

## الفصل الأول: الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

اهتم الفقه الاسلامي بكل جوانب الحياة، ورسمت لها المنهج السوي القويم وكذلك القانون الجزائري بقانون الأسرة والقانون المدني، حيث أن الفقه الاسلامي اهتمت خاصة بأركان الزواج المتعلقة بالشخص في حد ذاته وأن من بين والشروط المتعلقة بالزواج الأهلية.

بحيث هناك شروط أساسية فرض القانون الجزائري وجودها في عقد الزواج الصحيح وهي الأهلية.

وسوف نتناول في هذا الفصل في خلال ثلاث مباحث، حيث في المبحث الأول نتطرق إلى تعريف الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والمبحث الثاني سنتناول عوارضها في الفقه والقانون أما بالنسبة إلى المبحث الثالث سنتناول موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من تحديد وتقدير السن الزواج.

## المبحث الأول: مفهوم للأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وفي هذا المبحث سوف نتناول مطلبين أساسيين المطلب الأول نبين فيه تعريف الأهلية وأنواعها في الفقه الإسلامي أما المطلب الثاني نتطرق إلى تعريف الأهلية في القانون الجزائري وأنواعها.

### المطلب الأول: تعريف الأهلية وأنواعها في الفقه الإسلامي

وفي هذا المطلب ندرس فرعين الأول تعريف الأهلية والثاني أنواع الأهلية

#### الفرع الأول: تعريف الأهلية في الفقه الإسلامي

**1- لغة:** هي صلاحية الشخص لي وجوب الحقوق المشروعة له او عليه فيقال فلان اهل للاحترام اي مستحق له وفلان اهل للقيام بهذا العمل أي صالح له<sup>1</sup>

يقصد بالأهلية في الفقه الإسلامي صلاحية الشخص الإلزام والالتزام، بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق قبل غيره.

**2-إصطلاحاً:** هي حقه يقدرها الشارع في الشخص تجعله صاحبا خطاب شرعي أي صلاحيته بحقوق له او عليه<sup>2</sup>

فإذا كان الشخص أهلاً لثبوت الحقوق المشروعة له، وثبوت الحقوق المشروعة عليه وأهلاً لأن يلتزم حقوق ينشأ أسبابها القولية ، كانت عند الأهلية بجزأياها أو كانت عنده ما يسمى في عرف الفقه أهلية الأداء<sup>3</sup>

وإذا كان للشخص صلاحية لثبوت الحقوق له وجوب الواجبات عليه كإنتقال الملك له وكوجوب نفقته على الغير ان لم يكن له مال ، فهي أهلية الوجوب<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن علي الجرجاني: التعريفات، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405 م م ج ، ص 120

<sup>2</sup> شمس الدين الشرسخي: المبسوط، ط2، دار المعرفة ، بيروت ، 1992م ، ج7 ، ص315

<sup>3</sup> الامام محمد أبو زهرة : الأحوال الشخصية ، ط2 ، دار الفكر العربي ، بيروت لبنان ، 1950، ص261.

<sup>4</sup> محمد سراج : نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، طبع سعد سمك، بدون سنة طبع، ص64.

عبد الرحمن بن كيسان الأصم ( 201 هـ / 816 م - 279 هـ / 892 م )، البصرة (فقيه ومفسر ومتكلم معتزلي، عده القاضي عبد الجبار من الطبقة السادسة من الاعتزال، والتي وُضع على رأسها أبا الهذيل العلاف). كان جليل المقدار، يكاتبه السلطان، لكنه كان صبوراً على الفقر، منقبضاً عن الدولة، وكان يصلي خلفه في مسجده في البصرة ثمانون شيخاً من علماءها، وهو أحد من له الرياسة في حياته.

أهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الرشيد الذي لم يحجز عليه أما ناقص الأهلية فهو من كان عنده أهل التميز ولكنه لم يكن عنده كمال العقل، حيث يرى ابن شرمة وأبوبكر الأصم وعثمان البتي رحمهم الله أنه لا يتزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا لقوله تعالى: " حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله حسيبا " النساء<sup>16</sup> .

ولم يشترط جمهور الفقهاء لانعقاد الزواج البلوغ والعقل وقالوا بصحة الزواج الصغير والمجنون.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني: أنواع الأهلية في الفقه الإسلامي

تنقسم الأهلية إلى قسمين أولهما أهلية الوجوب وثانيهما أهلية الأداء:

### أولا: أهلية الوجوب

#### 1-تعريفها

أهلية الوجوب معناها الصلاحية لثبوت الحقوق المشروعة للشخص وعليه، فأهلية الوجوب تثبت بها الحقوق والالتزامات في الذمة وهذه الأهلية مناطها الإنسانية وتتعلق بها إذا ثبت للإنسان بمجرد وجوده في الرحم قبل الولادة.

لذا يثبت الحق في الميراث ممن يموت من أقاربه إذا تحققنا من وجوده عند موت قريبه<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> سورة النساء الآية 6.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق سوريا، ج9، ص6682.

<sup>3</sup> محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص77.

عثمان البتي فقيه البصرة أبو عمرو بياع البتوت اسم أبيه مسلم وقيل أسلم وقيل سليمان وأصله من الكوفة حدث عن أنس بن مالك والشعبي وعبد الحميد بن سلمة والحسن وعنه شعبة وسفيان وهشيم ويزيد بن زريع وابن علية وعيسى بن يونس وثقه أحمد والدارقطني وابن سعد وابن معين فيما نقله عباس عنه وروى معاوية بن صالح عن ابن معين ضعيف وقال أبو حاتم شيخ يكتب حديثه وقال ابن سعد له أحاديث كان صاحب رأى وفقه

بن سبرمة هنا هو : عبد الله بن شبرمة : " الإمام العلامة فقيه العراق قاضي الكوفة " كما قال الحافظ في سير أعلام النبلاء: (347/6) و قال الحافظ المزي في تهذيب الكمال : (76/15) " عداة في التابعين " وهو من رجال مسلم والمقصود في هذا الأثر بأنه كان لا يشرب النبيذ الذي كان يشربه أهل الكوفة

تعني صلاحية الإنسان لوجوب حقوق على غيره، ولأن تجب لغيره حقوق عليه فيلتزم بها وبتحملها كتملك الأشياء والنسب وغيرها وتحمل الواجبات كما الإنفاق على من تجب عليه نفقته وتثبت هذه الأهلية كما يقدر الفقهاء لكل انسان حي طوال حياته صغيرا كان أو كبيرا وسواء كان سفيها أو رشيدا عاقلا أم مجنونا.

