

أهلية المرأة للزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

Women's Capacity for Marriage in Islamic law and Algerian family law

الأستاذة هجيرة نشيدة مدني⁽¹⁾

أستاذة مساعدة قسراً

جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر 1 (الجزائر)

h-na.madani@univ-alger.dz

تاريخ النشر
31 مارس 2025

تاريخ القبول:
11 ديسمبر 2024

تاريخ الارسال:
13 نوفمبر 2024

الملخص:

لقد ساوت الشريعة الإسلامية بين الرجل والمرأة في العبادات، وفي الحقوق والالتزامات على أساس مناط التكليف وهو الأهلية، إلا أنها في بعض الحقوق الخاصة بالمرأة جاءت بأحكام شرعية خاصة بها قبل البلوغ وبعده كحقها في الزواج. وتأثراً بمبادئ الشريعة، أصبح للمرأة في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 مركزاً قانونياً هاماً في الرابطة الزوجية أكسبها الأهلية الكاملة في إبرام عقد زواجها بالغة رشيدة.
الكلمات المفتاحية: الأهلية - الزواج - المرأة - القاصر - الولي.

Abstract:

The Islamic Shariah equates men and women in terms of worship, rights and duties on the basis of capacity, with the exception of the special provisions applicable to marriage before and after puberty . Influenced by the principles of Sharia law, under amended and supplemented Algerian Family Code, adult women enjoy an important legal status that gives them full capacity to enter into marriage.

Key words :

Eligibility –Marriage- Women-Minor -The guardian.



مقدمة :

يُعدُّ الزواج تصرفاً أساسياً في حياة الإنسان، يقوم عليه منهج حياته، لأنه يرتب مسؤوليات وتبعات تمتد طيلة الحياة إذا دامت العلاقة الزوجية، وتتبع طرفيها إذا انتهت هذه العلاقة بأحد طرق الطلاق. ويعتبر العاقدان وهما الزوج والزوجة، أهم أطراف الزواج، وإن كان الولي طرفاً وجوبياً في زواج القاصرة، والأولاد، إن وُجدوا طرفاً آخر يعتد به أيضاً حال الزواج. ولما كانت الأهلية - ونعني بها أهلية الأداء - هي قدره الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره الشرعية والقانونية، اقتضى ذلك وجوب وتوافر إرادته واعية حرة تتجه إلى إحداث تلك الآثار، وهو ما يتطلب كامل الإدراك والتمييز عند صاحبها، حتى يكون أهلاً للقيام بتصرف يعتد به شرعاً وقانوناً ولذلك احتاج الزواج كتصرف يخص الزوج والزوجة إلى ضرورة توافر أهلية للزوج. وإذا كانت أهلية الزوج الذكر لا لبس فيها فإن أهلية المرأة كأثني ظلت محل جدل فقهي وقانوني تباينت فيها الآراء والأدلة قبل البلوغ وبعده.

أهمية الموضوع :

تكمن أهمية دراسة موضوع أهلية المرأة في الاهتمام البالغ الذي حظي به عبر مختلف الحضارات والعصور فقد تدرج القانون الروماني بين إغائها ثم إقرارها في بعض الحالات مروراً بالوصاية عليها، كما تباينت نصوص القانون الفرنسي القديم في موضوع أهلية المرأة إلى أن اعترف بها في العصر الحديث.

أما الشريعة الإسلامية فوضعية المرأة فيها معروفة من حيث إعطائها حقوقها إلى جانب تحملها مسؤولياتها، إذ جعلها الله تعالى كائناً مستقلاً بذاته حراً مكرماً بالعقل والإرادة، ومن تلك الأحكام الشرعية أخذ المشرع الجزائري القواعد القانونية المنظمة للعلاقات الأسرية وأهمها علاقة الزواج، واحتاج ذلك إلى إقرار شرط الأهلية في طريف التصرف وإظهاره بصورة واضحة بالنسبة للمرأة بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005. لأجل ذلك جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على أهلية المرأة في الزواج مع تبيان الموقف الفقهي والقانوني منها.

إشكالية الدراسة الرئيسية :

وعلى ضوء هذه الدراسة تطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى أخذت الشريعة الإسلامية بأهلية المرأة للزواج وكيف تأثر قانون الأسرة الجزائري بأحكامها؟

المنهج المستخدم :

استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام ثلاث مناهج من أجل الإلمام بجوانبها وتفريعاتها، أولها المنهج الوصفي من خلال ذكر ونقل آراء المذاهب الفقهية الإسلامية في أهلية المرأة للزواج، وأدلتها المعتمدة، مع تبيان الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري في الجزء المخصص لذلك،

وثانيها المنهج التحليلي لمعرفة مضمون ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من خلال شروحات الفقهاء وما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري من خلال تحليل شراح القانون والدارسين للموضوع، وكذا الجمع بين المنهجين المنهج المقارن كالثالث منهج وذلك بالمقارنة بين النظامين الشرعي والقانوني وصولاً إلى الأحكام النهائية المقررة في كل نظام.

