

مبدأ المصلحة في الترخيص بالزواج

The principle of Interest in marriage licensing

د. طواهري محمد *

جامعة أبو بكر بلقايد. تلمسان
(الجزائر)

touahrimohamed@hotmail.com

تاريخ النشر: 2025/06/15

تاريخ القبول: 2025/06/11

تاريخ الاستلام: 2025/06/07

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان النص القانوني في تجسيده لمبدأ المصلحة، باعتبار أن القانون وسيلة لتحقيق المصلحة. ذلك أن المشرع قيد زواج الفتى والفتاة من لم يكتمل الأهلية المنصوص عليها في المادة 07 من قانون الأسرة، بترخيص من القاضي إذا تبين له حالات وشروط المصلحة، في إطار سلطته التقديرية المطلقة، إذ أن المصلحة مناط الترخيص القضائي.

الكلمات المفتاحية: مبدأ؛ مصلحة؛ قاصر؛ ترخيص؛ الزواج؛ القاضي.

Abstract:

This study aims to demonstrate the legal text in embodying the principle of interest, considering the law as a means to achieve interest. The legislator has restricted the marriage of a boy and girl; who has not yet reached the legal eligibility provided for in Article 7 of the Family Law, with the authorization of the judge when the judge determines the circumstances and conditions of interest; within the framework of absolute discretion, since interest is the basis for judicial approval.

Keywords: principle; Interest; minor; licensure; marriage; judge.

* المؤلف المرسل: د. طواهري محمد

مقدمة:

يعد عقد الزواج، من أهم العقود المدنية وأعظمها شأنًا وأبعدها أثرًا في حياة الفرد وفي بناء الأسرة والمجتمع، فهو أسمى وأجل من أن يكون مجرد تملك لعين أو لمنفعة، كعقد البيع أو عقد الإيجار¹، بل هو ميثاق غليظ بين الرجل والمرأة، غايته تكوين أسرة مسلمة، وإنجاب أبناء وتربيتهم التربية الصالحة الحسنة.

وتحقيق هذه المقاصد السامية للزواج، جعلت كل الشرائع والقوانين يشترطون أن يكون كل من طرفي ذلك العقد، وهما الزوج والزوجة، له أهلية التصرف، وذلك بأن يكون عاقلًا بالغًا، لأن الزواج يحمل الزوجين مسؤوليات كبيرة، تفرض أن يكون الزوجين له استعداد كبير لمواجهة الحياة الزوجية، وهذا ما قرره المادة 07 من قانون الأسرة، حيث حددت سن معينة تكتمل فيها أهلية الزواج وهي 19 سنة، منعا لزواج الأطفال إذ ليست لهم مصلحة في هذا الزواج، إلا إذا كان في زواج القاصر منفعة، فيتم الحصول على ترخيص من القاضي بين فيه المصلحة الداعية إلى الزواج.

وعلى هذا النحو تبرز أهمية هذا الشرط في الزواج باعتباره مناط الترخيص، غير أنه يتبادر إلى ذهننا التساؤل التالي: كيف يراعي القاضي معيار المصلحة في منحة الترخيص بالزواج؟ وما هو حكم زواج القاصر في حالة ما إذا تم بدون الحصول على الترخيص؟ اعتمدنا على المنهج التحليلي القائم على عرض نص المادة 07 من قانون الأسرة وتحليلها، كذلك عرض الآراء الفقهية ومناقشتها.

وللإجابة عن الإشكالية المثارة، يتم معالجة هذه الورقة البحثية من خلال عنصرين أساسيين، أحدهما: أثر المصلحة على الترخيص بالزواج، والآخر: أثر المصلحة في اختلاف حكم الزواج المبرم بدون ترخيص قضائي.

1. أثر المصلحة على الترخيص بالزواج

يجب أن يكون المقبل على عقد الزواج بالغًا سنا معينة، بحيث أصبح نضوجه الجنسي غير كاف لتحمل المسؤولية المالية والاجتماعية، فقضاء الشهوة ليست هي المقصد الوحيد لعقد الزواج، وإنما المقصود من الزواج تحقيق المصلحة، ولكن الله سبحانه وتعالى علق به قضاء الشهوة ليرغب فيه المطيع والعاصي، لأن النفوس ترغب فيه لهذا المعنى أكثر

من رغبتها من تحقيق أسباب المصلحة التي تتطلب استعدادا كبيرا لتحقيقها²، وليس المقصود قضاء الشهوة بل المقصود التناسل وبقاء النوع الإنساني³.

وهذا ما دفع المشرع إلى تحديد أهلية الزواج بالسن، لأن واضعوا قانون الأسرة لم يجعلوا أحكام البلوغ منوطة بطبيعتها وهي الاحتمال للذكر والحيض أو الحمل للأنثى، بل مناطها سن معينة مناسبة من عمر الإنسان، يفترض فيها أن يكون الشخص أهلا للزواج، يدرك معناه ويفهم أثاره والمسؤوليات التي تترتب عليه، وذلك بمقتضى أحكام المادة 07 من قانون الأسرة⁴ التي جعلت اكتمال أهلية الزواج ببلوغ الرجل والمرأة 19 سنة.

