

المرسوم الرئاسي رقم 16 - 254 وأثره على أحكام الترخيص القضائي بزواج القاصر

في التشريع الجزائري

Presidential Decree No. 16-254 and its impact on the provisions of the judicial authorization of the marriage of a minor in Algerian legislation

الدكتور أحمد شامي

Dr: Ahmed CHAMI

أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيارت

Professor, Université Ibn khaldoun – Tiaret

ahmedchami04@hotmail.fr

الدكتورة فيروز بن شنوف

Dr: Fayrouz BENCHANNOUF

المركز الجامعي تيسمسيلت

University Center of Tissemsilt

fayrouzben@hotmail.com

تاريخ النشر: 2020/12/27

تاريخ القبول: 2020/12/02

تاريخ إرسال المقال: 2019/09/28

ملخص:

تعالج هذه الورقة البحثية المرسوم الرئاسي رقم 16 - 254 المؤرخ في 27 / 09 / 2016 وأثره على أحكام الترخيص القضائي بزواج القاصر في التشريع الجزائري، حيث نصت المادة 07 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 - 02 المؤرخ في 27 / 02 / 2005 على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. يكتسب الزوج القاصر أهلية الرجل التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". فالملاحظ من خلال أحكام هذه المادة أن المشرع الجزائري قد ساوى بين الجنسين بالنسبة لأهلية الزواج وذلك ببلوغهما تسعة عشر 19 سنة، ولكن المشرع خول للقاضي صلاحية في منح الترخيص بالزواج للفتاة إذا ادعت الضرورة والمصلحة.

لكن بالرجوع إلى أحكام المادة 06 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 16 - 254 المصادق للميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا التي نصت على أنه: "تسهر الدول الأطراف على تمتع الرجل والمرأة بحقوق متساوية واعتبارهما شريكين متساويين في الزواج. وفي هذا الصدد، تقوم الدول الأطراف باعتماد الإجراءات التشريعية المناسبة لضمان ما يأتي: - يكون الحد الأدنى لسن الزواج بالنسبة للفتاة 18 سنة". وعليه، يتضح لنا من خلال أحكام هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اعتبر أهلية الفتاة بالنسبة للزواج هي ثمانية عشر 18 سنة، بخلاف الرجل الذي اعتبرها تسعة عشر 19 سنة طبقاً لأحكام المادة 07 من الأمر 05 - 02. لهذا فقد تشكل أحكام الفقرة الثانية من المادة 06 من المرسوم الرئاسي 16 - 254 عائقاً أمام القاضي بالنسبة لمسألة الترخيص القضائي بترشيح زواج الفتاة القاصر، وكذلك نفس الشيء بالنسبة للفتى.

كلمات مفتاحية:

زواج القاصر ، أهلية الزواج، ترخيص قضائي، تقدير القاضي.

Abstract:

This research paper deals with Presidential Decree No. 16-254 of 09/27/2016 and its impact on the provisions of the judicial license to marry a minor girl in the Algerian legislation, where Article 07 of the Family Law No. 11-114 amended and completed by virtue of Ordinance 05-02 of 27 02/02/2005 states: "The capacity of a man and a woman to marry shall be completed by 19 years, and the judge may authorize marriage before that in the interest or necessity, whenever the ability of the parties to marry is confirmed."

A minor husband acquires the capacity of a man to sue in relation to the effects of the marriage contract from rights and obligations.

It is noticed through the provisions of this article that the Algerian legislator has equalized the sexes with regard to the eligibility of marriage by reaching the age of 19 years, but the legislator has granted the judge the authority to grant marriage licenses to the boy and girl if they claim necessity and interest

However, by referring to the provisions of Article 06 in its second paragraph of Presidential Decree No. 16-254 of the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, which states that: "States Parties shall ensure that men and women enjoy equal rights and are considered equal partners in marriage. In this regard, the states parties shall adopt the appropriate legislative measures to ensure the following: - The minimum age for marriage for a girl is 18 years.

Accordingly, it is clear to us through the provisions of this paragraph that the Algerian legislator considered the eligibility of the girl in relation to marriage is eighteen 18 years, unlike the man who considered her nineteen 19 years according to the provisions of Article 07 of the Order 05-02. Therefore the provisions of the second paragraph of Article 06 may constitute From Presidential Decree 16 - 254 an

impediment to the judge regarding the issue of judicial licensing to rationalize the marriage of a minor girl, as well as the same for the boy.

Key words:

Minor marriage, Marriage eligibility, Judicial authorization, Judge appreciation.

تمهيد:

لقد اهتم المشرع الجزائري بالقاصر سواء قبل الزواج أو بعده، حيث اشترط أهلية التصرف في إبرام عقود الزواج، وهنا يعتبر عنصر الأهلية من العناصر الجوهرية لصحة وسلامة التصرفات، سواء أكانت شخصية أم مالية. ولا يتمتع الإنسان بأهلية الأداء مرة واحدة، بل يتمتع بها تدريجياً وفق تدرج نموه العقلي، مادام التمييز مناط التصرفات.

فإذا كان أحد أطراف العقد قاصراً فإن المشرع يضيف على هذه العلاقة ميزة خاصة بذلك، وبخضوع القاصر إلى جملة من الأحكام، لا بد من تطبيقها على تصرفاته من أجل تحقيق مصلحته والحفاظة على حقوقه، وتنقسم هذه التصرفات إلى ضارة ضرراً محضاً مآلها البطلان، كالهبة. أما النافعة فتبقى صحيحة كقبول التبرع، والمتردة بين النفع والضرر فتتعدد بإجازة وليه كالزواج.