التقسيم العام للدراسة:

ولإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا الدراسة إلى مبحثين أساسيين:

المبحث الأول: أهلية المرأة للزواج في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: أهلية المرأة للزواج في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول:

أهلية المرأة للزواج في الشريعة الإسلامية

إذا كان مناط التكليف والخطاب في الشريعة هو البلوغ والعقل، فإن المرأة يتحقق فيها هذا المعنى كما يتحقق في الرجل، فإذا بلغت الأنثى عاقلة صارت مكلفة أثبت لها الشرع حقوقاً وأوجب عليها واجبات. ولعل الزواج من المسائل الشرعية التي حظيت فيها المرأة كزوجة بتأصيل شرعي أدى إلى اختلاف الفقه الإسلامي بشأن إبرام عقد زواجها بالغة وصغيرة. تطرقنا إلى أهلية زواجها بالغة في المطلب الأول (أهلية البالغة العاقلة للزواج في الشريعة الإسلامية) وإلى أهليتها صغيرة في المطلب الثاني (أهلية الصغيرة للزواج في الشريعة الإسلامية).

المطلب الأول: أهلية المرأة البالغة العاقلة للزواج في الشريعة الإسلامية

تعتبر الشريعة الإسلامية المرأة البالغة العاقلة كاملة الأهلية، ولا تمنعها الأنوثة من مباشرة العقود الشرعية وأهمها عقد زواجها، وقد أعطيت لها فيه حرية اختيار زوجها مع مشاوره ولها وأهلها لخطوره العقد وتبعاته المادية والمعنوية. وبذلك أقرت بتزويج البكر البالغة العاقلة (الفرع الأول)، وبتزويج الثيب البالغة العاقلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تزويج البكر البالغة العاقلة

اختلف الفقه الإسلامي في مسألة تزويج البكر البالغة العاقلة نفسها بنفسها دون ولي وفي مسألة ضرورة اشتراط الولي لصحة زواجها.

1- مذهب الحنفية: يجيز للمرأة البكر البالغة تزويج نفسها مادامت لم تسئ إلى أوليائها باختيارها زوجاً غير كفاء ومن المستحب أن يتولى عنها أولياؤها صيغة الزواج، فإذا تولت ذلك بنفسها فزواجها صحيح نافذ لأنه في حدود سلطانها ودليلهم في ذلك قوله عز وجل «فلا

تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن...»¹ وقوله تعالى: «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره...»².

وقوله تعالى: «فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف...»³ واستدلوا أيضا بجملة من الأحاديث النبوية الدالة على جواز انفراد المرأة بتزويج نفسها، واختيارها الولي شرط لصحة عقدتها فقط.⁴

ويلاحظ أن ولاية تزويج المرأة البالغة في المذهب ولاية ندب واستحباب وليست ولاية إجبار وإذا زوجت المرأة نفسها بغير كفاءة، فللولي حق الاعتراض دون إجبارها، وإذا زوجها من غير استئذنانها كان العقد موقوفا على رضاها.⁵

وعليه يحق في المذهب للمرأة البالغة العاقلة أن تتزوج بنفسها بشرط أن يكون زوجها كفاً وبمهر المثل، بل إن لها أن تزوج غيرها⁶، وأن توكل من يزوجه مادامت تملك تزويج نفسها بعبارتها، ومن ثم تملك توكيل غيرها في تزويجها سواء كان الوكيل هو الولي أو غيره.⁷

جاء في الهداية: «كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل غيره به»⁸، وبهذا يكون انفراد المرأة بعقد زواجها ومباشرته بنفسها، دليل في المذهب على كمال أهليتها للتزويج بسبب بلوغها عاقلة مميزة، وما وجود الولي في عقد الزواج إلا صيانة لها ورفعته بمقامها أمام الزوج وأهله، مع إبقاء حقه في الاعتراض على زوج غير كفاء ودون مهر المثل.

2- مذهب الجمهور: يرى جمهور الفقه الإسلامي عدم جواز انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها لصحة شرط الولي الذي يشاركها في اختيار الزوج، وينفرد بتولي الصيغة في العقد، وعليه فالإيجاب عند الجمهور ما صدر من ولي المرأة في عقد الزواج، والقبول ما صدر من الزوج.⁹

وباشتراط جمهور الفقهاء (المالكية - الشافعية - الحنابلة) الولي لصحة زواج المرأة البالغة، تكون الولاية ولاية إجبار لأن البكر تجهل شؤون الزواج وإن كانت بالغة لعدم التجربة بشرط أن يكون الزوج كفاً وبمهر المثل.

واستدلوا بقوله تعالى: «فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن»¹⁰ كما استدلتوا على ضرورة وجود الولي بالأحاديث النبوية التي جاءت في باب اشتراط الولي في الزواج.¹¹

أما في مسألة توكيل المرأة البالغة العاقلة غيرها في عقد زواجها، وإذا كان الحنفية قد أجازوا لها ذلك، فإن الشافعية أجازوا لها أيضا إذا أذنت لوليها ولم تزوج نفسها بنفسها، أما الحنابلة فلم يجيزوا لها ذلك لأنها لا تملك تزويج نفسها بنفسها والمالكية أجازوا توكيل وليها في تزويجها.