أي أن هذه الأهلية الأداء لأثبتت كاملة لجميع الأشخاص بل قد تكون لبعضهم معدومة أو ناقصة أو يتوجب لثبوتها توفر قدر كافي من العقل والإدراك والتميز يسمح للشخص بمعرفة أعماله والتبصر فيها ويشمل هذا الوصف كل من فقد العقل بجنون أو كان ناقصا كالمعتوه<sup>1</sup>.

وهي صلاحية الشخص بالإلزام والالتزام: فهي شخصية قانونية تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته شاملة لكل الحقوق والالتزامات أيما ما كان نوعها وتستمر لغاية وفاته.

وتثبت هذه الأهلية للإنسان بثبوت الذمة والذمة في اللغة العهد وفي الاصطلاح عبارة عن وصف يعبر به للإنسان أهلا لما له ولما عليه وبهذا يتصور الأصوليون والفقهاء الذمة بمزلة ظرف أو وعاء يشتمل على جميع ما للإنسان من حقوق وما عليه من واجبات وهي تثبت للإنسان طبقا لهذا التصور من حياته ولا تنفك عنه مدة وجوده<sup>2</sup>

## 2- أقسام أهلية الوجوب:

تنقسم أهلية الوجوب إلى:

أهلية الوجوب الناقصة: وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق الضرورية له فقط دون مطالبته بحقوق غيره ومن هذا الصنف الجنين في بطن أمه<sup>3</sup>.

وتثبت للإنسان قبل ولادته وإنما كانت ناقصة لأنها (تثبت سوى الحقوق) أما الواجبات فلا تلزمه وتثبت له بهذه الأهلية الناقصة التبرعات والوصية والميراث ولا تجب عليه النفقات ولا تحمل الدية مع العاقلة ولا الزكاة فيما يحجز له من أموال<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> بختي العربي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي قانون الأسرة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013م، ص156.

<sup>2</sup> محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 78.

<sup>3</sup> بختي العربي: المرجع السابق، ص156.

أهلية الوجوب الكاملة: وتتمثل في صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له أو عليه وتثبت له الأهلية المولود بمجرد خروجه من بطن أمه حياً<sup>2</sup>.

وهي التي تثبت بها الحقوق والواجبات معا وإنما تكون للشخص بعد ولادته ويجري التفريق فيها بينما تثبت منها قبل البلوغ وبعده ويترتب على ثبوت أهلية الوجوب الكاملة وقبل البلوغ:

أ- ثبوت الواجبات التي تصح نيابة وليه في أدائه ولذا يجب عليه قيمة ما يتلفه وتثبت هذه القيمة في ذمته ولكن وليه هو الذي يطالب بأدائها ويجب عليه نفقته أقاربه الفقراء ، والواجبات أو الالتزامات التي تصح فيها نيابة الولي هي الواجبات المالية وتجب الزكاة في ماله عند الجمهور لصحة نيابة الولي عنه في أدائها خلافا للأحناف الذين يرجحون جانب العبادة في الزكاة ولا يرونه مكلفا بها لهذا.

ب- عدم تكليف السعي بالعبادات التي لا تجري فيها النيابة عنه كالصلاة والصوم.

ت- عدم وجوب العقوبات في حقه لأنه لا تجرى فيها النيابة أيضا ويجوز تأديب الصبي وإيداعهما في يد أمين لقصد الإصلاح والتأديب ، ولكن لا يجوز عقابهما لأنهما ليسا أهلا للتكليف بالخطاب الجنائي.

وبهذا فإن أهلية الوجوب التي يتمتع بها الصبي قاصر ولا تثبت له في مجالات التكليف المختلفة، إذا رأينا أن الخطاب الجنائي لا يثبت في حقه أما بعد البلوغ وثبوت العقل فتتصف أهلية الوجوب الكاملة بأنها مطلقة غير قاصرة وتشمل جميع مجالات التكليف التي تقبل نيابة الولي في الأداء التي لا تقبل مثل هذه النيابة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص78.

<sup>2</sup> بختي العربي: مرجع سابق، ص 157.

<sup>3</sup> محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص79.

**الوقف** في اللغة هو: الحبس والمنع، وقد عرف الوقف (اصطلاحاً) بعض الشافعية بقولهم: "هو حبس مال يمكن الإنتفاع به، مع بقاء عينه، على مصرف مباح". والوقف نوعان: "وقف خيري" يتعلق بالجانب الخيري لصالح الناس عموماً، وهو ما ورد فيه حديث للرسول محمد عن "الصدقة الجارية" التي يستمر ثوابها حتى بعد ممات صاحب الصدقة. أما النوع الآخر فهو "الوقف الأهلي (الذري)" الذي يوقفه المرء لصالح ذريته من بعده للإنتفاع به.

**المضاربة** في اللغة هي مشتقة من **الفعل** "ضرب" فالضرب بمعنى الكسب وهي أيضاً مشتقة من الضرب في الأرض يضرب ضرباً بمعنى سار في ابتغاء الرزق، ابتغاء الخير

## • الشخص الاعتباري:

تقابل أهلية الوجوب التي ينعم بها كل شخص منذ بداية وجوده وما يعرف بالشخصية القانونية التي تعني الصلاحية لترتب الحقوق والواجبات غير أن الشخصية القانونية يجري التميز في أخلاقها بين الشخص الطبيعي الذي هو الإنسان وبين الشخص الاعتباري الذي يحكم له القانون بمقتضى ذلك بالحق في الملك والتملك والتصرف والتقاضي بواسطة ممثله وتفيد عبارات جمهور الفقهاء المسلمين أنهم يقتصرون أهلية الوجوب على الشخص الطبيعي لأن مناطها عندهم كما تقدم هو الإنسانية ، أما الحيوانات والجمادات فقد أكدوا أنها لا تتمتع بأي نوع من أنواع الأهلية ومع ذلك فقد اتجه بعض من الباحثين أن الفقه الإسلامي قد اعترف بنوع من شخصية الاعتبارية لبعض الجهات كالوقف والمضاربة وبيت المال. فإنها تتمتع بنوع من الاستقلال عند ممثليها والعاملين عليها فمتولي الوقف يستطيع أن يقترض له ولا يطالب هو وأهله بما اقترضه إذا أخرج من وظيفته ولو اشترى المضارب أرضاً على ذمة المضاربة إلى جوار أرض رب المال.