وعليه، فإن الزواج حق لكل فرد مؤهل له فلا مانع من ممارسته، غير أن هذا الحق قد يستفيد منه لم يتأهل له سناً، وحفاظاً على مصلحة القاصر في مسائل الزواج، ودرواً لتعسف بعض الأولياء في ممارسة حق الولاية على هؤلاء لتحقيق أغراض شخصية أو إرضاء لعرف عشائري، وبسطاً لمبدأ وسلطان الدولة، تدخل المشرع الجزائري بواسطة القضاء لضمان زواج القاصر فأخضع إبرامه لترخيص قضائي. حيث نصت المادة 07 من الأمر 05 - 02 على أن: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

فالملاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد ساوى بين الجنسين بالنسبة لأهلية الزواج وذلك ببلوغهما سن 19 سنة، ولكن المشرع خول للقاضي صلاحية في منح الترخيص بالزواج للفتى إذا ادعت الضرورة والمصلحة، كما خول للزوج القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة وإثبات النسب وحضانة وغيرها.

لكن بعد المرسوم الرئاسي رقم 16 - 254 المؤرخ في 27/09/2016، المصادق على الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا، حيث نصت المادة 06 في فقرتها الثانية على أنه: "تسهر الدول الأطراف على تمتع الرجل والمرأة بحقوق متساوية واعتبارهما شريكين متساويين في الزواج. وفي هذا الصدد، تقوم الدول الأطراف باعتماد الإجراءات التشريعية المناسبة لضمان ما يأتي: - يكون الحد الأدنى لسن الزواج بالنسبة للفتاة 18 سنة".

فالملاحظ هنا أن المرسوم الرئاسي السالف الذكر حدد أهلية الزواج بالنسبة للفتاة هي بلوغها سن ثمانية عشر 18 سنة، بخلاف الرجل فإن أهلية الزواج لديه تكون ببلوغه سن تسعة عشر 19 سنة.

لهذا، يمكن لنا طرح التساؤلات الآتية: ما مدى تأثير أحكام المرسوم الرئاسي 16 - 254 على أحكام الأهلية في عقد الزواج؟ وهل أثر على أحكام الترخيص القضائي بزواج القاصر؟

وللإجابة على هاته التساؤلات سنوزع الدراسة إلى مطلبين؛ حيث سنتناول في المطلب الأول أهلية الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أما في المطلب الثاني سنتكلم عن تأثير المرسوم الرئاسي 16 - 254 على الزواج القاصر.

المطلب الأول: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

سنتناول في هذا المطلب أهلية الزواج في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، ثم بعد ذلك سنتكلم عن أهلية الزواج في التشريع الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي:

إن فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى لم يحددوا بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية تأتي بعد مرحلتى الطفولة والتميز، وهي تظهر بعلامات طبيعية للشخص بحيث بوجود واحدة من هذه العلامات يعتبر الشخص بالغاً، وأن هذه العلامات اثنتان يشترك فيها كل من الفتى والفتاة وهما؛ الإنزال وإثبات شعر العانة.

وهناك علامات توجد في الفتى كالاحتلام، وفي الفتاة كالحيض، ولكن في حالة ما إذا تأخرت هذه العلامات فعندئذ حدد الفقهاء أهلية الزواج بسن معينة، بحيث قدرها جمهور الفقهاء (الشافعية والحنابلة) بخمسة عشر 15 سنة للذكور والإناث¹، أما الحنفية فقالوا بأن البلوغ الفتى يتحقق ببلوغه ثمانية عشر 18 سنة، أما بالنسبة للفتاة فيكون ذلك ببلوغها سبعة عشر 17 سنة²، في حين ذهب المالكية إلى أن سن البلوغ بالنسبة للفتى والفتاة هو ثمانية عشر 18 سنة³.

وعلى هذا، فإن الصبي المميز يجوز له أن يعقد زواجه عند أغلب الفقهاء، ولكنه يكون موقوفاً على إجازة وليه الشرعي⁴، على أنه متى ظهرت فيه إحدى علامات البلوغ الطبيعية، جاز له أن يعقد الزواج بنفسه؛ وهذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وَابْتَئِلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾⁵، وهنا دلالة على أن بلوغ سن النكاح هو علامة انتهاء الصغر، وقال بعض فقهاء الشريعة الإسلامية بعدم صحة زواج الصغار قبل البلوغ، باعتبارهم غير قادرين على تحمل أعباء الزوجة المادية منها والمعنوية⁶، أما بالنسبة للصغير غير المميز لا ينعقد الزواج بعبارته قولاً واحداً.

الفرع الثاني: أهلية الزواج في التشريع الجزائري:

بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 63 - 224 المؤرخ في 29 / 06 / 1963، فإن المشرع الجزائري حدد سن الزواج بالنسبة للرجل ببلوغه سن ثمانية عشر 18 سنة، أما المرأة ببلوغها سن ستة عشر 16 سنة⁷، أما في قانون الأسرة رقم 84 - 11 لم تكن مسألة الأهلية منسجمة ما بين القانون المدني وقانون الأسرة، حيث كان سن الرشد المدني بتسعة عشر 19 سنة⁸، بينما في قانون الأسرة رقم 84 - 11 فقد كانت أهلية الرجل تكتمل ببلوغه سن واحد وعشرون 21 سنة، أما المرأة ببلوغها سن ثمانية عشر 18 سنة⁹، ونتيجة لذلك فإن الشخص قد يبلغ سن الرشد طبقا للقانون المدني في حين أنه غير مؤهل للزواج طبقا لأحكام قانون الأسرة، كما أن المرأة تكون كاملة وفقا لقانون الأسرة دون أن تبلغ سن الرشد المدني؛ غير أنه بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 05 - 02 فقد حددها المشرع بتسعة عشر 19 سنة كاملة للرجل والمرأة من خلال أحكام المادة 07 بقولها: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."¹⁰، وبأن يكونا كاملَي الأهلية ودون أي عارض من عوارضها طبقا لأحكام المادة 81 من قانون الأسرة¹¹.