والمشرع الجزائري وحماية لمصلحة القاصر، فوض القاضي أن يرخص بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليها في المادة 07 من قانون الأسرة، إذا تبين له وجود مصلحة أكيدة دافعة إلى طلب الترخيص، في إطار سلطته التقديرية الممنوحة له في هذا الشأن، وهذا ما قرره المادة 07 في شطرها الثاني من ذات القانون بقولها: "...وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

وإذا كان اعطاء المشرع للقاضي الحق في الخروج عن القواعد العامة للقانون، يقوم على مبدأ تحقيق المصلحة، إلا أن تطبيق القاضي لهذا المبدأ يجد أساسه من خلال الصياغة التشريعية باعتبارها العملية التي بموجبها يتم إخراج القاعدة القانونية إلى الوجود العملي إخراجا يحقق الغاية المقصودة من فرضها⁵. والمشرع حاول من خلال صياغة المادة 07 من قانون الأسرة تجسيد هذا مبدأ المصلحة، إلا أنه لم يوفق في ذلك نتيجة لما تحتويه هذه المادة في فقرتها الثانية من نقائص وغموض أهمها:

1.1 القاضي المختص بمنح الترخيص

الفقرة الثانية من المادة 07 من قانون الأسرة، وإن اعترفت للقاضي بمنح الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية المحددة في الفقرة الأولى، إلا أنها لم تحدد صراحة القاضي المختص بسلطة الترخيص. هل الاختصاص مخول لقاضي شؤون الأسرة أم لرئيس المحكمة؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول أنه جرت الحياة العملية على أن رئيس المحكمة هو المختص بمنح الترخيص بالزواج ضمن ما يعرف بالأوامر الولائية. غير أن المصلحة الأكيدة

للقاصر تقضي بأن يوكل الأمر لقاضي شؤون الأسرة، لدرايته وخبرته في هذا المجال إذ أنه يومياً تعرض عليه المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق، مستعيناً في ذلك بخبرة طبية تؤكد قدرة القاصر على تحمل الأعباء الجسدية والنفسانية للزواج.⁶

كما أن هذه المسألة لا تتعلق فقط بالسلطات المخولة لرئيس المحكمة، وإنما تثير مشكلة اجتماعية وهي زواج القصر، وحلها لا يتم إلا بمنح قاضي شؤون الأسرة الاختصاص لعلمه ومعرفته بالمعطيات المتصلة بها، مستعملاً في ذلك خبرته الميدانية، بمعنى يكون ملم بكل المعايير المحددة لمصلحة القاصر المقبل على الزواج والتي تكون مصلحته أكيدة في الحصول على الترخيص.⁷

والقول بأن قاضي شؤون الأسرة هو الذي قصده المشرع بمنح الترخيص بالزواج، ما نفهمه من خلال نصوص قانون الأسرة مثل المواد 40 و49 و52 من قانون الأسرة إذا قمنا تفسير النصوص بالنصوص، خلافاً للفقرة الثالثة من المادة الثامنة من ذات القانون التي أشارت صراحة إلى القاضي المختص بشأن التعدد وهو رئيس المحكمة.

والقاضي لا يمكن له منح الترخيص بالزواج إلا بناءً على طلب وليه يجسد موافقته على هذا الزواج، طبقاً لأحكام المادة 11 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة، لأن الولي قد يكون أدرى بمصلحة من يوجد تحت ولايته من القانون نفسه.

وإذا امتنع الولي عن السماح للقاصر بالزواج لعضل منه، تحل سلطة القاضي في هذه المسألة محل سلطة الولي. كما أن موافقة الولي على الزواج قد لا تكون لها ذات قيمة إذا لم تشفع بترخيص القضاء.⁸

ويرفع هذا الطلب أمام المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها الإقليمي مكان طالب الترخيص، طبقاً للمادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁹

2.1 عدم تحديد السن الأدنى في حالة الترخيص بالزواج

ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الحد الأدنى للسن الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل عنه عند منحة الترخيص بالزواج. وهذا الفراغ التشريعي يجعل القاضي له السلطة المطلقة في الإذن بزواج الصغار، عملاً بأحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تمنح القاضي الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في حالة عدم ورود نص تشريعي في هذا

القانون. فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى القول بصحة زواج الصغار ممن دون سن البلوغ، بخلاف بعض الفقهاء كابن شبرمة وأبو بكر الأصبم، فذهبوا إلى القول بعدم صحة زواج الصغار قبل البلوغ، لأن زواج الصغير قبل البلوغ ليس فيه مصلحة، ولأن ثبوت الولاية على الصغير يكون للحاجة، فإذا لم توجد الحاجة لا تثبت الولاية، ولا حاجة للصغير في الزواج، لأن المقصود من الزواج هو قضاء الشهوة وشرعا النسل، والصغيرينافيهما¹⁰.