الفرع الثاني: تزويج الثيب البالغة العاقلة

اختلف الفقه الإسلامي بشأن تزويج البالغة العاقلة نفسها إذا كانت ثيبا فذهب الحنفية إلى جواز ذلك، وذهب الجمهور، إلى عدم جوازه إلا بحضور الولي.

1- مذهب الحنفية: يجيز للثيب البالغة العاقلة تزويج نفسها ولا يملك أحد تزويجها بغير إذن، وفرق المذهب في زواجها بين حالتين؛¹²

الحالة الأولى: إذا وجد ولي عاصب، يشترط لصحة زواجها أن يكون الزوج كفئا لها ومهرها لا يقل عن مهر المثل.

الحالة الثانية: إذا لم يوجد ولي عاصب لها وباشرت الثيب العقد بنفسها، كان عقد زواجها صحيحا لازما ولو تزوجت بغير الكفاءة أو بأقل من مهر المثل.

وعليه فإن المذهب يعطي المرأة البالغة العاقلة الثيب الحق في تزويج نفسها بعبارتها ولو بدون إذن وليها، للحديث النبوي الذي اعتبرها «... أحق بنفسها من وليها». وهذه الأحقية تشمل إذن لوليها بتزويجها كما تشمل مباشرة الثيب عقد زواج نفسها بنفسها.¹³

2- مذهب الجمهور: لا يجيز للمرأة الثيب تزويج نفسها، ويشترط حضور الولي دون تضيق بين الثيب والبكر، وإن لم يكن لها ولي باشر القاضي عقد زواجها لأن الحاكم ولي من لا ولي له، بشرط رضاها وإذنها، وبهذا يتولى الولي عقد زواجها بعبارته وليس بعبارتها.¹⁴

ولما كان الولي ركنا من أركان عقد الزواج وليس شرط صحة له، اعتبر الجمهور الإيجاب ما صدر من ولي المرأة في العقد، والقبول ما صدر من زوجها.¹⁵

والخلاصة أنه مادام للمرأة البالغة العاقلة كامل الأهلية في التصرف، وكما يجوز انفرادها في عقود البيع والإجارة يجوز انفرادها بكرا وثيبا بإجراء عقد زواجها، وفي هذا إقرار لكامل أهليتها في الزواج عند الحنفية¹⁶. أما الجمهور فيأخذ بعبارته الولي في تزويج البكر والثيب، لأن الولي أقدر على اختيار الزوج المناسب لها ولأن زواجها يهمها وكل أسرتها، فلو كانت بكرا فالولاية عليها ولاية إيجاب، وإن كانت ثيبا فالولاية عليها ولاية اختيار، ولا بد فيها من إذن الولي.¹⁷

وهذا لا يعني أن المرأة ناقصة الأهلية، بل لأن الزواج أمر شخصي واجتماعي يحتاج إلى وجود ولي المرأة وإلى وجود رضاها وإذنها على السواء.¹⁸

المطلب الثاني: أهلية الصغيرة للزواج

ذهب الفقه الإسلامي إلى جواز تزويج الصغار وثبوت الولاية عليهم، لأن الصغر هو الموجب للولاية والصغير عاجز عن تدبير شؤون نفسه، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى:

«وأنكحوا الأيامى منكم»¹⁹ والأيم في لغة العرب من لا زوج له ذكرا أو أنثى، كبيرا أو صغيرا بكرا أو ثيباً.²⁰

ومع جواز تزويج الأنثى الصغيرة - محل دراستنا - ميز الفقه الإسلامي على غرار البالغة العاقلة بين البكر الصغيرة والثيب الصغيرة.

الفرع الأول: تزويج البكر الصغيرة

اتفق الفقه الإسلامي على جواز زواج الصغيرة البكر، لكنهم لم يجيزوا لها تزويج نفسها بإرادتها المنفردة، وذلك لصحة شرط الولي في عقد زواجها²¹، ويجوز للأب تزويج ابنته البكر الصغيرة دون إذننها عند الجمهور (الحنفية المالكية²²، الشافعية²³ والحنابلة²⁴).

والدليل قوله عز وجل: «و اللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن...»²⁵ والآية الكريمة تحكم بصحة طلاق من لم تحضن وهي الصغيرة والطلاق يكون بعد الزواج الصحيح، فجاز تزويج الصغيرة، ومن الأحاديث النبوية التي استدل بها الفقهاء، ما جاء عن زواج رسول الله - ص - بالسيدة عائشة أم المؤمنين - ص -.²⁶

أما تزويج غير الأب للصغيرة البكر، فيجوز عند "الحنفية" بشرط خيارها بعد بلوغها، كما يجوز ذلك في رواية عند "الحنابلة" إذ اشترطوا إذننها وبلوغها سبع سنين، ولا خيار لها بعد البلوغ.²⁷

الفرع الثاني: تزويج الثيب الصغيرة

إن علة ثبوت ولاية التزويج على الصغيرة هي الصغر وليست الثبوبة، لأن الصغر قرينة على قصور عقلها وعجزها عن تدبير شؤونها بنفسها.