فالملاحظ هنا أن المشرع قد ساوى بين الجنسين، لاعتبارات سن الرشد القانوني والمالي، وتبعات الحياة الزوجية المادية والمعنوية، ومسؤوليات الزواج الحسيمة والخطيرة، وكذا العوامل البيولوجية والنفسية.

فأهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ، بأن يكون الزوجان بالغين عاقلين، وتحديد السن الأدنى للزواج اقتبسه المشرع الجزائري من القوانين المقارنة، التي تتفق اليوم على منع زواج الصغار غير القادرين على تحمل تكاليف والتزامات الزوجية المادية والمعنوية؛ وهنا يكون تقدير سن الزواج وقت إبرام عقد الزواج، وليس وقت الدخول، ويعتمد في ذلك على دفتر الحالة المدنية عند وجوده، أو شهادة الميلاد المستخرجة من سجلات الحالة المدنية للزوجين¹².

لكن بالرجوع إلى أحكام المادة 06 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 16 - 254 المصادق للميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا التي نصت على أن: "تسهر الدول الأطراف على تمتع الرجل والمرأة بحقوق متساوية واعتبارهما شريكين متساويين في الزواج. وفي هذا الصدد، تقوم الدول الأطراف باعتماد الإجراءات التشريعية المناسبة لضمان ما يأتي: - يكون الحد الأدنى لسن الزواج بالنسبة للفتاة 18 سنة"¹³.

فالملاحظ من خلال أحكام هذا المرسوم الرئاسي أن المشرع الجزائري اعتبر أهلية الزواج بالنسبة للفتاة هي ثمانية عشر 18 سنة، وذلك باعتبار أن الاتفاقية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون طبقا لأحكام المادة 150 من دستور 1996 المعدل بموجب القانون 16 - 01 بقولها: "المعاهدات التي يصادق رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون"¹⁴.

لهذا، فإن أهلية الزواج بالنسبة للفتاة هي بلوغها سن ثمانية عشر 18 سنة، بخلاف الرجل فإن أهلية الزواج لديه تكون ببلوغه سن تسعة عشر 19 سنة طبقا لأحكام المادة 07 من قانون الأسرة، وذلك لأن الاتفاقية المصادقة عليها من طرف رئيس الجمهورية تسمو على القوانين الداخلية، وباعتبار أن قانون الأسرة من القوانين العادية، فإن أحكام هذه المادة من الاتفاقية تسمو على أحكام المادة 07 من الأمر 05 - 02.

وباعتبار أن الاتفاقية السالفة الذكر المصادق عليها بموجب الأحكام المرسوم الرئاسي 16 - 254، نصت على أن الرجل والمرأة يتمتعان بحقوق متساوية واعتبارهما شريكين متساويين في الزواج، وتكريسا لمبدأ المساواة فإنه يجب على المشرع الجزائري تعديل أحكام المادة 07 من قانون الأسرة، حيث تصبح أهلية الزواج بالنسبة للرجل المرأة ببلوغهما ثمانية عشر 18 سنة، كما هو معمول به في التشريع المغربي¹⁵.

المطلب الثاني: تأثير أحكام المرسوم الرئاسي 16 - 254 على الزواج القاصر:

وهنا سنتطرق إلى تزويج القاصر في الفقه الاسلامي في الفرع الأول، ثم بعد ذلك سنتكلم عن تزويج القاصر على ضوء أحكام الأمر 05 - 02 والمرسوم الرئاسي 16 - 254 في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تزويج الفتاة القاصر في الفقه الإسلامي:

إن جمهور الفقهاء لم يختلفوا في أن يكون كل من العاقلين أهلا لمباشرة العقد، أي أن يكون المباشر لها متمتعا بصلاحيات إصدارها، وفي ذلك يقول سبحانه عز وجل: {وَابْتُلُوا النِّسَاءَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ} ¹⁶، يعني القدرة على الوطاء، وقد جعل الله تعالى سن البلوغ وقتا يكتمل فيه العقل الإنساني، وربط الشارع التكليف به لأنه أمر ظاهر منضبط يدرك بالحس، فمن بلغ الحلم ولم يظهر خلل في قواه العقلية صار مكلفاً، وقوله صلى الله عليه وسلم: (رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل) ¹⁷، وإن لم تظهر علامات البلوغ اعتبر الشخص بالغاً إذا وصل إلى نهاية سن البلوغ المعتادة، غير أن الفقهاء اختلفوا في السن التي ينبنى عليها الزواج بين الخامسة عشر 15 والثامنة عشر 18 سنة ¹⁸.

والخلاف الواقع بين الفقهاء يخص تزويج الصغار ما دون البلوغ، من حيث جوازه وصحته ومن ثم نفاذه، ويمكن إيجاز أقوالهم فيما يلي:

- الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) ¹⁹، إلى ثبوت الولاية على

الصغير والصغيرة، ويجوز لوليهاما الشرعي تزويجهما، واستدلوا على ذلك بما يلي:

أ - من الكتاب: دل على جواز تزويج الصغيرة قوله تعالى: {وَاللَّائِي يَمْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ...} ²⁰، فهذه الآية جعلت عدة اللائي لم يحضن ثلاثة أشهر 03 والصغيرة التي لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر، والعدة لا تكون إلا من طلاق في نكاح أو في فسخ النكاح، فدل ذلك على أن الصغيرة تزوج وتطلق وزواجها صحيح ²¹.