وقام سبب استحقاق الشفعة كان لرب المال أن يطالب بالشفعة لنفسه وكذا بحق للمضارب المطالبة لنفسه بالشفعة في الأرض المشتراة على ذمة المضاربة وكل هذا يدل على معرفة الفقه الإسلامي لنوع من الشخصية الاعتبارية أو القانونية<sup>1</sup>.

## ثانياً: أهلية الأداء

1. تعريفها: هي صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً<sup>2</sup>.

تعنى صلاحية الشخص للالتزام بعبارته وصدور الأفعال وممارسة التصرفات الحقوقية بنفسه على وجه يعتد به شرعاً ومناط هذه الأهلية: التمييز والعقل.

---

بيت مال المسلمين أو بيت مال الله هو المبنى والمكان الذي تحفظ فيه الأموال العامة للدولة الإسلامية من

المنقولات، كالفيء والخمس والغنائم ونحوها، إلى أن تصرف في وجوها .

<sup>1</sup> محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 79-80.

<sup>2</sup> وهيبة الزحيلي : الوجيز في أصول الفقه، ص 157.

حيث التمييز يجعل الشخص مدركا لما يقول وما يفعل وأعتبر الطفل وهو من دون سبع سنين فاقد أهلية الأداء في هذه الفترة لظنه عدم التمييز وهي التي لا تتم إلا ببلوغه سن التمييز أي عندما يكون قادرا على فهم الخطاب.

## 2. أقسامها:

تنقسم أهلية الأداء إلى :

- 1-أهلية الأداء الكاملة: فالإنسان في نظر الشارع من لحظة انعقاده نطفة في بطن أمه إلى موته يمر بأربع أطوار يكون له في كل طور من الأهلية ما يناسب الأهلية بصفة عامة
- 2-أهلية الأداء الناقصة: من المعروف أن أهلية الأداء عند الإنسان تمر بمرحلتين، مرحلة التمييز وتبدأ ببلوغ الصبي سبع سنين ويتمتع فيها بأهلية أداء تناسب سنه وتبعا لذلك اعتد الشارع بعبارته في مواضيع وألغاها في مواضيع أخرى.

- أ- طور الإجتان : تثبت له ذمة مستقلة عن ذمتها منذ أن يكون نطفة في بطن أمه باعتباره نفسا مستقلة عن نفسها وتستمر معه إلى أن يولد حيا أو بدت عليه علامات الحياة كالنبكاء والصراخ ويثبت له النسب، الميراث، استحقاق الوصية..<sup>1</sup>الخ
- ب- طور الطفولة: وفيه يكون صغيرا غير مميز وتثبت له في هذه السن أهلية وجوب كاملة التي تجعله أهلا للالتزام مثلا إذا وهب له شيء صحة الهبة له واستحقها. أما العبادات البدنية والعقوبات المالية والبدنية فلا يكون الطفل أهلا للالتزام بها فهو في هذا الطور غير مكلف بالصلاة ولا بالصوم ولا تجب عليه الدية والقصاص.
- والالتزامات المالية التي فيها تعويض لقيمة المتلفات لإنسان ما.

- ت- طور التمييز: ويبدأ هذا الطور من يوم بلوغ الطفل سن السابعة من عمره ويمتد إلى البلوغ وتثبت للولد في طور التمييز أهلية وجوب كاملة التي تمتع بها من قبل وهنا تثبت له أهلية أداء ناقصة حيث أن أهلية الأداء الكاملة لا تتحقق إلا بالعقل والإدراك.

<sup>1</sup> بختي العربي:المرجع السابق،ص ص 157-158.

غير أن أهلية الأداء الناقصة التي تثبت له في هذا الطور تجعله أهلا لصدور بعض الأفعال والأقوال يعتد بها شرعا.

وقد قسم الفقهاء التصرفات المالية المعتد بها إلى الأقسام التالية

- **التصرفات المالية الضارة ضررا محضا:** وهي التي تعود على الولد بالضرر الأكيد دون أن تكسبه نفعا مثلا تبرعه لغيره بهبة أو صدقة من المال الخاص به فهذا النوع لا يستطيع الولد إجرائها وإذا قام بها تعتبر باطلة.
- **التصرفات المالية النافعة نفعا محضا:** وهي التي تعود عليه بنفع أكيد دون أن يخسر مقابلها شيئا مثلا يقبل الولد هبة أو صدقة يتبرع له بها إنسان يستطيع إجرائها وتعتبر صحيحة ونافذة.
- **التصرفات الشرعية الدائرة بين النفع والضرر:** أو المحتملة للنفع والضرر أي تحتل أن تجلب له الربح كما تحتل أن تجلب له الخسارة مثلا البيع والإجازة. حيث يعتبر صحيحا<sup>1</sup> مبدئيا لكنها تبقى موقوفة وقد تكون قابلة للإبطال إلا إذا أذن وليه فالولد المميز يستطيع إعادة النظر فيها التصرفات بعد بلوغه سن الرشد له أن يبطلها أو يجيزها.

**طور البلوغ:** ويعد الولد بالغا إذا بدأ النشاط الجنسي عند الذكر والأنثى أي يصلحان فيه التنازل الذكر 18 سنة عند مالك وأبي حنيفة.

وعند المالكية البلوغ في القول المشهور استكمال سن الثامنة عشرة ذكرا كان أو أنثى والشافعية فهو بلوغ سن الخامسة عشرة.

أقل مدة تظهر فيها أعراض الأنوثة على الفتاة في الغالب هي تسع سنين وإثنتا عشر سنة عند الفتى فإذا بلغ الإنسان اعتبر بالغا واستحق كل أحكام البالغين.

لا خلاف بين الفقهاء في أنه عندما يبلغ الولد رشيدا يكون قد جاوز طور التمييز ودخل طور البلوغ والرشد<sup>2</sup> لقوله تعالى: " وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلكم كذلك يبين الله لكم آياته والله عليم حكيم " <sup>1</sup>.

<sup>1</sup>بختي العربي:المرجع نفسه، ص ص 158-159.