واستعمال القاضي سلطته التقديرية المطلقة في هذا الشأن، قد ينجم عنه الترخيص بزواج الصغار أكثر مما تتحمله الضرورة والمصلحة. وقد يتم بالتحايل على القانون عن طريق اللجوء إلى الزواج العرفي الذي لا يسجل لدى مصالح الحالة المدنية، ثم يثبت الزواج عند بلوغهم السن القانونية بحكم قضائي (المادة 22 من قانون الأسرة)¹¹.

وحماية لمصلحة الزوجين تدخل بعض الفقه القانوني إلى تحديد السن بسبع عشرة سنة كاملة للفتاة، وثمانية عشرة كاملة للفتى، ويمنع قيام الزواج، مهما كانت المصلحة أو الضرورة، إذا كانت السن دون ذلك وقت إبرام عقد الزواج¹².

3.1 معيار المصلحة

لقد كرسست الفقرة الثانية من المادة 07 من قانون الأسرة أصل تشريعي هام وهو المصلحة، باعتبار هذه الأخيرة هي مناط الترخيص بالزواج، فالقاضي لا يمكن له الخروج عن القواعد العامة التي تحكم الأهلية، والترخيص بزواج من لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني، إلا إذا تحققت أسباب المصلحة.

والناظر في هذه المادة يتبين أن المشرع قد اكتفى بإحالة القاضي إلى تقدير المصلحة كأساس في منح الترخيص بالزواج أو رفضه، دون تبيان العناصر التي تساعد القاضي في تحديد هذه المصلحة. فهل وفق المشرع في هذا الطرح؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول أن معيار تحديد المصلحة من المعايير النسبية التي يختلف باختلاف الأزمنة وأحوال الناس، فلا يمكن ضبط المصلحة ولا يمكن وضع حدود تحققها، فلربما تكون مصلحة جديدة بالاعتبار في حق طالب لترخيص بالزواج بينما لا تكون كذلك في حق غيره. وهذا يقتضي القول بأن المشرع عند صياغته للقواعد القانونية يضعها عامة ومجردة، وللقاضي أن يفسرها ويطبقها حسب كل حالة على حدة¹³، وهذا ما فعله

المشرع الجزائري، حيث نص على معيار المصلحة كأساس لطلب الترخيص، وفوض للقاضي تكريس هذا المعيار مبينا في ذلك نوع هذه المصلحة، والأسباب المبررة لذلك، بكونها أكيدة وهي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج، مستعينا في ذلك بأقوال الوالدين أو نائبه الشرعي أو رأي الطبيب المختص أو تقرير من أنجز بحثا اجتماعيا في الموضوع أو من لقاء قد يتم بين القاضي والقاصر أو القاصرة الراغبين في الزواج¹⁴.

وفي إطار السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في هذا المجال، ينبغي أن لا يتعسف في استعمال هذه السلطة التي فوضها له المشرع، ما دام الترخيص لا يمس مصالح المجتمع ومصالح الأفراد أنفسهم، ومثال ذلك حالة الفتاة التي بلغت 17 سنة من عمرها وليس لها ولي يحميها ويشفق عليها، فالمصلحة تقتضي المحافظة على شرفها ولا يكون ذلك إلا بعقد الزواج، كذلك الحال بالنسبة للفتاة الراغبة في الزواج إذا خشيت على نفسها الوقوع في الفاحشة إذا لم تتزوج، وتقدم رجل للزواج بها وكان كفؤا من حيث القدرة على النفقة، فللقاضي أن يسمح لهما في الزواج¹⁵.

ولهذا ينبغي على المشرع أن يضع ضمانات لمنح الترخيص بالزواج وذلك من خلال ما يلي¹⁶:

- 1- أن يكون الخاطب كفؤا للمخطوبة من حيث القدرة على النفقة والمهر.
- 2- أن يكون في زواج القاصدرء مفسدة قائمة أو عدم تفويت مصلحة محققة.
- 3- أن يتحقق القاضي من رضا المخطوبة واختيارها وأن مصلحتها متوافرة ويثبت ذلك بتقرير طبي.
- 4- أن يجري العقد بموافقة الولي.
- 5- أن ينظم محضر يتضمن تحقيق القاضي من الأسس المشار إليها والتي اعتمد عليها لأجل الترخيص بالزواج.

فإذا ثبتت للقاضي وجود مصلحة أكيدة دافعة لطلب الترخيص بزواج من لم يبلغ السن القانوني، فضلا عن وجود الضرورة والقدرة على الزواج، فللقاضي أن يرخص بالزواج في إطار سلطته التقديرية، وهذه الرخصة غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن، فهو عمل ولائي لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه، وقد نصت مدونة الأسرة المغربية في

المادة 20 فقرة ثانية على ذلك بقولها: "مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن".