ب - من السنة: أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج السيدة عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة، ولا دليل على خصوصية ذلك بالنبي صلى الله عليه وسلم، بل ورد ما يدل على عدم الخصوصية، وقد نقل عن عدد من الصحابة ما يدل على أن زواج الصغار كان جائزاً عندهم، فقد زوج علي - كرم الله وجهه - ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ووجه الدلالة أن وقوع ذلك من الصحابة دليل على جوازه، ولو كان غير جائز لما فعلوه ²².

ج - من الإجماع: أجمع الصحابة والفقهاء الإسلامي على جواز تزويج الولي لموليته الصغيرة وإجباره لها وإن كرهت الزواج، وفي هذا يقول ابن قدامة: "قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أن انكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفاء، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها"²³.

د - من الآثار: فقد استدلو بما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما زوج بنتا له صغيرة من عروة بن الزبير رضي الله عنهما. وما روي أن عروة ابن الزبير رضي الله عنهما زوج ابن أخته لابن أخته وكانا صغيرين. وما روي أن علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - زوج ابنته أم كلثوم وهي صغيرة إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه²⁴.

هـ - من المعقول: ما يرجحه العقل أن الزواج من جملة المصالح سواء في حق الذكر أو الأنثى لما اشتمل عليه من أغراض ومقاصد، الأمر الذي لا يتحقق إلا بين الأكفاء، ومعلوم أن الكفاء لا يتوفر في كل وقت، وإنما في وقت دون وقت، وعساه يتوفر في الصغر ويفوت بعد البلوغ والحلم، فوجب الاحتياط لمصلحة الصغيرة بتزويجها²⁵.

- الرأي الثاني: ذهب (ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصبم)²⁶، إلى أنه لا ولاية لأحد في تزويج الصغير أو الصغيرة حتى يبلغا ويأذنا، وهم بذلك لا يفرقون بين الصغير والصغيرة، ولا يفرقون بين الأب وغيره من الأولياء، فزواج الصغار عندهم باطل لا يترتب عليه أي أثر²⁷، ودليلهم في ذلك المنقول والمعقول:

أ - من الكتاب: استدل أصحاب هذا الرأي من المنقول بقوله تعالى: { وَابْتُلُوا آلِيَنَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ }²⁸ ووجه الدلالة أن الآية جعلت البلوغ علامة لانتهاء الصغر، فلو كان يصح الزواج في سن الصغر لما كان للآية معنى²⁹.

ب - من المعقول: أما من المعقول بقولهم لا فائدة للصغير من هذا العقد، إذ الزواج للمعاشرة والسكن والتناسل، وكل ذلك لا يترتب على زواج الصغار، بل قد يكون فيه إضرار بهم، وإجبار لهم على حياة أبدية دون التأكد من الانسجام بين الزوجين، فما وجه الحكمة في جواز هذا العقد، والولاية إنما شرعت لرعاية مصالح الصغار، ودفع الأذى عنهم³⁰.

الترجيح: بعد عرض خلاف الفقهاء في حكم تزويج القاصر يظهر لنا بأن الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين يجيزون تزويج القاصر من قبل وليها إذا رأى مصلحة من وراء ذلك، ودفعاً للمفاسد الظنية للعزوبة، في هذا يشترطون الحنابلة بأنه يجوز مشاوره القاضي في تزويج الصغار، فإذا تزوجت الصغيرة بغير إذن وليها، فإن لهذا الأخير الحق في فسخ النكاح سواء كان قبل البناء أو بعده³¹. وفي هذا يقول عز الدين بن عبد السلام: (ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها... وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها نص ولا إجماع ولا قياس خاص)³².

الفرع الثاني: تزويج القاصر في ظل أحكام الأمر 05 - 02 والمرسوم الرئاسي 16 - 254:

إن المشرع الجزائري اعتبر الزواج عقدا رضائيا يبنى على إرادة حرة بين طرفيه، أي هو من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة³³، لما يترتب عليه من الالتزامات مادية والواجبات الاجتماعية الأسرية، بل لا بد أن تكون الإرادة صادرة من عقل يُميز ما ينفعه وما يضره، وبلوغ ينم على استعداد نفسي طبيعي للوطء، حيث نصت المادة 04 من الأمر 05 - 02 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". كما نص على شروط صحة عقد الزواج من خلال أحكام المادة 09 مكرر من نفس الأمر، ومن بين هذه الشروط أهلية الزوجين، حيث نصت المادة 07 بقولها: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية الرجل التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". فالمرجع من خلال أحكام الأمر 05 - 02 حدد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة بتسعة عشر 19 سنة، وغايته من وراء ذلك هو بناء مؤسسة الزواج على أسس متينة، فبغض النظر عن البلوغ الجنسي الذي أصبح خصوصا في عصرنا الحالي غير كاف لإبرام عقد الزواج، لهذا وجب تنظيم السن الذي تتحقق من ورائه أهداف الزواج، وذلك لتحقيق سلامة الفرد والمجتمع.

فإذا كانت القاعدة التي ارتضاها المشرع الجزائري هو بلوغ الرجل والمرأة سن تسعة عشر 19 سنة، وهو نفس سن الرشد القانوني³⁴، إلا أن لكل قاعدة استثناء، حيث خول المشرع للقاضي سلطة في منح الترخيص بزواج القاصر³⁵. لهذا، فإنه يجوز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو ضرورة، إذا تأكد من قدرة الطرفين على الزواج. وباعتبار أن القاضي هو المكلف بالإذن بزواج الفتى والفتاة دون السن المسموح به قانونا بقرار مسبب يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك.