<sup>2</sup>بختي العربي:المرجع نفسه، ص 160.



ولهذا يؤذن له يتصرف فيكتب بأهلية أداء كاملة وتسلم له أمواله لإدارتها وتطلق له في مزاولة الأعمال والتصرفات وتعتبر صحيحة لا باطلة ولا قابلة لإبطال واء كانت نافعة نفعا محضا ،أو ضارة ضررا محضا أو بين النفع والضرر لقوله تعالى: " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم .."<sup>2</sup> .

## المطلب الثاني: تعريف الأهلية وأنواعها في القانون الجزائري

نتناول فرعين الأول تعريف الأهلية في القانون الجزائري والثاني أنواعها.

### الفرع الأول: تعريف الأهلية في القانون الجزائري

هي قدرة الشخص على توجيه إرادته لإحداث آثار قانونية لحساب الخاص ومناطقها العقل والإدراك<sup>3</sup>.

يقصد بها صلاح الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك.

وأحكام الأهلية تمس النظام العام في الصميم ، لأنها تؤثر تأثيرا بالغا في حياة الشخص القانونية والاجتماعية<sup>4</sup> لذا نصت المادة 45 ق.م.ج "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها .."

م40 ق.ع.ج " كل شخص بلغ سن الرشد متمنعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه كون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية "

م42 ق.ع.ج " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا لتمييز لصغر السن أو مجنون..<sup>5</sup>"

"يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة .."<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> سورة النور: الآية 58.

<sup>2</sup> سورة النساء: الآية 6.

<sup>3</sup> زبيدة أقروفة: المرجع السابق ،ص 11.

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي:الواضح في شرح القانون المدني،ط2009،م4،ص ص 152-153.

<sup>5</sup> الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ،ج ر عدد 78،المؤرخ في 30/09/75 العدل والمتمم بعدة أوامر .

الأهلية الشرعية هي صفة تمكن الشخص قانونا من الإلزام والالتزام وهي الأصل وعدم الأهلية هو الاستثناء ويمكن للشخص أن يتمتع بالملكية دون التصرف فيها أو حق مباشرتها كالصغير والمجنون فيملكانها بواسطة الوصي أو القيم فلا يباشر الصبي غير المميز ومن في حكمه شيئا<sup>1</sup>.

م 43 ق م : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا كفالة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"

م 44: " يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة فمن الشروط وفقا للقواعد المقررة في القانون"<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: أنواع الأهلية في القانون الجزائري

تنقسم الأهلية في القانون الجزائري إلى قسمين أهلية وجوب وأهلية أداء ولكن أكثر ما يركز عليه القانون هو أهلية الأداء لأنها هي مناطها العقل والإدراك والتمييز.

#### أولا: أهلية الوجوب

فهي شخصية قانونية تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته شاملة لكل الحقوق والالتزامات أيا ما كان نوعها وتستمر لغاية وفاته وهي أهلية وجوب كاملة وتتعدى لتلحق حتى الجنين في بطن أمه.<sup>3</sup>

وهي أيضا صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات<sup>4</sup>.

ومن التعريفين السابقين نستخلص أن أهلية الوجوب تثبت للإنسان من وقت ولادته حيا إلى حيث وفاته بغض النظر عن كونه عاقلا أو غير عاقل صغيرا أو كبيرا أي أن القانون منحه القدرة على أن تظهر في ذمته كل أنواع الإلتزامات والحقوق وهذا ما نسميه بالشخصية القانونية .

#### ثانيا: أهلية الأداء

<sup>1</sup> عبد الكريم شهبون : الشافي في شرح مدونة الأسرة، ط1، سنة 2006، ج1، ص 71.

<sup>2</sup> القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج ررقم 44، ص 21.

<sup>3</sup> زبيدة اقروفة: المرجع السابق، ص 10 .

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي : المرجع السابق، ص 152.

هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ومناط أهلية الأداء هو التمييز فإذا كان الشخص فاقد التمييز تماما تكون أهليته معدومة وإذا كان غير مستكمل للتمييز يكون ناقص الأهلية ولا يكون كامل الأهلية إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز والتقدير<sup>1</sup> أهلية الأداء مناطها العقل والإدراك<sup>2</sup>.

### ثالثا: تدرج الأهلية

(1) **مرحلة انعدام الأهلية:** وتبدأ من الولادة لغاية سن الثالثة عشر (م 42 ق.م.ج) "يعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 عشر سنة) بعد أن كانت سابقا قبل تعديل القانون المدني 2005 ستة عشر سنة<sup>3</sup>. أي سن معقولة بالنسبة إلى عصرنا هذا الذي انتشر فيه التعليم الإلزامي منذ الطفولة وكثرت فيه وسائل التربية والتثقيف والإذاعة المسموعة والمرئية. والولاية في هذه المرحلة تامة على الصغير (م 81 ق. أ. ج) حيث ينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم حسب الأحوال وعبارته لا تنتج أي أثر قانوني بل محكوم عليها بالبطلان المطلق ولا تصححها الإجازة ولو كانت نافعة نفعا محضا لانعدام الإدراك والتمييز<sup>4</sup> (م 82 ق أ ج).

" من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة " <sup>5</sup>.

وهذا ما تطابق الفقه الإسلامي والقانون عليه.

وقد أثبت القانون للحمل حقوقا إذا كانت الشخصية الطبيعية لإنسان تبدأ من حيث الولادة وتنتهي بوفاته (م 25 ق.م.ج) حيث تصح له الهبة (م 209 ق.أ.ج) والوصية (م 187 ق.أ.ج)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 153.

<sup>2</sup> زبيدة أقروفة: المرجع السابق، ص 11.

<sup>3</sup> الأمر 75.58 المؤرخ في 26-09-75 "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو عته أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر"

- عدلت بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر رقم 44، ص 21.

<sup>4</sup> زبيدة أقروفة: المرجع السابق، ص 13.

<sup>5</sup> القانون رقم 84-11 المؤرخ في 29 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل المتمم.

<sup>6</sup> زبيدة أقروفة: المرجع السابق، ص 15.