وإذا كان ترخيص القاضي في هذا الشأن من الأعمال الولائية، فإنه من حق الذي يهيمه الأمر أن يطعن فيه بوسيلة التظلم، وذلك بالرجوع إلى نفس القاضي الذي أصدر الترخيص، طبقاً لما تقضي به المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والحكم الصادر في التظلم يعتبر عملاً قضائياً، يكون قابلاً للطعن فيه بجميع طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية¹⁷.

وإذا رفض القاضي الطلب، فتظلم الطالب أمام نفس القاضي الذي سبق وأن رفض طلبه، لا يجدي غالباً، ولذلك أجاز المشرع للطالب - عند رفض طلبه - أن يتظلم أمام رئيس المجلس القضائي، وهذا ما تقضي به المادة 312 في فقرتها الثانية حيث جاء فيها: "وفي حالة عدم الاستجابة إلى الطلب، يكون الأمر بالرفض قابلاً للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي"، ومن ثمة يفصل فيه رئيس المجلس القضائي طبقاً لإجراءات الأعمال الولائية¹⁸، بأمر غير قابل للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا¹⁹، ولكن يمكن الطعن بوسيلة التظلم، أمام نفس الجهة القضائية (رئيس المجلس القضائي)، وفي هذه الحالة يصدر قراراً قضائياً يخضع لطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية في آخر درجة، فيطعن فيه أمام المحكمة العليا²⁰.

وإذا قبل القاضي طلب الترخيص، ومنح للمعني رخصة الإعفاء من سن أهلية الزواج، فإنه يتعين على من يتولى زواج القاصر أن يحتفظ بنسخة من هذه الرخصة، لكي يسلمها أمام الموظف المؤهل لتحرير عقود الزواج أو الموثق، وتبعاً لذلك يتعين على ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يتولى تحرير عقد الزواج، أن يشير في العقد إلى هذه الرخصة، وأن يضمها إلى أصل العقد المسجل في سجل عقود الزواج بسجلات الحالة المدنية²¹.

وطبقاً للمادة 7 في فقرتها الأخيرة من قانون الأسرة، فإنه من لم يبلغ 19 سنة، ورخص القاضي له إبرام عقد الزواج بالكيفية المحددة في الشطر الثاني من نفس المادة، يكتسب أهلية التقاضي في كل ماله علاقة بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

واكتساب القاصر لهذه الحقوق يكون في حدود ضيقة، والتي تتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وواجبات، فيجوز للزوج القاصر المطالبة بحقوقه الزوجية وله صفة المدعي، كما يجوز للزوجة القاصر أن تطالب بالخلع، وإذ وقع الخلع التزمت بدفع المقابل المالي²².

4.1 الاستعانة بالخبرة الطبية أو إجراء بحث اجتماعي

المشرع الجزائري لم ينص على استعانة القاضي بالخبرة الطبية أو إجراء بحث اجتماعي، من أجل معرفة ما إذا كان الشخص القاصر في زواجه مصلحة له، فلا يكفي القاضي أن يرخّص بالزواج باستعمال سلطته المنفردة، بل يجب عليه الاستعانة بتقرير طبي مختص أو بتقرير من أنجز بحثا اجتماعيا في الموضوع يؤكد قدرة المأذون له على تحمل الالتزامات الناتجة عن عقد الزواج.

ولهذا ينبغي على المشرع الجزائري أن يسلك نفس الطريق الذي سلكه المشرع المغربي من حيث استعانة القاضي الذي يأذن بزواج القاصر بالخبرة الطبية أو إجراء بحث اجتماعي، وهذا ما تقضي به المادة 20 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها ما يلي: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلن يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي".

2. أثر المصلحة في اختلاف حكم الزواج المبرم بدون الترخيص القضائي

المشرع الجزائري لم يبين الجزاء القانوني المترتب على مخالفة الرخصة القضائية، حيث لم يجمع الفقه الجزائري على حل موحد لهذه المسألة، وهذا راجعا إلى اختلاف كل فقيه في نظره إلى مصلحة المشرع، لأن كل حكم تشريعي من ورائه مصلحة. وعليه سنحاول استعراض موقف الفقه بشأن حكم الزواج القاصر المبرم بدون الترخيص القضائي (1) قبل بيان موقفنا في هذه المسألة (2).

1.2 موقف الفقه: رأينا فيما سبق أنه يشترط لإبرام زواج من لم يبلغ سن الرشد القانوني وجود ترخيص قضائي يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك. وهنا يتبادر إلى ذهننا الإشكال التالي: ما حكم الزواج الذي يتم بدون ترخيص قضائي؟

اختلف الفقه في هذه المسألة، حيث لم يجمع الفقه الجزائري على حل موحد. فيرى الجانب الأول من الفقه، أن واضعي قانون الأسرة لم يعطوا لتحديد سن الزواج الوارد في المادة 07 من قانون الأسرة القيمة القانونية اللازمة، وبالتالي فالمشرع لم يقرر أي جزاء عند مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج، فلا يترتب عليه إبطال أو فسخ عقد الزواج.²³