وعليه، فإن المصلحة التي يجب أن تكون أكيدة وأن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج، وهو ما يجب على القاضي التأكد منه قبل منح الإذن. وما دام المشرع لم يبين هذه المصلحة، فهي تستخلص بعد الاستماع إلى أبوي القاصر، وهو ما قضت به المحكمة العليا، في قرارها الصادر بتاريخ 17/05/1998 بقولها: "من المقرر قانونا أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"³⁶. أو رأي الطبيب المختص أو إجراء بحث اجتماعي في الموضوع، أو من لقاء قد يتم بين القاضي والقاصر أو القاصرة الراغبين في الزواج، ومن باب المصلحة القوة الجنسية الجامحة وحمل الفتاة عن طريق الشبهة أو اغتصابها وبالتالي طلب زواجها ممن تسبب في حملها أو ممن اغتصبها³⁷.

فالقاصر لا بد له من موافقة الولي، وذلك طبقا لأحكام المادة 11 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"³⁸، فإذا امتنع الولي عن الموافقة، وأصر القاصر على الزواج، وتمسك كل طرف بموقفه، فالأمر

يعود هنا للقاضي الذي يقرر إما إعطاء الترخيص بالزواج أو عدمه، وذلك وفقا لما تأكد لديه عمليا من خلال أحكام المادتين 11 في فقرتها الثانية والمادة 90 من قانون الأسرة³⁹.

وهنا يجب على القاضي التأكد من وجود الضرورة، والمصلحة الواضحة أو الثابتة للزوجين، والقدرة على تحمل تبعات الزواج المادية والمعنوية، وغير ذلك من المبررات التي يرى معها القاضي التخلي عن شرط السن الذي فرضه القانون طبقا لأحكام المادة 07 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة.

أما بالنسبة لتخلف شرط الأهلية وانعدام الترخيص بالزواج، فإن المشرع الجزائري لم ينص صراحة ولا ضمنا عما يترتب من آثار على مخالفة سن أهلية الزواج، وعقد أي زواج قبل بلوغ السن المحددة، وذلك على عكس القانون رقم 63 - 224، الذي رتب آثارا معينة في حالة مخالفة شروط الأهلية أو الترخيص⁴⁰.

فإذا منح القاضي الترخيص بالترشيد للقاصر، فإن هذا الأخير يكتسب أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره، أي أن المشرع يُكسبه الأهلية في حدود ضيقة، والتي تتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، على اعتبار أن الزواج فيه تكاليف والتزامات ومسؤوليات، كالنفقة والأولاد والمنازعات المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة.

فهنا، يجوز للزوج القاصر المطالبة بحقوقه الزوجية وله صفة المدعي، كما أنه يجوز للزوجة القاصر أن تطالب بالخلع، فإذا وقع الخلع وجب عليها دفع بدل الخلع، لأن الأهلية في الزواج والطلاق تختلف عنها في العقود المدنية الأخرى، من حيث أنه يشترط فيها مطلق البلوغ لا غير، ومن ثم يستثنى من ذلك التصرفات المالية التي يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني⁴¹.

لكن بعد مصادقة رئيس الجمهورية على المرسوم الرئاسي رقم 16 - 254 المتضمن التصريحات التفسيرية على بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا، الذي حدد أهلية الزواج بالنسبة للفتاة بثمانية عشر 18 سنة، بخلاف قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05 - 02 الذي حددها بتسعة عشر 19 سنة. لهذا فإن القاضي هنا يقع في اشكال هل هو ملزم بمنح الترخيص بالزواج للفتاة القاصر التي يقل عمرها عن تسعة عشر 19 أم للفتاة التي يقل عمرها عن ثمانية عشر 18 سنة طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي 16 - 254.

لهذا، فهل تحتاج الفتاة التي يبلغ عمرها ثمانية عشر 18 سنة ويقل عن تسعة عشر 19 سنة إلى ترخيص قضائي، فهنا الفتاة لا تعتبر قاصرا ولا تحتاج إلى ترخيص، وذلك لأن الاتفاقية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون العادي طبقا لأحكام المادة 150 من دستور 1996 المعدل بموجب القانون 16 - 01. أما بالنسبة للفتى فهو قاصر ويحتاج إلى ترخيص قضائي.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 06 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي 16 - 254، فإن الفتاة التي تحتاج إلى ترخيص قضائي هي التي يقل عمرها ثمانية عشرة 18 سنة، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد حد أدنى للسن الذي يجب على القاضي في حالة ما إذا قرر منح الترخيص بالزواج ألا ينزل عنه، بل ترك ذلك لسلطته التقديرية. فالقاضي هنا يجب

عليه إعمال سلطته في أضيق الحدود وبالتالي لا يمكنه أن ينزل عن ثمانية عشر 18 سنة إلا بسنة أو سنتين هذا بالنسبة للفتاة.

أما بالنسبة للفتى فلا يقل عن سن تسعة عشر 19 سنة إلا بسنة أو سنتين، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي الذي لم يحدد الحد الأدنى بالنسبة للفتاة أو الفتى، وأمام هذا الاستثناء، فإنه لا يكمن أن ينزل عن سن 18 سنة إلا بسنة أو سنتين، واستثناء ثلاث سنوات⁴²، وهو ما قضت به محكمة الاستئناف طنجة بالمملكة المغربية في قرارها الصادر بتاريخ 09 يونيو 2005 بقولها: " طلب الإذن بزواج قاصر 14 سنة - موافقة الولي وتقرير الخبرة الطبية - السلطة التقديرية للمحكمة ... نعم.