ولكن الفقه الإسلامي تمايز بأرائه في مسألة تزويج الثيب الصغيرة.

1- مذهب الجمهور: ذهب الحنفية²⁸ والمالكية²⁹ ورواية عند الحنابلة³⁰ إلى أنه يجوز للأب إجبار الثيب الصغيرة على الزواج كما لو كانت عند الحنابلة إلى أنه يجوز للأب إجبار الثيب الصغيرة على الزواج كما لو كانت بكراً بغير إذننها.

2- مذهب الشافعية³¹ ورواية عند الحنابلة³² لا يجوز للولي تزويج الثيب الصغيرة حتى تبلغ وتختار زوجها، لقوله - ص - «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأمرُ وإذنها سكوتها».³³

والى هذا ذهب ابن شبرمة وأبو بكر الأصب وعثمان البتي في أنه لا يجوز تزويج الصغار مطلقا، أي لا ولاية لأحد في تزويج الصغار حتى يبلغوا ذكورا وإناثا، والا كان الزواج باطلاً³⁴، واستدلوا بقوله عز وجل «وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم...»³⁵، ووجه الدلالة أن علامة انتهاء الصغر هي البلوغ.

وتجدر الإشارة إلى أن الذكورة كشرط لثبوت ولاية التزويج قد اشترطها الفقهاء بخلاف الحنفية الذين أثبتوا ولاية التزويج للمرأة البالغة العاقلة أي الأنثى، فقد جاء عند أبي حنيفة أنه يجوز للمرأة عند عدم وجود عصابات، تزويج الصغيرة، لأن القاعدة عندهم أن كل من يرث له حق التزويج الأقرب فالأقرب.³⁶

والراجع في عصرنا وجوب التفريق بين الصغيرة المميزه وغير المميزه في مسألة زواجها، وقد سبق عصره الفقه الحنفي لما ذهب إلى صحة عقد الصغيرة المميزه إن أذن لها وليها وأجاز تصرفها عند زواجها من كفاء وبمهر المثل وهذا من طرف أبيها أوجدّها، والقاضي في غيابهما، مع بقاء ولاية التزويج ثابتة على الصغير غير المميز لعدم أهليته ذكرًا كان أم أنثى.³⁷

المبحث الثاني:

أهلية المرأة للزواج في قانون الأسرة الجزائري

المرأة في القانون الجزائري شخص كامل الأهلية بعد بلوغها عاقلة راشدة، وناقصها قبل البلوغ. وقد دعم المشرع الجزائري مركزها القانوني في قانون الأسرة بعد تعديله بالأمر 05-02 إذ بين بأحكام جديد إبرام زواجها راشدة وهو محل دراستنا في المطلب الأول (أهلية المرأة الراشدة للزواج)، وقاصره وهذا محل دراستنا في المطلب الثاني (أهلية القاصرة للزواج).

المطلب الأول: أهلية المرأة الراشدة للزواج

تتضح أهلية المرأة الراشدة للزواج من خلال عنصرين أساسيين هما الرضا والولي، ورضاها أصبح ركنا لازما لإبرام عقد زواجها مادام العقد رضائيا ودرسناء في الفرع الأول (رضا المرأة الراشدة). أما الولي فأصبح شرطا من شروط العقد مما جعل ولاية التزويج ولاية اختيار بعدما كانت قبل تعديل قانون الأسرة ولاية إجبار ودرسناء في الفرع الثاني (ولاية تزويج المرأة الراشدة).

الفرع الأول: رضا المرأة الراشدة

يعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج عقدا رضائيا بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي كما جاء في المادة 4 منه³⁸ والعقد الرضائي عقد يكفي لانعقاده اقتران الإيجاب بالقبول، ويكون رضا الطرفين وحده موقدا ومكونا للعقد.³⁹

وقد نص المشرع الجزائري على الرضا باعتباره الركن الوحيد في عقد الزواج في المادة 9 من قانون الأسرة دون تعريفه، مكتفيا بذكره من خلال عنصرين أساسيين هما الإيجاب والقبول، أو ما يعرف بالصيغة في الفقه الإسلامي.⁴⁰

وبالرضا تتضح أهلية المرأة في إبرام زواجها الذي لا ينعقد إلا به مادام يُعبر عن إرادتها الحرة والكاملة ورغبتها الصريحة في اختيار زوجها والارتباط به لتكوين أسرة⁴¹، وهذا تحت طائلة بطلان العقد حسب الفقرة 1 من المادة 33 من قانون الأسرة. ولما جعل المشرع الجزائري الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج، فإنه قد ترك المذهب المالكي الذي يعتبر الولي ركنا من أركانه قبل تعديل قانون الأسرة، وضمه إلى شروطه المذكورة في المادة 9 مكرر من القانون المعدل بالأمر 02-05.⁴²