أنتقد هذا الرأي، بأنه لا يستقيم مع أهم قاعدة تميز القواعد القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى وهي قاعدة الإلزام (Règle obligatoire) أي أنها مصحوبة بجزاء يوقع على من يخالف مقتضاها، وهذا من شأنه أن يضمن احترام وتطبيق القاعدة القانونية، إذ لو تركت هذه القاعدة دون إلزام لتحولت إلى مجرد نصائح وإرشادات يعملون بها الأفراد أو يتجاهلوها وفقا لمشيئتهم، مما يترتب على ذلك من فوات هدف القانون.²⁴

فالجزء خاصية ملازمة للقاعدة القانونية دونها تفقد هذه القاعدة صفتها كقاعدة، إذ لا يمكن احترام القاعدة القانونية دون وجود جزاء يرافقها.²⁵ يقول عمار بوضياف وهو بصدد الحديث عن أهمية الإلزام بقوله: "وعليه يمكن وصف الجزاء بأنه بمثابة القلب النابض للقاعدة القانونية، وهو من يضمن لها سيادة ويبعث فيها ديناميكية التنفيذ، ودونه تظل القاعدة مجرد أحرف ميتة لا يضمن لها التطبيق".²⁶

ويرى جانب الثاني خلاف ذلك، فالمشرع أعطى لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة وذلك بمقتضى قانون 63-244 المتضمن تحديد سن الزواج²⁷، فالمشرع حين عالج مسألة أهلية الزواج وحدد لكل من الفتى والفتاة سن موحدة وهي 19 سنة، يكون قد عالج نفس الموضوع الذي سبق وأن عالجه المادة الأولى من قانون 1963. وبهذا يمكن القول أن قانون الأسرة في مادته 7 قد ألغى ضمنيا المادة الأولى من القانون 1963 لاشتمالها على موضوع واحد²⁸، دون المواد الأخرى، على عكس قانون 1963 الذي رتب آثار معينة في حالة مخالفة شروط الأهلية أو الترخيص، فتبقى سارية التطبيق، لعدم تعرض قانون الأسرة لها ضمن مواده.²⁹

وعلى هذا النحو من الرأي يمكن القول بأن الزواج قبل اكتمال الأهلية يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من قبل أحد الزوجين أو النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة، فإذا وقع دخول لا يمكن الطعن فيه إلا من جانب الزوجين. ولكن

لا يمكن الطعن في العقد إذا بلغ الزوجان السن القانونية أو حملت الزوجة التي لم تبلغ السن. ويعاقب كل من ساهم في انعقاد الزواج دون مراعاة السن ضابط الحالة المدنية والموثق والزوجان وممثلوهما القانونيون بالحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر، وبغرامة مالية من أربعمئة (400) إلى ألف (1000) فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين³⁰.

وجه رد على هذا الرأي، بأنه على الرغم ما فيه من وجهة، فإنه عرضة للنقد، في النتيجة التي توصل إليها بأن النصوص التي جاء بها قانون 1963 والتي أغفلها قانون الأسرة تبقى سارية المفعول، وعلى القاضي أن يستند إليها في حكمه. فطبقا للقواعد العامة المنظمة لمسألة الإلغاء، إذا صدر قانون جديد ونظم موضوعا سبق أن نظمه القانون القديم، فإن هذا القانون القديم يلغى كليا وبصفة ضمنية، حتى ولو لم يكن هناك تعارض في بعض أحكامه مع القانون الجديد، وذلك راجعا إلى أن إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع، يفيد انصراف نيته إلى العدول عن القانون القديم بأكمله وتطبيق القانون الجديد³¹. وهذا ما صرحت به المادة الثانية في فقرتها الثانية من القانون المدني بقولها: "...وقد يكون الإلغاء ضمنيا، إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

وذهب جانب آخر على خلاف الرأي الثاني، بقوله أن القانون لم ينص على الحكم زواج من لم يكتمل التاسعة عشرة من عمره، فإن هذا يقتضي وبنص المادة 222 من قانون الأسرة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وليس إلى أحكام قانون 63-244. وعليه، عند مخالفة هذه الشروط القانونية فإن الزواج يرتب جميع آثاره قبل الدخول وبعده، من الناحية الشرعية، ومن الناحية القانونية يثبت بحكم قضائي بعد الدخول طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة³².

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، نجد أن الفقهاء يعتبرون الزواج من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر يعني يحتمل أن يقع نفعا ويحتمل أن يكون ضررا، فالزواج إذا كان بأقل من مهر المثل يكون نفعا في حق المتزوج وإن كان بأكثر من مهر المثل كان ضررا، وعلى هذا يمكن زواج الصغير المميز لوجود أهلية الأداء، ولكن نظرا لأنها أهلية ناقصة، فإن نفاذه يتوقف على إجازة الولي، فإن أجازه نفذ وإن رده بطل³³.