إن أهلية الزواج تكتمل عند قيام السن الثامنة عشرة من عمر الذكر والأنثى على حد سواء، إلا أن المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية التي منحت لقاضي الأسرة إمكانية إعطاء الإذن بالزواج دون تمام سن 18 من عمر القاصر إذا كانت في ذلك مصلحة للقاصر وتوفرت الأسباب الداعية لذلك.

وإن كانت موافقة الولي وتقرير الخبرة الطبية الذي يؤكد إمكانية القاصر البيولوجية في الزواج، فإن البنت ما زالت في سن مبكرة 14 سنة وأن مصلحتها تقتضي عدم الزواج بها في مشاكل الحياة الزوجية حتى يكتمل نضجها وأن الإسراع في تزويجها قد يؤدي بها إلى ما لا تحمد عقباه، الأمر الذي يكون معه الحكم المستأنف الذي قضى برفض الطلب قد صادف الصواب فيما قضى به ويتعين تأييده⁴³.

بالإضافة إلى ذلك، كان على المشرع الجزائري أن يجعل حدًا أدنى بالنسبة للفتى والفتاة في حالة منح الترخيص بالزواج ضمن أحكام المادة 07 من قانون الأسرة، كما هو معمول به في بعض التشريعات العربية كالشريع السوري الذي حدد الحد الأدنى لسن الزواج بخمسة عشر 15 سنة للفتى و ثلاثة عشر 13 سنة للفتاة، طبقا لأحكام المادة 18 في فقرتها الأولى من قانون الأحوال الشخصية السوري بقولها: " إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما...⁴⁴ ".

خاتمة:

في خاتمة هذه الورقة البحثية نخلص إلى النتائج الآتية:

- إن المشرع الجزائري حدد أهلية الزواج الفتاة ببلوغها سن ثمانية عشر سنة 18 من خلال أحكام المرسوم الرئاسي 16 - 254 المؤرخ في 05 / 10 / 2016، بخلاف الفتى ببلوغه سن تسعة عشر 19 سنة طبقا لأحكام المادة 07 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05 - 02.
- إن المشرع الجزائري حول للقاضي سلطة في منح الترخيص بالترشيد بالنسبة لزواج الفتى والفتاة القاصر، دون أن يحدد له للقاضي حد أدنى في حالة منحه الترخيص بالزواج بالنسبة للفتى والفتاة.

التوصيات:

- ضرورة إعادة صياغة أحكام المادة 07 من قانون الأسرة على النحو الآتي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، دون أن ينزل عن 18 سنة إلا بسنة أو سنتين بالنسبة للفتى أو الفتاة....".

قائمة المصادر والمراجع:

أولا - النصوص القانونية:

- 1 - المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 07 / 09 / 1953 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية السوري؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 10 لسنة 2004، المؤرخ في 04 / 06 / 2004؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 04 لسنة 2019، المؤرخ في 07 / 02 / 2019.
- 2 - قانون الأسرة رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 / 06 / 1984، الجريدة الرسمية العدد 24، المؤرخة في 12 / 06 / 1984؛ المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05 - 02، الصادر بتاريخ 27 / 02 / 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 / 02 / 2005.
- 3 - القانون رقم 70 - 03 المؤرخ في 03 / 02 / 2004 المتعلق بمدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، رقم 5184، الصادرة بتاريخ 05 / 02 / 2004.
- 4 - القانون 16 - 01 الصادر بتاريخ 06 / 03 / 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 07 / 03 / 2016.
- 5 - المرسوم الرئاسي رقم 16 - 254 المتضمن التصريحات التفسيرية على بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا المعتمد من طرف الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد الإفريقي بمابوتو (موزمبيق) في 11 / 07 / 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 58، الصادرة بتاريخ 05 / 10 / 2016.

ثانيا - المصادر الفقهية:

- 1 - ابن الحزم، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1351 هـ.
- 2 - ابن رشد، بداية المجتهد في نهاية المقتصد، في نهاية المقتصد، تحقيق: خالد العطار، دار الفكر، بيروت، 1995.
- 3 - ابن قدامة، المغني على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الخرقى، مكتبة زهران خلف الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1968.
- 4 - الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1333 هـ.
- 5 - الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1995.
- 6 - الذهبي، سير أعلام النبلاء مؤسسة الرسالة، سوريا، الطبعة التاسعة، 1993.
- 7 - السرخسي، المبسوط، تحقيق: خليل محي الدين الميس، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1409 هـ، 1989.
- 8 - الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997.

9 - العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1990.

10 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بإشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1982.

ثالثا - الكتب:

1 - أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام أو المدخل الفقهي الإسلامي في ثوبه الجديد، مطبعة الألف باء الأدبي، دمشق، الطبعة التاسعة، 1967 - 1968.

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة " أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

3 - عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة " قسم الأحوال الشخصية"، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988.

4 - عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، أم القرى للطباعة والنشر (د. ت)، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999.

5 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.

6 - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2009.

رابعا - الأطروحات والرسائل:

1 - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013 - 2014.

1 - ابن قدامة، المغني، الجزء الرابع، ص 513.

2 - الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء التاسع، ص 4471.

3 - الأزهرى، جواهر الإكليل، الجزء الثاني، ص 97؛ الخطاب، مواهب الجليل، الجزء الثالث، ص 428.

4 - عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة " قسم الأحوال الشخصية"، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988، الجزء الرابع، ص 29.

5 - سورة النساء، الآية 06.

6 - ابن حزم، المحلى، ج 09، 458؛ السرخسي، المبسوط، ج 04، ص 212.