أما الفقرة 1 في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، فنصت صراحة على مباشرة المرأة الراشدة زواجها بنفسها، وبحضور وليها الذي يكون أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره. والمرأة الراشدة هي كل امرأة بلغت سن الرشد المدني بحيث تصير أهلاً لمباشرة التصرفات القانونية وتحمل ما ترتبها من آثار قانونية⁴³ وعبارته «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها...» الواردة في الفقرة 1 من المادة 11 من نفس القانون تؤكد الأهلية الكاملة للمرأة في إبرام عقد زواجها بسبب رشدها، ورشدها يكون ببلوغها عاقلة.⁴⁴

كما أن عبارة «تعقد المرأة الراشدة زواجها...» وفيها إسناد الفعل إلى المرأة، وتعريف المادة 04 من قانون الأسرة، الزواج بأنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة، يعني أنه لا يتم بين الرجل ووليها.⁴⁵

وإذا كان المشرع الجزائري لم يفرق في المرأة الراشدة بين البكر والثيب، فلأن العبرة عنده ببلوغ المرأة السن القانونية للزواج وهي 19 سنة. والتعبير عن الرضا في عقد الزواج يشترط خلوه من العيوب⁴⁶، ويوجب توافر الأهلية كشرط من شروط العقد⁴⁷، التي يشترط أيضا خلوها من عارض من عوارض الأهلية⁴⁸ المقررة

في المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري. ولقد اعتمد المشرع الجزائري السن المقررة للزواج كمعيار لإقرار أهلية الزواج باعتبار هذا الأخير تصرفا قانونيا بالغ الأهلية، فحدد السن ببلوغ 19 سنة كاملة كقاعدة عامة حسب المادة 7 من قانون الأسرة وبإلترخيص قبل بلوغ تلك السن كاستثناء⁴⁹ وبذلك ساوى المشرع في السن القانونية للزواج بين المرأة والرجل، بعدما ساوى بينهما في بلوغ سن الرشد المدني في المادة 40 من القانون المدني الجزائري.⁵⁰

والبلوغ بالسن يعني اكتمال التمييز لدى الرجل والمرأة، إذ يصبح كلاهما كامل الأهلية لإبرام التصرفات القانونية مع مراعاة شرط عدم الحجر⁵¹ الذي نصت عليه المادة 86 من قانون الأسرة الجزائري «من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني» وعليه فإن توحيد السن القانونية في القانونين الأسرة والمدني، يدل على

إقرار المشرع الأهلية الكاملة للمرأة في إبرام التصرفات القانونية، بما فيها عقد زواجها، وهي مثل الرجل في الحجر وعدم الحجر عليها مع بلوغ سن الرشد.

الخلاصة أن المشرع في تعديله لقانون الأسرة أخذ بالمذهب الحنفي بخصوص مباشرة المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، وولاية وليها على وجه الندب والاستحباب أي ولاية اختيار وليست ولاية إجبار، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، مع وجود بعض الفوارق في جزئيات المسألة.⁵²

الفرع الثاني: ولاية تزويج المرأة الراشدة

تراجع المشرع الجزائري عن موقفه من الولي في عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02، إذ بعدما كان يعتبره ركنًا من أركان الزواج قبل التعديل في المادة 9 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة⁵³، أصبح بعد التعديل بالأمر 05-02 وفي المادة 9 مكرر من نفس القانون، يعتبره شرطًا من شروط صحة العقد، وعند عرضه لأسباب هذا التعديل في نص المشروع التمهيدي لقانون الأسرة، ذكر المشرع الجزائري بأن عقد الزواج يتميز من الناحية القانونية بأنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة من أجل تكوين أسرة على وجه الدوام، أي أنهما المسؤولان عن إنشاء هذه العلاقة الثنائية، لذا اعتبر الركن الوحيد في العقد هو الرضا.⁵⁴

أخذ المشرع الجزائري في المادة 11 الفقرة 1 من قانون الأسرة برأي الحنفية لما اشترط حضور الولي فقط في مجلس العقد دون منحه دورًا حقيقيًا فيه، كما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة بعيدًا عن القرابة والنسب.

وجاء حرف "أو" في المادة المشار إليها آنفا ليساوي في ولاية تزويج المرأة الراشدة بين الأب وغيره ممن تختاره في مجلس العقد، فلها التخيير بصريح لفظ «تختاره».⁵⁵

كما أن عبارة «بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره» تدل على أن دور الولي يقتصر على الحضور فقط في مجلس العقد، وعلى الرغم من هاته الشكليات يبقى حضوره ضروريًا إلى جانب المرأة مادام عقد الزواج تصرف قانوني يرتب حقوقًا والتزامات أسرية عظيمة من جهة، ولأجل حمايتها ومساندتها من جهة أخرى، كما أنه مدعاه بسد باب الشبهات من زنا وزواج عربي ونحوه.⁵⁶

وعليه، وباستقراء نصوص ولاية تزويج المرأة الراشدة في قانون الأسرة الجزائري يتبين أنه لم يعد للولي أي تأثير على عقد زواجها، والدليل أن غيابها عن مجلس العقد لا يبطل هذا الأخير ولا يفسده، ولا يوقفه على موافقته⁵⁷. وحق المنع في الزواج لم يعد أيضًا للولي حسب المادة 12 من قانون الأسرة مادامت ولايته ولاية اختيار أي ولاية ندب واستحباب وفقًا لرأي الحنفية.