(2) **مرحلة نقصان الأهلية:** وتبدأ هذه المرحلة من بلوغ سن الثلاثة عشر من عمره حتى يبلغ سن الرشد وهو تسعة عشر سنة كاملة (19 سنة) (م40 ق.م.ج) وتثبت له أهلية أداء ناقصة (م43 ق.م.ج) وفي هذه المرحلة تثبت للصبي المميز أهلية الاغتناء فيبرم التصرفات التي تعود عليه بالنفع نفعاً محضاً دون حاجة إلى تدخل وليه أو وصيه فيقبل بمفرده أهلية وكفالة الدين<sup>1</sup>.

وفي هذه المرحلة تثبت للقاصر أهلية أداء وتصرف ناقصة مع الإشارة إلى أن كلا من القانون المدني وقانون الأسرة لم يتناولوا بالتفصيل تصرفات الصبي المميز بل اقتصر على إشارات مختصرة يشوبها العموم في مواده الثلاث 43.79.101 من القانون الجزائري ومادة واحدة 83 من قانون الأسرة الجزائري.

إلا أن تصرفات القاصر في هذه المرحلة لا تخرج عن إطار أحد الأقسام الآتية (م83 ق أ ج ) .

- **التصرفات النافعة نفعاً محضاً:** وهي التصرفات التي تؤدي إلى تمليك القاصر مالا أو حيازة منفعة دون عوض أو تكليف بالوصية فهي صحيحة يعتد بها القانون حيث يعتبر الصبي المميز يتمتع بأهلية أداء كاملة م 83 ق أ ج فيما سبق ذكرها.
- **التصرفات الضارة ضرراً محضاً:** هي التصرفات التي تؤدي إلى خروج المال من ذمة الصغير دون مقابل أو عوض مثل الوقف، وتعتبر هذه التصرفات باطلة بطلاناً مطلقاً ولو أجازها الولي (م83 ق أ ج) ويشترط فيها أهلية التبرع وهو ليس أهلاً والولي كذلك لا يستطيع إجازة التبرع<sup>2</sup> بما ليس له. وشرعاً لا تجوز وصية الطفل والمجنون في قول أهل العلم وتصح من الصبي المميز والسفيه كعبادتهما لأنها لا تنفذ إلا بعد وفاتهما .

(م 203 ق أ ج) : "يشترط في الواهب ان يكون سليم العقل بالغاً من العمر تسع عشرة سنة وغير محجور عليه"

(م215 ق أ ج) : " يشترط في الواقف والموقوف ما يشترط في الواهب طبقاً للمادتين 204 و 205 من هذا القانون<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 156.

<sup>2</sup> زبيدة إيبروفة: المرجع السابق، ص ص 16-17-18.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، ص ص 16-17-18.

- **التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:** وهي التصرفات التي يكون فيها الضرر أو النفع غير محقق الوقوع. فيحتمل الربح أو الخسارة مثل التأمين، البيع، الشراء، محكمها القانوني أنها موقوفة على إجازة الولي أو الوصي أو القاضي حسب الأحوال تأسيا على مصلحة القاصر (م83 ق أ ج).

لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه منفعة بسبب تنفيذ العقد كأن يكون قد سدد ديونا عليه..الخ

ولم يبين القانون الجزائري طبيعة ومجال ونوع التصرفات الكلية أو الجزئية التي يباشرها القاصر المميز بإذن من المحكمة والتي تخول له موطنا خاصا غير موطن نائبه القانوني في (م83 ق م ج) كما لم يوضح قيذا واضحا وحدد درجة خطورة التصرفات التي تصدر من القاصر ويكون بين النضج والضرر<sup>1</sup>.

- **مرحلة كمال الأهلية:** ببلوغ سن الرشد وهي تسعة عشر سنة ميلادية كاملة م 40 (ق م ج) يستكمل الصبي أهليته ، وإنما يشترط أن يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية (م40-1) (ق م ج) فإذا بلغها مجنوناً أو معتوها بقيت حالة قصره واستمرت الولاية على ماله لوليه أو وصيه حسب الأحوال (م44 ق م ج) ونصت المادة م86 من ق أ ج :

" من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني".

وتتص المادة 84 من ق أ ج : " للقاضي أن يأذن لمن لم يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كلياً في أمواله بناء على من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يببر ذلك". إن نص المادة 84 ق أ ج يخالف القانون المدني الجزائري الذي جعل سن التمييز الثمانية عشر م 2/38 وكان من الواجب أو الضروري أن تكون هي سن الترشيح واحد حتى لا يتعارض القانونان<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني: عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وسوف نتناول في هذا المبحث مطلبين الأول نتعرض إلى عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي أما المطلب الثاني نتطرق إلى عوارض في القانون الجزائري.

<sup>1</sup> زبيدة إقروفة: المرجع سباق، ص ص 19-20-22.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي : المرجع السابق ، ص 156.

## المطلب الأول: عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي

**العارض:** وهي أوصاف تعرض للإنسان فتأثر في أهليته، ويقسمها الأصوليون إلى نوعين عوارض سماوية وعوارض مكتسبة :

### الفرع الأول: عوارض سماوية

هي التي لا دخل للإنسان في إكتسابها وتحصيلها وأهمها: الجنون ، العته ، الإغماء، المرض<sup>1</sup>.

#### أولاً:الجنون

1-**تعريفه:** اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبیحة المدركة للعواقب بأن لا تظهر أثارها وتتعلل أفعالها، فهو مرض يصيب العقل ويمنع جريان أفعال الإنسان وأحواله على مقتضى الاستواء و الاستقامة<sup>2</sup>.

**لقوله تعالى:** " فإذا كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يملّ هو فيمملّ وليه بالعدل"<sup>3</sup>.

يخص تعريف الأطباء:

**الأطباء العقلیین:** آفة تعتري العقل فتسلب الإدراك وتذهب به وهو يفسد العقل ويزيله.

**عند المالكية:** إن المجنون هو المغلوب على عقله، فيصير لا يعقل بقوله ولا يضبطه.

**عند الأحناف:** إن المجنون اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبیحة<sup>4</sup>.

وينافي الجنون أهلية الأداء، التي مناطها العقل والتمييز ولذا لاتصح عباداته ولا يخاطب بها وتبطل تصرفاته المالية ولا يعاقب بما يرتكب من الجرائم جرائم الحدود كالزنا وشرب الخمر، والقذف إلخ كما لا

<sup>1</sup> محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 83.