7 - القانون رقم 63 - 224 المؤرخ في 29 / 06 / 1963، المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج.

8 - حيث نصت المادة 40 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 / 09 / 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 78، المؤرخة في 30 / 09 / 1975؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 88 - 14 المؤرخ في 03 / 05 / 1988، الجريدة الرسمية رقم 18، المؤرخة في 04 / 05 / 1988، وبالقانون رقم

05 - 10 المؤرخ في 20 / 06 / 2005، الجريدة الرسمية رقم 44، المؤرخة في 26 / 06 / 2005؛ وبالقانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 / 05 / 2007،

الجريدة الرسمية رقم 31، المؤرخة في 13 / 05 / 2007، بقولها: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة

حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

9 - حيث نصت المادة 07 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 / 06 / 1984، الجريدة الرسمية العدد 24، المؤرخة في 12 / 06 / 1984، بقولها: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، وللمرأة 18 سنة..."

- 10 - الأمر 05 - 02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة 84 - 11، الصادر بتاريخ 27 / 02 / 2005؛ الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 / 02 / 2005.
- 11 - حيث نصت المادة 81 قانون الأسرة بقولها: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".
- 12 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة " أحكام الزواج "، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 158.
- 13 - المرسوم الرئاسي رقم 16 - 254 المتضمن التصريحات التفسيرية على بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا المعتمد من طرف الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد الإفريقي بمابوتو (موزمبيق) في 11 / 07 / 2003، الجريدة الرسمية، العدد 58، الصادرة بتاريخ 05 / 10 / 2016.
- 14 - المادة 150 من الدستور الجزائري المعدل بموجب القانون 16 - 01 الصادر بتاريخ 06 / 03 / 2016، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 07 / 03 / 2016.
- 15 - حيث نصت المادة 19 من مدونة الأسرى المغربية بقولها: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثامن عشرة سنة شمسية"؛ مدونة الأسرة المغربية المعدلة بالقانون رقم 70 - 03 الصادر بتاريخ 03 / 02 / 2004، الجريدة الرسمية رقم 5184، الصادرة بتاريخ 05 / 02 / 2004.
- 16 - سورة النساء، الآية 06.
- 17 - صحيح البخاري، كتاب الطلاق - باب الطلاق في الإغلاق والإكراه والسكران والجنون، الحديث رقم 5266؛ الإمام أحمد، مسند، باب مسند عائشة رضي الله عنها، ص 100.
- 18 - أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام أو المدخل الفقهي الإسلامي في ثوبه الجديد، مطبعة الألف باء الأدبي، دمشق، الطبعة التاسعة، 1967 - 1968، الجزء الثاني، ص 777.
- 19 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، ص 350؛ ابن رشد، بداية المجتهد في نهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص 06؛ الشريبي، مغني المحتاج، الجزء الثالث، ص 200 - 201؛ ابن قدامة، المغني، الجزء التاسع، ص 398.
- 20 - سورة الطلاق، الآية 04.
- 21 - ابن قدامة، المغني، الجزء التاسع، ص 398.
- 22 - ونوقش استدلالهم هذا بأن زواج النبي صلى الله عليه وسلم من السيدة عائشة - رضي الله عنها - في هذا السن المبكر خصوصية له وليس تشريعا عاما، كالموهوبة والزواج بأكثر من أربع. ابن الحزم، المحلى، الجزء التاسع، ص 459.
- 23 - ابن قدامة، المغني، الجزء التاسع، ص 398.
- 24 - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013 - 2014، ص 39.
- 25 - هو عبد الله بن شبرمة الكوفي أحد القضاة المشهورين، ولد سنة 92 هجرية وتوفي سنة 144 هجرية؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، الجزء السادس، ص 347؛ هو أبو عمرو عثمان بن مسلم بن هرمز البتي من أهل البصرة، توفي سنة 143 هجرية، كان صاحب رأي وفقه، صدوق ثقة، الذهبي، سير أعلام النبلاء، الجزء السادس، ص 148؛ هو عبد الرحمن بن كيسان المعتزلي صاحب المقالات في الأصول، ومن تلامذته، إبراهيم بن إسماعيل بن علي.
- 26 - هو عبد الله بن شبرمة الكوفي أحد القضاة المشهورين، ولد سنة 92 هجرية وتوفي سنة 144 هجرية؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، الجزء السادس، ص 347؛ هو أبو عمرو عثمان بن مسلم بن هرمز البتي من أهل البصرة، توفي سنة 143 هجرية، كان صاحب رأي وفقه، صدوق ثقة؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، الجزء السادس، ص 148؛ هو عبد الرحمن بن كيسان المعتزلي صاحب المقالات في الأصول، ومن تلامذته، إبراهيم بن إسماعيل بن علي؛ الزر
- كلي، الذهبي، سير أعلام النبلاء، الجزء الثالث، ص 323.
- 27 - ابن حزم، المحلى، الجزء التاسع، ص 459.
- 28 - سورة النساء، الآية 06.