فالأمر إذن يتعلق بالعقد الموقوف، وهو العقد الذي يتوقف ترتب أثره عليه بالفعل على إجازة ممن يملكها شرعا، وبعبارة أخرى فالعقد الموقوف عقد صحيح نظرا لاستيفاء أركانه وشروط انعقاده، ولكن يتوقف ترتب أثره عليه على إجازة من يملكها شرعا كالولي والوصي، فإذا أجازته صار العقد نافذا وترتب عليه جميع آثار عقد الزواج، وإن لم يجزه، أعتبر العقد باطلا فلا يترتب عليه شيء من آثار الزوجية، ما لم يعقبه دخول³⁴. ولقد نصت المادة 83 من قانون الأسرة على هذا النوع من العقود بقولها: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته...، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر...".

وبعد عرض عموما أحكام العقد الموقوف، يتبادر إلى ذهننا التساؤل التالي: هل زواج ناقص الأهلية دون مراعاة الترخيص القضائي يعد عقد موقوف؟

يجيب بعض فقهاء القانون على هذا التساؤل المثار، بأن الزواج الذي يبرمه ناقص الأهلية دون مراعاة الترخيص بالزواج الوارد في المادة 07 من قانون الأسرة لا يعقد عقدا موقوفا على إجازة من يملكها شرعا وهو غالبا الولي، وإنما يتوقف على ترخيص القاضي. فهذا العقد يعتبر غير صحيح لأنه موقوف الانعقاد وليس موقوف النفاذ، بحيث أن المشرع قرر على وجوب الحصول على الترخيص قبل إبرام عقد الزواج، فحتى ولو أجازته الولي لا يصير العقد نافذا وتترتب عليه أحكام الزواج اللازم، لأن الولي ليس له أن يأذن لناقص الأهلية بإجراء الزواج، وليس له أيضا أن يجيزه بعد إبرامه بدون إذن سابق، كما أن الدخول لا يصححه ولا يجعله نافذا³⁵.

بينما يرى جانب من الفقه، أن القانون الجزائري للأسرة لم يرد فعلا فيه نص خاص بشأن الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، ومع ذلك فإن هذا لا ينفي القضاء ببطالانه وفقا للقواعد العامة المقررة فيه والتي تضمنتها المواد 9 و9 مكرر و32 و33 منه، لأن وجود التراضي كركن في الزواج لا يكفي لينتج أثره القانوني، بل لابد أن يكون التراضي صحيحا، وهذا لا يكون إلا إذا صدرت الإرادة من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لإبرام الزواج، فإذا كان سن الشخص ناقصا، فتكون إرادته مختلة ويقع تصرفه باطلا لنقص أهليته، ولو كان ذلك فيه نفع له، بحيث أن المادة 33 فقرة ثانية من قانون الأسرة تنص على إبطال الزواج إذا اختل ركن الرضا، والمادة 9 من ذات القانون تعتبر الرضا الركن الوحيد والأساسي للقانون، والمادة 33 فقرة ثانية منه نصت على حالات الإجازة دون ذكر

ضمنها حالة وجود خلل في الرضا. وبناء على ما جاء في هذه المواد، فإنه يقع باطلا كل زواج تم إبرامه من قبل شخص لم تتوفر فيه الأهلية القانونية ولم يحصل مسبقا على الترخيص القضائي³⁶.

2.2 موقفنا الشخصي:

رغم وجاهة الرأي الأخير طبقا للقواعد العامة التي تضمنتها نصوص قانون الأسرة، لأن تحديد الزواج في المادة 07 من ذات القانون الغرض منه حماية مصلحة الصغار، فالمعيشة المنزلية أصبحت في الوقت الحالي تتطلب استعدادا كبيرا للقيام بها، ولا تتأهل الزوجة والزواج لذلك قبل سن الرشد.

ولكن ينبغي وضع الأمور في نصابها الصحيح، فالزواج عقد وضعت أحكامه الشرائع والقوانين، تنظيما لأمر طبيعي، وهو الضرورة الدافعة لتلاقي الذكر بالأنثى متى بلغ أحدهما حد النضوج الجنسي، وهذه الضرورة الدافعة يستحيل لأي مشرع أن يمس في نصوصه القانونية أصل حلية الزواج لأي ذكر وأنثى ليس بينهما مانع شرعي. وإذا الظروف الاجتماعية أوجبت على المشرع ومن خلال نصوصه القانونية، اتخاذ مجموعة من التدابير للحد من زواج الصغار طبقا لمبدأ المصلحة، لما يترتب على ذلك من الأضرار الصحية والاجتماعية، فلا يمكن قطعاً أن تصل تلك التدابير إلى منع الزواج على من لم يبلغ السن المحددة قانوناً، وإلا كان المشرع معانداً للطبيعة، فلربما يوما تثار الطبيعة لنفسها بإحباط عمله، ومقابلته بفشو الزنا بين صغار السن، ويصبح وقد وقع فيما يريد اتقاءه.