<sup>2</sup> زبيدة إقروفة: المرجع السابق، ص 34.

<sup>3</sup> سورة البقرة: الآية 282.

<sup>4</sup> بختي العربي: المرجع السابق، ص 165.

يعاقب بجرائم القصاص لأنه لا عمد له ، ولو قتل المجنون أحدا متعمداً ذلك أعتبر عمده خطأ يوجب الدية ولا يخفى أن انتفاء أهلية الأداء للمجنون لا يؤثر على ثبوت أهلية الوجوب له، لأنها ثابتة له بمقتضى الإنسانية<sup>1</sup>.

## (2) أحكام تصرفات المجنون:

تقرر في مذهب المالكية أن الأهلية في إبرام العقود تتأثر بالسن كما تتأثر بسلامة العقل من الأمراض ولهذا قالوا بأن لا حضانة لمجنون لو يفيق في بعض الأحيان.

وبالنظر إلى تصرفات المجنون وتأثير صحته العقلية فيها، فإن الفقهاء لم يصححوا توكيله ولا هبته ولا وصيته، بل أوجبوا لفقده الإرادة والاختيار. ولهذا فإنه إذا أوصى عند موته بشيء فإن ذلك لا يجوز والذي له الحق في الحجر عليه هو أبوه أو وصيه إن كان قد جن قبل البلوغ<sup>2</sup>.

### ثانياً: العته

**1. تعريفه:** يعرف بأنه آفة توجب اختلال العقل فيختلط على صاحبه حتى ينسبه كلام العلماء العقلاء أحياناً وكلام المجانين أحياناً أخرى.

والعته كالمجنون في ذهاب سلامة الإدراك وإن كان الجنون أقوى لأن العته ضعف الإدراك أما الجنون فيكاد يصل إلى درجة انعدامه.

ويفرق لبيان حكم المعتوه بين المميز وغير المميز يلحق بالمجنون في عدم مساءلته جنائياً وفي بطلان تصرفاته القولية بمعنى عدم ترتيب آثارها الشرعية وعدم صحة عباداته أما المميز فحكمه حكم الصبي المميز في منع عقابه وصحة تصرفاته النافعة وبطلان ما كان ضاراً كالتبرعات ووقف تصرفاته المتردة بين النفع والضرر<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمد سراج : أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 84.

<sup>2</sup> بختي العربي: المرجع السابق، ص 84.

<sup>3</sup> محمد سراج : أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 84 .

## 2. أحكام تصرفات المعتوه:

ويرى علماء الحنفية أنه إذا زوج المعتوه نفسه أو زوج وليه الأبعد مع وجود الأقرب فإن عقد الزواج موقوف على إجازة الولي الأقرب فإن أجاز نفذوا وإلا بطل أما في ما يتعلق بأقواله فإن الاختلاف اعتبروا إقراره غير جائز فإذا اقترض شخص معتوها فستهلكه فإنه لا ضمان عليه<sup>1</sup>

إن المعتوه يتميز عن المجنون بأن الأول قليل الفهم فاسد التدبير لكنه يتصف بالهدوء ولهذا وجد رأي لا يعتبر العته جنونا وقد أخذت بذلك قوانين كثيرة لأن المعتوه حسبهم هو شخص غير كامل الوعي سيء التدبير يعين في البيوعات ولا يهتدي إلى الأعمال الربحية<sup>2</sup>.

### ثالثا: المرض

(1) تعريفه: حالة تعرض الإنسان تؤثر في القدرة على الفعل ويعرفه المرحوم أحمد إبراهيم بأنه ما يعتري الأجسام الحية من خلل أو نقص تخرج به عن حالة اعتدالها تعرض العادية قليلا أو كثيرا وقد ينتهي به الأمر إلى القضاء على الحياة والمرض نوعان:

المرض الذي يبرأ منه ألم به وأصابه ولا يعقب الموت وهو المرض العام

مرض الموت: وهو الذي لا يفصل البرء منه بين حدوث الموت وهو المرض الخاص الذي يؤثر التصرفات المختلفة<sup>3</sup>.

في رأي جمهور العلماء أن مرض الموت لا ينقص أهلية المريض ولكن يغير بعض الأحكام الناتجة عن أهلية الأداء الكاملة التي يتمتع بها.

فبمرض الشخص تحد التبرعات بثلاث المال، ولا تنفذ صدقة المريض ولا هبته إلا من ثلث ماله لا تريد كما يمنع التبرع لأحد من ورثته حتى يجيز ذلك باقي الورثة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد زميت بن عبيد، حاشية بن عبيد، ط1، دار الثقافة و التراث، دمشق، ج9، ص ص141.

<sup>2</sup> بختي العربي: المرجع سابق، ص 168.

<sup>3</sup> محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 86.

<sup>4</sup> بختي العربي: المرجع السابق، ص 172.



## الفرع الثاني: العوارض المكتسبة

إن العوارض المكتسبة هي التي تطرأ بفعل الإنسان واختياره وتؤثر في أهليته

### أولاً: السكر

هو إختلاط الكلام والهذيان ونقسم إلى نوعين:

- السكر بطريق المباح كالبنج والأدوية المتخذة للعلاج
- السكر بطريق المحذور.

#### 1) حكم السكر بطريق المباح:

لا ينافي السكر أهلية الوجوب فتثبت في ذمة السكران الواجبات التي تنشأ أسبابها عند سكره فإذا أُلّف مال غيره أو صرفه وجب عليه التعويض.

ينافي السكر أهلية الأداء فلا يكلف بأداء ماوجب عليه من العبادة أثناء سكره ولكن يجب عليه القضاء.

ينافي السكر ترتيب مسؤولية الجنائية لعدم توافر القصد الجنائي والنية.

لا تقع تصرفاته المختلفة فلا يصح منه طلاق ولا عتاق<sup>1</sup>.

#### حكم السكر بطريق المحذور:

لا ينافي السكر أهلية خطاب التكليف فيلزم السكران التكليف بالصوم والصلاة.

ينافي السكر أهلية الأداء في العبادات المختلفة فلا يصح أداءه للصلاة والصوم أثناء سكره.

تترتب المسؤولية الجنائية على أفعاله ومعاقبته بها فلا يجب عليه القصاص إذا قتل.

<sup>1</sup> محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 89-90.