- 29 - العيني، البناء في شرح الهداية، الجزء الرابع، ص 597.
- 30 - ونوقش هذا الاستدلال بأن كون العقد لا تظهر ثمراته إلا بعد الكبر، لم يمنع ثبوت الولاية المالية كسواء عقار لا يغفل إلا بعد الكبر فإنه يجوز، مع أن ثمرات العقد لا تكون إلا بعد الكبر، والحاجة إلى النكاح ثابتة في الصغر؛ لأن الكفاءة لا يتوافر في كل وقت وعساه يتوافر في الصغر، ويفوت بعد بلوغ الحلم، فوجب الاحتياط والمحافظة على مصلحة الصغرة، الأمر الداعي إلى صحة العقد وجوازه متى وجد.
- ورد أصحاب هذا الرأي الاحتجاج بحديث عائشة، وزواجها من الرسول صلى الله عليه وسلم وهي صغيرة بأمرين:**
- أن هذا الزواج من خصوصية للنبي صلى الله عليه وسلم، ولا ينكر اختصاصه صلى الله عليه وسلم ببعض الأحكام، وقد اعترض ابن حزم على هذا الوجه من الاحتجاج.
- أن زواج النبي صلى الله عليه وسلم بالسيدة عائشة رضي الله عنها كان في مكة قبل الهجرة، وذلك قبل أن يتقرر استئذان الأبكار واستثمار الثيبات كما في الحديث المعروف، فلا يكون في زواج عائشة دليل للجمهور. ويمكن رد هذا الاعتراض أن الحديث مقيد بالكبيرة، ولا يمتد حكمه للصغيرة، خاصة وأنه يعتبر الإذن، والصغيرة لا اعتبار لإذنها؛ العيني، البناء في شرح الهداية، الجزء الرابع، ص 597؛ السرخسي، المبسوط، الجزء الرابع، ص 212؛ ابن قدامة، المغني، الجزء التاسع، ص 407، الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 109.
- 31 - ابن قدامة، المغني، الجزء التاسع، ص 398.
- 32 - عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، أم القرى للطباعة والنشر (د. ت)، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999، الجزء الأول، ص 05.
- 33 - أي لم يشوبها عيب من عيوب الإرادة كالصغير أو السفه أو الجنون أو المعتوه.
- 34 - حيث نصت المادة 40 من القانون المدني بقولها: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية بمباشرة حقوق المدنية؛ وسن الرشد (19) سنة كاملة".
- 35 - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 46.
- 36 - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار بتاريخ 17 / 05 / 1998، ملف رقم 167835، المجلة القضائية، العدد 02، 1997، ص 77.
- 37 - ولإثبات البلوغ وصلاحيه القاصر يأمر القاضي عرض المعني بالأمر على طبيب مختص، ليتأكد من بلوغه وضرره من تأخره في الزواج. فشهادة الطبيب هي أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي لمنح الإذن بالزواج، ولهذا فإن جميع الملفات التي توقع من طرف القاضي في هذا الصدد تتضمن شهادة طبية من طبيب مختص، الشيء الذي يجعلها تحصى بالقبول، ولصعوبة إثبات القاضي المكلف بالزواج أن مراهقاً قادراً على ضبط نفسه وآخر غير قادر على ضبطها، خصوصاً إذا كان الولي الشرعي رافضاً لهذا الزواج، أو نجده في عدد كثير من الملفات يأخذ في منح الإذن بين الخبرة الطبية والبحث الاجتماعي، في إطار السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها في هذا المجال؛ أي أنه يستوجب على القاضي ربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، وكذا الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي حسب مقتضيات الحال، ويعتبر ترخيص القاضي بالترشيد بالزواج بات وغير قابل للطعن، فهو عمل ولائي لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 121؛ محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية، الجزء الأول، أحكام الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 02، 2009، ص 227.
- 38 - وهو ما نصت عليه كذلك أحكام المادة 81 من قانون الأسرة بقولها: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون". وكذلك ما نصت عليه أحكام المادة 83 من ذات القانون.
- 39 - حيث تنص المادة 90 من قانون الأسرة على أنه: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة".
- 40 - القانون 63 - 224 الصادر بتاريخ 29 / 06 / 1963. حيث نص على ما يلي: **المادة 01:** "ليس للرجل قبل بلوغه ثماني عشرة سنة كاملة ولا للمرأة قبل بلوغها ست عشرة سنة كاملة أن يعقد زواجهما، ومع ذلك فلرئيس المحكمة الكلية أن يمنح بناء على دوافع قوية بعد أخذ رأي مفوض الدولة الإذن بالإعفاء من شرط السن".

المادة 02: "يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية أو القاضي "المأذون" والزوجان وممثلوهما القانونيون ومن أسهم معهم الذين لم يراعوا السن بالحبس من خمسة عشر يوما إلى ثلاثة أشهر، وبغرامة من أربعمائة إلى ألف فرنك جديد، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

المادة 03: "يظل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على خلاف ما تقضي به المادة الأولى، ويجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة، فإن كان قد حصل فيه دخول لم يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج فحسب".

المادة 04: "ومع هذا فإن الزواج المعقود من زوجين لم يبلغا السن المقررة، أو الذي لم يبلغ فيه أحدهما هذه السن لا يصح الطعن فيه في الحالتين الآتيتين: - إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية، - إذا كانت الزوجة لم تبلغ السن وقد حملت".

41 - أما إذا تعلق الأمر بالحقوق والتزامات المدنية فإن رفع الدعوى يكون من قبل وليه أو مقدمه، وذلك طبقاً لأحكام المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة"؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 01، المرجع السابق، ص 122؛ يمكن للمحكمة بطلب من أحد الزوجين أو نائبه الشرعي، أن تحدد التكاليف المالية للزوج المعني وطريقة أدائها، المادة 22 في فقرتها الثانية من مدونة الأسرة المغربية.

42 - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية، ج 01، المرجع السابق، ص 227.

43 - محكمة الاستئناف بطنجة، غير منشور؛ نقلاً عن: محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي "حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي 2004-2010"، المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة، مراكش، المغرب، ط 2011، ص 31.

44 - المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 07/09/1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10 لسنة 2004، المؤرخ في 04/06/2004؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 04 لسنة 2019، المؤرخ في 07/02/2019.