وانتقال الولاية إلى الأبعد مع وجود الأقرب أو عند غيبته خالف فيه المشرع مذهب الجمهور الذي لا يجيز هذا الانتقال فيها⁵⁸. أما جزاء تخلف شرط الولي في عقد الزواج، فجاء في الفقرة 2 من المادة 33 من قانون الأسرة ويمكن تقسيمها إلى حالتين:

1- إذا تخلف الشرط قبل الدخول، لا تستحق الزوجة الصداق ويفسخ العقد.

2- إذا تخلف الشرط بعد الدخول، ثبت الزواج بمهر المثل، واعتبر صحيحا.

وعليه فإن المشرع الجزائري وتأثرا أيضا بالمذهب الحنفي في مسألة جزاء تخلف شرط الولي، اعتبر زواج البالغة الراشدة دون إذن وليها صحيحا إذا كان من زوج كفاء وبمهر المثل بكرة أو ثيبا.⁵⁹

المطلب الثاني: أهلية القاصرة للزواج

تعتبر القاصرة شخصا ناقص الأهلية لإبرام التصرفات القانونية، إلا أن قانون الأسرة يسمح بزواجها قبل بلوغ السن القانونية المطلوبة، بل ويعتد برضاها في إبرام عقد الزواج، مما يجعل الولاية عليها ولاية اختيار. أما ترخيص القاضي لزواجها صغيرة قالية قانونية لا بد منها عند تحقق شروطها، جاءت حماية لمصلحتها وتعبيرا عن نقص أهليتها.

الفرع الأول: رضا القاصرة في عقد الزواج

جاء النص على تزويج القاصرة في المادة 11 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري، وفيه أنه ليس لها أن تبشر عقد زواجها بنفسها بل لوليها وهو الأب أو أحد الأقارب الأولين، أو القاضي في غيابهم لأنه ولي من لا ولي له، وهذا خلافاً للمرأة الراشدة التي لها أن تختار وليها. وإذا لم يكن للقاصرة إبرام عقد زواجها بنفسها، إلا أنه لا يمكن لوليها أن يجبرها على الزواج أي أن يزوجه بدون موافقتها تطبيقا لنص المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري. والحصول على موافقة القاصرة على الزواج يؤكد مبدأ الرضائية لإبرام عقد الزواج، فباختلال الرضا كركن أساسي يبطل هذا العقد⁶⁰. لذلك فإن مهمة الولي تشمل تزويج القاصرة بمراعاة رأيها وأخذ موافقتها.⁶¹

بهذا يتولى الولي زواج القاصرة من خلال تنفيذ ركن الرضا أي دون إجبارها على الزواج أو تزويجها بغير موافقتها مما يجعل ولايته، ولاية اختيار وليست ولاية إجبار.

والخلاصة أنه ليس للقاصر أن تبشر عقد زواجها بنفسها، ووليها يتولى ذلك حسب الترتيب الوارد في المادة 11 الفقرة 2 من قانون الأسرة، ولا يجوز للولي سلطة الإجبار على الزواج أو التزويج دون موافقة المعني بالأمر أي القاصرة لأنها الطرف الحقيقي في عقد الزواج. ويلاحظ أن ولاية التزويج حسب المشرع الجزائري وفي قانون الأسرة هي ولاية اختيار وليست ولاية إجبار سواء في زواج المرأة الراشدة أو زواج القاصرة أخذا برأي الحنفية.