لا يؤاخذ السكران إذا أقر أثناء سكره بارتكاب جريمة توجب حد كالسرقة أو القصاص وينتظر إلى حيث إفاقته فإن أقر حال صحوه بما أقر حال سكره أو ثبت ارتكابه للجريمة بدليل أو آخر عوقب عليها وإلا فإنه لا يؤاخذ بما أقر حال سكره<sup>1</sup>.

## ثانيا: السفه

صفة تعتري المصاب به تحمله على أن يصرف أمواله فيما يعود عليه بالمضرة في دينه ودنياه غير مبال لعواقب الأمور.

فهي آفة تدفع صاحبها إلى صرف المال وتبذيره خلاف مقتضى العقل السليم والشرع الحكيم كتبذيره المال في الكماليات على حساب الضروريات أو اقتناء أشياء يدفع مبالغ أضعاف قيمتها الأصلية<sup>2</sup>.

لقوله تعالى: " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيما وأرزقوهم فيها وأكسوهم وقلوا لهم قولا معروفا"<sup>3</sup>.

## (1) أحكام السفه:

في العبادات كالرشيد لا يفرق بنفسه الزكاة، ويصح زواجه بإذن الولي أو من غير إذنه وكذلك طلاقه ولعانه وخلعه ورجعته لأنها تصرفات لا تتعلق بالمال، وجب عليه الضمان كالصبي والمجنون<sup>4</sup>.

لا يحجر على السفه إلا بحكم من المحكمة، ولا يرفع عنه الحجر إلا بحكم من المحكمة كذلك فيما أخذ عدد من الفقهاء ومن بينهم الإمام أبو يوسف.

أن الحجر على السفه للمصلحة ويحتاج اثباتها والحكم بوجودها إلى من له الولاية العامة، وهو القاضي.

غير أن هناك اتجاها آخر في الفقه الإسلامي إلى ثبوت الحجر بمجرد السفه دون الحاجة إلى قضاء القاضي لأنه هو السبب في الحكم بالحجر فيتربط المسبب على سببه دون الحاجة إلى أمر خارج

<sup>1</sup> محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 89-90.

<sup>2</sup> زبيدة إقروفة: المرجع السابق، ص 30.

<sup>3</sup> سورة النساء: الآية 51.

<sup>4</sup> زبيدة إقروفة: المرجع السابق، ص 31.

عنه، وهو حكم القاضي لقد ثبت الحجر على المجنون بجنونه وعلى الصغير بصغره فيثبت الحجر على السفیه بسفه طبقاً لذلك<sup>1</sup>.

### ثالثاً: الإكراه

#### 1- تعريفه:

هو حمل الغير على القيام بفعل أو التلطف بقوله ولا يردده ولا يسعى إلى تحصيل آثاره ولو ترك وشأنه فيختار فعله اختياراً فاسداً لأنه لا يختار الفعل أو عدمه وهو صحيح الاختيار، وإنما يفعل ما يفعله باختيار فاسد لأنه يقدم على الفعل تحت وطأة الخوف من وقوع التهديد المكره به ويفرق الأحناف بين الرضا بالشيء بإرادته وبين إختياره، وعندهم أن الإكراه يعدم الرضا دون الإختيار، لأن المكره يفعل ما يفعله بإختياره الفاسد بين الإقدام على الفعل وبين وقوع التهديد.

2- حكمه: رأي جمهور الفقهاء في الإكراه أنه لا يفقد أهلية الإنسان ولا ينقصها ولكنه يغير بعض أحكامها وتصرفات الإنسان منها القولي ومنها الفعلي وبالنسبة لتصرفات الشخص القولية نجد العلماء قد قسموه إلى قسمين إثنين:

- القسم الأول من التصرفات القولية عند العلماء لا يقبل الفسخ ويتمثل ذلك في الزواج والطلاق اليمين فهذه التصرفات لا وجود للإكراه فيها. فهي تصح من المكروه ومن غير المكره وقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الطلاق المكره لا يقع واحتجوا على ذلك بالحديث: "إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"<sup>2</sup>.

وذهب الحنفية إلى وقوع الطلاق المكره ، واحتجوا على ما ذهبوا إليه بالمقياس فقد قاسوا المكره على الهازل.

- القسم الثاني من التصرفات القولية فهو في رأيهم يقبل الفسخ ، وتصير فاسدة بالإكراه، سواء أكان إكراها ملجئاً أو غير ملجئ ويتمثل ذلك في البيع والإجازة ونحوهما أما بالنسبة للتصرفات الفعلية فقد قسموها بدورها إلى قسمين أيضاً:

<sup>1</sup> محمد سراج: أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 94.

<sup>2</sup> بختي العربي: المرجع السابق، ص ص 181-182.

- القسم الأول من التصرفات الفعلية يعد فيه المكروه كأنه آلة بيد من يكرهه وبرغمه على فعل الشيء كأن يكره إنسان إنسانا آخر على إتلاف ماله. أو إزهاق روحه ونتيجة هذه الأفعال يتحمل نتائجها الأمر وليس المنفذ فالقصاص في جريمة القتل يكون بحق الشخص الذي أمر بالقتل وليس الذي نفذه، أي الذي أكره على القتل<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: عوارض الأهلية في القانون الجزائري.

عوارض الأهلية هي أمور تدرك البالغ الرشيد وتؤدي إلى أن تعدم أهليته أو تنقصها، وهي تنقسم حيث طبيعتها إلى :

عوارض تصيب عقل الإنسان فتعدم إدراكه وتمييزه وهذه هي الجنون والعتة الذي يعدم الإدراك.

عوارض تلحق الإنسان في تدبيره فتتقصه، وهي السفه والعتة ، الذي ينقص الإدراك.

عارض يصعب من وجوده على الإنسان التعبير بما يريد ويتضمن العاهات الجسمية.

### الفرع الأول: العوارض التي تصيب العقل: الجنون والعتة

اولا الجنون: اضطراب يلحق العقل فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز.

ثانيا العتة: فقد اختلف في تعريفه ، فقليل هو نوع من الجنون يتميز بأن صاحبه لا يلجأ إلى العنف ، وقال البعض أنه لا يعدم الإدراك كليا ويأخذ المعتوه حكم الصبي المميز، لأنه نص على أن العتة له حكمان، تطبيقا للمادة 42 يأخذ حكم المجنون، وطبقا للمادة 43 يأخذ حكم السفه ويلخص مما تقدم أن كلا من الجنون والعتة (إذا كان يعدم الإدراك كالمجنون) عاهة تلحق عقل الإنسان فتعدم ما فيه من الإدراك والتمييز وبالتالي أهلية الأداء<sup>2</sup>، وتنص المادة 42 على ذلك بقولها (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في سنه أو عته أو جنون، ويعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 سنة).

