لم تكن بحاجة إلى تعديل سنة 2005، وكان الأجدر إبقاءها على حالها أي 21 سنة بالنسبة للرجل، و18 سنة بالنسبة للمرأة، ولا يصح الاحتجاج بمحاولة توحيد سن الرشد بين القانون المدني وقانون الأسرة، لأن هذا الأخير قد عالج المسألة و منح للمرأة المتزوجة الأهلية فيما يخص آثار الزواج.

2- يوصى بتدخل المشرع الجزائري وتحديد السن الأدنى لمنح الترخيص بالزواج، يراعي فيه الفوارق بين المرأة والرجل، ويقترح في هذا المجال تحديده بـ 18 سنة للرجل، و16 سنة بالنسبة للفتاة.

3- يوصى أيضا بضرورة إلزام القاضي حين منحه للترخيص بزواج الفتاة القاصر، مراعاة مسألة التفاوت بين الفتاة القاصر وبين من يطلب زواجها وهل يناسبها، على أن يترك تحديد هذا التفاوت لسلطة القاضي التقديرية، كما ذهب إلى ذلك كل من المشرع الكويتي والمشرع السوري.

4- يوصى أيضا بتدخل المشرع و إضافة فقرة لنص المادة 07 من قانون الأسرة يشترط فيها تقديم شهادة طبية،

الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى توحيد العمل القضائي في هذا المجال من جهة، كما يشكل حماية إضافية للقاصر طالب الزواج من جهة أخرى، لذلك يستحسن على المشرع بمناسبة تعديله لقانون الأسرة.

5- يوصى أيضا بتدخل المشرع الجزائري وإضافة فقرة لنص المادة 07 من قانون الأسرة، ينص فيه صراحة على الجزاء المترتب عن كل عقد يتم إبرامه دون الحصول على ترخيص قضائي، ويقترح في هذا المجال أن يكون الجزاء هو الإبطال قبل الدخول، أما بعد الدخول فلا يجوز الطعن في العقد إلا من طرف الزوجين، مع إمكانية إجازته من طرفهما عند بلوغهما السن القانونية.

6- وفي الأخير نعتقد أن النقص التشريعي المسجل في هذا المجال، لا يمكن تحميله لوحده مسؤولية انتشار ظاهرة زواج القصر في المجتمع الجزائري، بل يجب الاعتماد على مقاربة سوسيو ثقافية، على اعتبار أنها ظاهرة اجتماعية ثقافية قبل أن تكون ظاهرة قانونية.

قائمة المصادر المراجع

باللغة العربية:

الكتب:

- إبراهيم إبراهيم بن عبد الرحمان، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة 01، 1999.

- ابن الهمام محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير ج 03، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).

- ابن رشد محمد ابن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح وتصحيح خالد العطار، ج 02. دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995،

- ابن نجيم، البحر الرائق، ج 03، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر)

- أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، ج3، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2003.

- البخاري، الجامع الصحيح، رقم الحديث:5133، باب إنكاح الرجل ولده الصغار.

- الخرشي، شرح مختصر خليل، جزء 03.، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، دون طبعة، دون تاريخ،

- السرخسي شمس الدين ، المبسوط، جزء 04، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة 03، 1978.

- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، الجزء 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج 4، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994.

- عزمي ممدوح، الزواج العرفي، أركانه شروطه وآثاره، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة 01، 1996.

- علال الفاسي،" التقريب في شرح مدونة الأسرة"، مقتبس عن: ورقة حول زواج القاصر، من إعداد وزارة العدل والحريات، المملكة المغربية، بدون سنة نشر، ص 02. منشورة على الرابط :

http://www.justice.gov.ma/lg-1/documents/doccat-3.aspx ، تم التصفح بتاريخ 2019/04/08.

- محمد برهام المشاعلي، فقه الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم الغربية الحديثة، الطبعة 01، 2010.

- منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية لحقوق المرأة، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 09، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 04. (دون تاريخ نشر).

-الشيرازي إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الشافعي، ج 02.، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).

البهوتي منصور بن يونس، كشف القناع، تحقيق هلال مصيلحي، ج 05، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دون تاريخ نشر).

- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، في الخطبة والزواج، ج 01، الطبعة 01. (دون تاريخ نشر).

النصوص القانونية:

- اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، عرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة ، للأمم المتحدة 1763 ألف (د-17) المؤرخ في 7 نوفمبر 1964.

- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 .

- إعلان القضاء علي التمييز ضد المرأة اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263 (د-22) المؤرخ في 07 نوفمبر 1967.

- المرسوم الرئاسي رقم 254/16 المؤرخ في 27 سبتمبر 2016 المتضمن التصديق مع التصريحات التفسيرية، على البروتوكول الافريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في افريقيا المعتمد من طرف الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد الافريقي بماباتو (موزمبيق) في 11 يوليو سنة 2003. جريدة رسمية عدد 58، الصادرة بتاريخ 2016/10/05.

- القانون رقم 224/63 المؤرخ في 1963/06/29 المتعلق بسن الزواج، ج ر، عدد 44، الصادرة بتاريخ 02 جويلية 1963.

- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005، جرية رسمية ، عدد 15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

- مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، الذي اعتمده مجلس وزاراء العدل العرب في دورته السادسة بموجب القرار رقم 105، د 06، بتاريخ 1988/04/04 الموافق لـ 1408/08/17 هـ.

- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/09/07. المعدل والمتمم.

- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019، الجريدة الرسمية الأردنية العدد رقم 5578 الصادرة تاريخ 2019/06/02.

- قانون الأحوال الشخصية الإمارتي الصادر بموجب القانون الاتحادي رقم 28 بتاريخ 2005/11/19 الموافق لـ 17 شوال 1426 هـ. المعدل والمتمم.

- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984، الجريدة الرسمية الكويتية، العدد 1570 الصادرة بتاريخ 1984/07/23. المعدل والمتمم.

الرسائل الجامعية:

- عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015، ص 35-36.

- فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015.

المقالات:

- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999، العدد04، ص 75.

- مسعود يخلف، التفاوت في سن الزواج بين الإباحة والمنع ودور الحاكم في تقييده، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 07، العدد 19، 2015، ص 361.

- حسام الدين عفانة، الزواج المبكر، بحث مقدم لمؤتمر "المرأة الفلسطينية وتحديات وتحديات الأسرة المعاصرة، المنعقد في جامعة النجاح الوطنية 2000/04/25/24. ص 07. منشور على الرابط الالكتروني:

http://yasaloonak.net/wp-content/uploads/2013/11/%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A8%D9%83%D8%B1.pd

باللغة الأجنبية:

-G. H. BOUSQUET, Précis élémentaire du droit musulman Malékite Algérien, librairie orientale, PARIS ,1934 .