ولهذا ينبغي على المشرع كأصل عام، أن لا يتعرض لموضوع الزواج بين صغار السن ويترك الأمور على طبيعتها، وهي أن الناس أحرار يتزوجون كما يشاؤون في أي سن، مع مراعاة أحكام الأهلية في الشريعة الإسلامية، وأن يسلك لتحقيق غرضه بطريقة غير مباشرة، بأن يمنع على ضابط الحالة المدنية أو الموثق تحرير عقود الزواج الرسمية للقصر دون الترخيص القضائي، كما يمنع على القضاء من أن تسمع دعوى الزوجية إذا كان أحد الزوجين وقت الدعوى أقل من السن المحددة، فيحمل الناس على الامتناع من إجراء الزواج لمن لم يبلغوا السن، وبذلك تكون القاعدة القانونية قد حققت المصلحة التي قصدها المشرع تنظيماً للمجتمع.

وبهذه الطريقة غير المباشرة، يكون المشرع قد مسك العصا من الوسط، فحقق غرضه بالتقليل من زواج الصغار، ولكن بقي مع ذلك دائما أن من أبرم عقدا مستوفيا أركانه وشروطه مهما تكن سن أحد طرفيه، فهو عقد صحيح شرعا وقانونا، لأنه لو لم يكن كذلك لاعتبرت العلاقة ما بين الزوج والزوجة هتك عرض (الاغتصاب)، وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 336 من قانون العقوبات.

الخاتمة:

من خلال ما سبق عرضه، يتضح جليا أن المشرع وبمنعه زواج من لم يكتمل الأهلية القانونية المقررة في المادة 07 من قانون الأسرة إلا إذا حصل على ترخيص من القاضي، يكون هدفه الحد من زواج الصغار لما يترتب على ذلك من أضرار اجتماعية وصحية تحول دون تحقيق مقاصد الزواج من المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، كما قرره المادة 4 من قانون الأسرة، إلا إذا تبين للقاضي وفي إطار سلطته التقديرية وجود مصلحة أكيدة دافعة إلى الزواج فيرخص في الزواج أثرا للمصلحة.

وبهذا يكون المشرع قد خالف الأصل وهو حلية الزواج، لأن الزواج وضع تنظيميا لأمر طبيعي وهو الضرورة الدافعة لتلاقي الذكر بالأنثى متى بلغا سن النضج الجنسي ليس بينهما مانع شرعي، ويستحيل لأي مشرع ومن خلال نصوصه القانونية أن يمس هذا الأصل، وإذا الظروف فرضت على المشرع القيام بإجراءات للحد من زواج الصغار لمصلحة يراها ضرورية، فينبغي أن لا تصل هذه الإجراءات المتخذة من طرف المشرع إلى منع زواج دون السن المحددة قانونا.

وعليه، ينبغي على المشرع أن يعيد النظر في قانون الأسرة في هذه المسألة من خلال مراعاته للمبدأ وهو حلية الزواج، وإذا فرضت المصلحة أن يحد من زواج الصغار، فعليه أن يمنح قاضي شؤون الأسرة سلطة الترخيص بزواج الصغار إذا ثبتت قدرة الطرفين على تحمل تكاليف الزواج بالاستعانة بخبرة طبية أو بحث اجتماعي، وبعد الاستماع للقاصر وولييه الشرعي. كما عليه أن يمنع ضابط الحالة المدنية أو الموثق من تحرير عقود الزواج الرسمية لمن يكتمل الأهلية المنصوص عليها في المادة 07 من قانون الأسرة إلا بعد الحصول على ترخيص قضائي، كما يمنع على القضاة سماع دعوى الزوجية إذا كان أحد الزوجين أو

كلاهما دون السن القانوني وقت رفع الدعوى. ولكن يبقى مع ذلك الزواج المبرم دون السن القانوني ودون ترخيص صحيحا مرتبا لآثاره. وهذه الطريقة يكون المشرع قد جسد من خلال النص القانوني تحقيق المصلحة بالتقليل من زواج الصغار، مع بقاء الأصل وهو حلية الزواج مهما كانت سن أحد طرفيه.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- القوانين:

قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 23 أبريل سنة 2008.

قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 12 يونيو سنة 1984، والمعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 27 فبراير سنة 2005.

قانون 63-244، المؤرخ في 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج.

ثانيا- الكتب:

1- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج9، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1351هـ.

2- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، دار المعارف، القاهرة، 1991.

3- الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، د س ن.

4- الغوتي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

5- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هوم، الجزائر، 2015.

- 6- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج4، دارالمعرفة، بيروت، 1989.
 - 7- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط4، دار هومه، الجزائر، 2013.
 - 8- عجة جيلالي، مدخل للعلوم القانونية، ج1، برتي للنشر، الجزائر، 2009.
 - 9- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط1، دار الفكر، بيروت، 2010.
 - 10- عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، ج2، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2012.
 - 11- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، ط3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 1428هـ - 2007م.
 - 12- عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، مطبعة انسيكلوبديا، الجزائر، 2015.
 - 13- عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.
 - 14- محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، ط2، دار الوعي، الجزائر، 2025.
 - 15- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009.
 - 16- محمد بن فراموز بن علي الحنفي الشهير بملا خسرو، مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول، شركة صحافية عثمانية، 1321.
 - 17- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ط17، دار هومه، الجزائر، 2009.
 - 18- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ط3، دار الثقافة، الأردن، 1431هـ - 2010م.
- ثالثا - المذكرات والأطروحات العلمية:

- طواهري محمد، العقود الباطلة والفاصلة وتأثيرها على عقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2020-2021.