الفرع الثاني: الترخيص لزواج القاصرة

تثبت ولاية القاضي على القاصرة عند غياب الأب أو أحد الأقارب الأولين حسب المادة 11 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري والمشرع بهذا الحكم يخالف مذهب المالكية الذي يجعل الولاية على الصغيرة للأب أو وصيه⁶². ويتولى القاضي تزويج القصر (ذكرا وأنثى) من خلال منحه ترخيصا قضائيا لهم، والترخيص يثبت بأن أهلية الزواج بالنسبة للمشرع الجزائري هي أهلية إبرام عقد الزواج وليست أهلية صلاحية الرجل والمرأة للزواج التي تثبت بالبلوغ ومادام يجوز للقاصر أن يتزوج قبل بلوغه السن المحددة لذلك، يمنحه القاضي ترخيصا لإبرام العقد⁶³. إن الترخيص القضائي الوارد في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري «... وللقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرته الطرفين على الزواج.» يدل على عدم انفراد القاصر بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فإذا كان يسمح بالزواج لمن لم يبلغ السن المحددة لذلك أي 19 سنة، فإن القانون سمح له من خلال الترخيص القضائي بالزواج قبل بلوغها⁶⁴. غير أن تزويج القاصرة في هذه الحالة متوقف على توافر جملة من الشروط القانونية، وهي المصلحة والضرورة، مع التأكد من مدى قدرته الطرفين على الزواج وفق ما جاء في المادة 7 المذكورة آنفا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على الحد الأدنى لسن زواج القصر، كما لم يبين مفهوم المصلحة والضرورة مع مدى قدرته الطرفين على الزواج، وهذا معناه رجوع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية كما أحوالته إليها المادة 222 من قانون الأسرة أضف إلى ذلك غياب نص قانوني يبين إذن الولي من عدمه عند ترخيص القاضي بزواج القاصر وقد انقسم شراح القانون في ذلك بين مؤيد للإذن وغير مؤيد له، إذ يرى المؤيدون لإذن الولي بأن القاضي لا يستقل بإرادته وحده في عقد الزواج، مادام القاصر يخضع لقواعد الأهلية والولاية على المال فلا يكون زواجه نافذا دون موافقة الولي على المال.

أما الرأي غير المؤيد لإذن الولي مع وجود ترخيص القاضي، فيرى أن القانون لم ينص على ذلك، وبالتالي يقتصر دور الولي الممثل القانوني للقاصر في تقديم طلب الترخيص القضائي فقط⁶⁵.

ويبقى التنبؤ به بأن للقاضي دورا أساسيا في زواج القاصرة، لأنه من خلال الحكم بالترخيص يقضي في التعارض بين مصلحة الولي ومصلحة القاصرة مرجحا مصلحة هذه الأخيرة⁶⁶.

والخلاصة أن المشرع الجزائري اعتبر رضا القاصرة في الزواج رضا كاملا يأخذ حكم رضا الراشدة، بل إنه قد أولى رضاها اهتماما أكثر من وليها لما جعل ولاية تزويجها لها ولاية اختيار فمنعه من إجبارها على الزواج أو تزويجها بدون موافقتها، أما القاضي فيمنح القاصرة

ترخيصا للزواج بعد التأكد من توافر شروطه وتحققها مرجحا مصلحتها. وفي ذلك حماية لنقص أهليتها وعدم بلوغها السن المحددة للزواج.

خاتمة:

تعتبر الشريعة الإسلامية الأصل الشرعي والتشريعي في أهلية المرأة للزواج، فكل النصوص القانونية في قانون الأسرة الجزائري مستمدة منها سواء فيما تعلق بالمرأة الراشدة أو القاصرة، واختلاف المذاهب الفقهية في زواج المرأة قبل البلوغ وبعده أعطى تنوعاً في الحلول الشرعية بشأن التفاصيل والجزئيات الخاصة بزواج الأنثى.

وهو ما نهجه المشرع في قانون الأسرة قبل التعديل لما أخذ بالمذهب المالكي وبعد التعديل لما تأثر بالمذهب الحنفي الذي عزز المركز القانوني للمرأة عند إجراء أهم تصرف في حياتها وهو الزواج.

أولاً- النتائج:

بعد دراسة الموضوع من الناحيتين الشرعية والقانونية توصلنا إلى النتائج الآتية:

1- استمد المشرع الجزائري أحكام أهلية الزواج قبل البلوغ وبعده، من الشريعة الإسلامية، وقد تأثر بالمذهب الحنفي بعد تعديل 02-05.

2- ساوى المشرع الجزائري بين الذكر والأنثى في بلوغ سن الرشد وسن الزواج بأن جعلها 19 سنة.

3- أصبح الرضا ركناً في عقد الزواج، وغيره شروطاً فيه، مما عزز المركز القانوني للمرأة الراشدة والقاصرة في إبرام عقد زواجهما، خلافاً لمركز الولي الذي زالت عنه ولاية الإيجاب والمنع.

4- إنَّ الولاية تثبت للضرورة، وتثبت قبل الرشد لنقص الإدراك.

5- أصبحت ولاية تزويج المرأة اختيارية، يرجع فيها إلى إذن المرأة وأخذ موافقتها على الزواج راشدة وقاصرة.

6- لم تتأثر النصوص القانونية الخاصة بزواج القصر فلم يعرف المشرع المصلحة والضرورة ولم يحدد السن الأدنى للزواج.

ثانياً- الاقتراحات:

1- استبدال عبارة (المرأة الراشدة) بعبارة (البالغة العاقلة)، لأن الراشدة قد تكون عديمة الأهلية.

2- النص على زواج القصر من الناحية الموضوعية في قانون الأسرة وعدم الاكتفاء بفقرات تخص الترخيص والولاية.

- 3- النص صراحة على ولاية تزويج الأم لأبنائها القصر بعد وفاء الأب أو معه، لأن المادة 87 من قانون الأسرة غير كافية.
- 4- ضرورة تحديد السن الأدنى لزواج القصر.
- 5- النص على فسخ زواج القاصرة قبل الدخول عند بلوغها سن الرشد.
- 6- إعادة تنظيم النصوص القانونية المتعلقة بناقص الأهلية وتصرفاته مع تحديد أولياته وترتيبهم.