رابعاً - الدوريات والمجلات:

- المقالات:

- 1- أحمد شامي، المرسوم الرئاسي رقم 16-254 وأثره على أحكام الترخيص القضائي بزواج القاصر في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، مجلد6، 2020، عدد2.
- 2- اسمهان عفيف، الترخيص القضائي بالزواج كآلية لحماية القاصر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة شلف، مجلد 12، 2019، عدد4.
- 3- تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010، ص105.
- 4- تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، م ج، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، عدد1.
- 5- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، م ج، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999، عدد4.

الهوامش:

- ¹ - أنظر، محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج1، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009، ص149.
- ² - أنظر، شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج4، دارالمعرفة، بيروت، 1989، ص194.
- ³ - أنظر، أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، دارالمعارف، القاهرة، 1991، ص331.
- ⁴ - قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 12 يونيو سنة 1984، والمعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 27 فبراير سنة 2005.

- ⁵ - أنظر، عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، ج2، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2012، ص9
- ⁶ - أنظر، تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010، ص105.
- ⁷ - أنظر، تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، م ج، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، عدد1، ص36-37.
- ⁸ - أنظر، اسمهان عفيف، الترخيص القضائي بالزواج كآلية لحماية القاصر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مجلد 12، 2019، عدد4، ص258.
- ⁹ - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد21 المؤرخة في 23 أفريل سنة 2008.
- ¹⁰ - أنظر، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج9، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1351هـ، ص459؛ شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ج4، ص212.
- ¹¹ - أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومه، الجزائر، 2015، ص203.
- ¹² - تشوار جيلالي، الثغرات...، مرجع سابق، ص107.
- ¹³ - تشوار جيلالي، حماية...، مرجع سابق، ص25.
- ¹⁴ - محمد الكشور، مرجع سابق، ص227.
- ¹⁵ - أنظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، م ج، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999، عدد4، ص79-80.
- ¹⁶ - أنظر، محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ط3، دار الثقافة، الأردن، 1431هـ- 2010، ص110-111.
- ¹⁷ - أنظر، عمرزودة، الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، مطبعة انسيكلوبديا، الجزائر، 2015، ص274 وما يليها.
- ¹⁸ - المحكمة العليا، غ م، 2011/02/17، ملف رقم 652841، م م ع، 2011، عدد2، ص122.
- ¹⁹ - المحكمة العليا، غ ت و ب، 2013/10/03، ملف رقم 0917842، م م ع، 2013، عدد2، ص221.
- ²⁰ - عمرزودة، مرجع سابق، ص278.
- ²¹ - أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط4، دار هومه، الجزائر، 2013، ص27.

- ²² - أنظر، أحمد شامي، المرسوم الرئاسي رقم 16-254 وأثره على أحكام الترخيص القضائي بزواج القاصر في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، مجلد 6، 2020، عدد 2، ص 611.
- ²³ - أنظر، الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 31.
- ²⁴ - أنظر، محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ط17، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 27-28.
- ²⁵ - أنظر، عجة جيلالي، مدخل للعلوم القانونية، ج1، برتي للنشر، الجزائر، 2009، ص 56.
- ²⁶ - أنظر، عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، ط3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 1428هـ - 2007م، ص 27.
- ²⁷ - قانون 63-244، المؤرخ في 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج.
- ²⁸ - أنظر، عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص 95.
- ²⁹ - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 28.
- ³⁰ - قانون 63-244.
- ³¹ - تشوار جيلالي، الثغرات...، مرجع سابق، ص 108.
- ³² - أنظر، محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، ط2، دار الوعي، الجزائر، 2025، ص 292.
- ³³ - أنظر، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، د س ن، ص 257؛ أنظر، محمد بن فراموز بن علي الحنفي الشهير بملا خسرو، مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول، شركة صحافية عثمانية، 1321 ص 325؛ أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط1، دار الفكر، بيروت، 2010، ص 252.
- ³⁴ - هناك جانب من الفقه يعتبر العقد الموقوف عقد باطل. أنظر، طواهري محمد، العقود الباطلة والفسادة وتأثيرها على عقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2020-2021، ص 44 وما يليها.
- ³⁵ - تشوار جيلالي، ثغرات...، مرجع سابق، ص 111.
- ³⁶ - تشوار جيلالي، سن...، مرجع سابق، ص 89، تشوار جيلالي، حماية...، مرجع سابق، ص ص 36-37.