الهوامش:

- ¹ - سورة البقرة، الآية 232.
- ² - سورة البقرة الآية 230.
- ³ - سورة البقرة، الآية 234
- ⁴ - رواد أبو داود، حديث 2100، رواد مسلم حديث رقم 1461.
- ⁵ - محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، الجزء 5، (د.ط)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993، ص 10.
- ⁶ - العربي بلحاج، التوجيه في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص ص 123-124.
- ⁷ - عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية الجزء 6، الطبعة 3، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، 1997، ص 482.
- ⁸ - المرجع نفسه، ص 486.
- ⁹ - شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج الجزء 3، الطبعة 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، ص ص 198-200.
- ¹⁰ - سورة البقرة، الآية 232.
- ¹¹ - رواد أبو داود، حديث رقم 2085، رواد مسلم، حديث رقم 1461، رواد الترمذي، حديث رقم 1101.
- ¹² - حسين حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد 2، الطبعة 2، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1997، ص ص 35-36.
- ¹³ - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 462.
- ¹⁴ - المرجع نفسه، ص 462.
- ¹⁵ - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري أطروحة دكتوراه جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2008-2009، ص 29.
- ¹⁶ - محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص 385.
- ¹⁷ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 12.
- ¹⁸ - هناء فوزي محمد علي ربابعة، الأهلية للزواج بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، فقه وتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2013، ص 8.
- ¹⁹ - سورة النور الآية 32.

- 20 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 9، الطبعة 4، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 1997، ص 668.
- 21 - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد 4، الطبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص 21.
- 22 - يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء 2، الطبعة 2، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، 1980، ص 52.
- 23 - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، الجزء 3، ص 14.
- 24 - منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن الإقناع الجزء 5، (د.ط.) دار الفكر، بيروت، لبنان، 1962، ص 4.
- 25 - سورة الطلاق، الآية 4.
- 26 - رواد البخاري حديث رقم 5133، رواد مسلم حديث رقم 1422.
- 27 - البهوتي، المرجع السابق، الجزء 5، ص 46.
- 28 - السرخسي، المرجع السابق، الجزء 4، ص ص 217 - 248.
- 29 - ابن عبد البر، المرجع السابق، الجزء 2، ص 522.
- 30 - البهوتي، المرجع السابق، الجزء 5، ص 43.
- 31 - الشربيني، المرجع السابق، الجزء 3، ص ص 198 - 199.
- 32 - ابن قدامة، المرجع السابق، ص 399.
- 33 - رواد مسلم حديث رقم 1419، حديث رقم 1421، رواد البخاري حديث رقم 6968.
- 34 - ماهر نعيم سرور، التوثيق وآثاره في الزواج والطلاق، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص 167.
- 35 - سورة النساء، الآية 6.
- 36 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 3، الطبعة 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 360 وما بعدها.
- 37 - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء 3، الطبعة 1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ص 6.
- 38 - الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فيفري سنة 2005 المعدل والمتمم بالقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005.
- 39 - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المفردة، ط 1، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص 59.
- 40 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 368.
- 41 - فاطمة بن الشيخ، مصطفى عبد النبي، حماية حقوق الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة غرداية، الجزائر، المجلد 6، العدد 1، السنة 2022، ص 1422.
- 42 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 399.
- 43 - أم الخير بوقرة، مبدأ صحة التراضي في إطار إبرام عقد الزواج، مجلة البحوث الأسرية، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 1، العدد 2، 2021، ص 26.
- 44 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 368.

- 45 - المرجع نفسه، ص 368.
- 46 - أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص ص 30-35.
- 47 - أنظر المادة 9 مكرر من قانون الأسرّة الجزائري.
- 48 - فاطمة بن الشيخ، مصطفى عبد النبي، المرجع السابق، ص 1442.
- 49 - أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 26.
- 50 - الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.
- 51 - أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 26.
- 52 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 388.
- 53 - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرّة، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان سنة 1984.
- 54 - محمد الطاهر بلموهوب، الذكورة والأنوثة وأثرهما في تشريع الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2007، ص ص 132 - 133.
- 55 - محمد الطاهر بلموهوب، المرجع السابق، ص 133.
- 56 - فاطمة بن الشيخ، مصطفى عبد النبي، المرجع السابق، ص 1422.
- 57 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 399.
- 58 - المرجع نفسه، ص 399.
- 59 - محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص ص 404-405.
- 60 - أنظر المادة 33 من قانون الأسرّة الجزائري.
- 61 - أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 37.
- 62 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 424.
- 63 - المرجع نفسه، ص 425.
- 64 - أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 27.
- 65 - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرّة الجزائري، ط 1، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2009، ص 3.
- 66 - جيلالي تشوار، حماية الطفلة عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 1، رقم 1، 2000، ص 23.