### الفرع الثاني: العوارض التي تصيب الإنسان في تدبيره السفه والعتة

<sup>1</sup> بختي العربي: المرجع سابق، ص ص 181-182.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص ص 157-158.

السفيه هو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع، سواء أكان ذلك في وجوه الخير أو الشر، والسفيه كامل العقل ولكن العلة في تدبير أمره لأنه يسرف في إنفاق ماله أما العته المقصود هنا هو الذي سبق بيانه من أنه لا يفقد صاحبه التمييز والإدراك كلية، وحكمه يأخذ حكم السفيه والصبي المميز، وهو نقص الأهلية طبقاً للمادة 43 م ج إذ تنص على أنه (كل من يبلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا علة، يكون ناقصاً الأهلية وفقاً لما يقرره القانون) وعلى ذلك تكون تصرفات السفيه والمجنون قابلة للإبطال لمصلحتهما<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: العوارض التي تصعب على الإنسان التعبير عن إرادته أو العاهات الجسمية - و نظام المساعدة القضائية

قد يصاب الإنسان بعاهة في جسمه، فلا تمس عقله و لا تصيب تدبيره و لذلك يبقى كامل الأهلية. غير أنه بسبب العاهة أو العجز الجسماني التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً ، و يخشى أن يقع فريسة الغلط عند إبرامه التصرفات و لذلك قرر القانون نظام المساعدة القضائية ، فنصت المادة 80 م.ج على أنه ( إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته . و يكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة )<sup>2</sup>. و يتضح مما سبق أن المساعدة القضائية ، تنقرر للإنسان بشرط أن يجمع بين عاهتين على الأقل من ثلاث ، و هي الصمم و العمى و البكم ، و كذلك يلزم أن يتفهم ظروف التصرف ، الذي يجريه ، و أن يعبر عما يريده بشأنه ، فلا يحق إخضاعه لنظام المساعدة القضائية ، و قاضي الموضوع هو الذي يقرر ذلك .

### أولاً: إثبات انعدام الأهلية أو نقصها

القاعدة الأصلية أن كل شخص كامل الأهلية ما لم يقرر القانون سلبها أو الحد منها: و لذا يقع عبء إثبات انعدام الأهلية أو نقصها على من يدعي ذلك فإذا أراد أحد المتعاقدين إبطال العقد لنقص أهليته فعليه إثبات هذا

<sup>1</sup> م 42 و 43 من القانون رقم 10.05 المؤرخ في 16 يونيو 2005 ج ر رقم 44، ص 21.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص ص 158-159 .

النقص. غير أنه إذا كان ناقص الأهلية قد اختفى نقص أهليته عن المتعاقد الآخر بطرق احتيالية ، فإن المتعاقد الآخر يحق له في حالة إبطال العقد ، مطالبة ناقص الأهلية بالتعويض عن الضرر الذي يسببه له الإبطال .

### ثانيا: التمييز بين أهلية الأداء و حالات المنع القانونية

يجب التفرقة بين أهلية الأداء و ما يصيبها من أمور تعدمها أو تنقصها لدى الشخص ، و بين حالات أخرى يجد الشخص فيها نفسه ، رغم تمام أهليته ممنوعا من مباشرته تصرفا من التصرفات لأسباب لا ترجع إلى التمييز و الإدراك ، بل تقوم على أسس أخرى و فيما يلي بيان حالات المنع القانونية :

(أ) الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون، كأموال الدولة و فروعها و المخصصة للنفع العام، فهي محبوسة عن التعامل فيها.

(ب) المنع الخاص ببعض الطوائف من مباشرة بعض الأعمال القانونية ، و من ذلك تحريم القانون على رجال القضاء و أعوانهم شراء الحقوق المتنازع فيها متى كان النظر في النزاع شأنها يدخل في اختصاص المحاكم ، التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ( المادتان 402،403،ق م ج ) و من ذلك أيضا تحريم القانون شراء الشيء على من عهد إليه ببيعه أو بتقويمه ( المادتان 411، 410،ق م ج ). فهذا المنع قصد به مراعاة مصلحة عامة أو خاصة ، و لا يرجع بحال من الأحوال إلى الأهلية<sup>1</sup>.

(ج) تنص المادة 78 مدني جزائري على ما يأتي : ( كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون )<sup>2</sup> و من هؤلاء الأشخاص الذين يصبحون فاقد الأهلية بحكم القانون ، المحكوم عليه بعقوبة جنائية خلال مدة قضاء العقوبة ، فيكون عديم الأهلية و يتمتع عليه قانونيا القيام بالتصرفات القانونية ، و يصبح محجوزا عليه بقوة القانون بمجرد الحكم عليه بعقوبة جنائية<sup>3</sup> ، و قد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه :

( من المقرر قانونا أن المحكوم عليه بالحجز القانوني يحرم عليه أثناء تنفيذ العقوبة مباشرة حقوقه المالية، و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون. و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن محكوم عليه بعقوبة جنائية ، فإن قضاء الموضوع برفضهم لدعواه الرامية إلى إبطال البيع الذي أنجزه أثناء تنفيذه لعقوبة الجنائية يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون . و متى كان

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص ص 158-159.

<sup>2</sup> عدلت بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج . ر . ر 44 ، ص 21 .

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص ص 195-160.

كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .) و قد جاء في حيثيات الحكم ما يلي : حيث أن المادة 78 من القانون تنص على أن ( كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلبه أهليته أو يحد منها بحكم القانون و الطاعن قد حد من أهليته التعاقد لديه بحكم القانون بموجب المواد 4 و 6 و 7 من قانون العقوبات و أصبح محجوزا عليه بقوة القانون بمجرد الحكم عليه بعقوبة جنائية لأن أحكام المواد 4 و 196 من قانون العقوبات تقضي بأن يكون محجوزا عليه لا يصح له التصرف و لا يملك أهلية التعاقد لا لكونه ناقص الأهلية وفق المفهوم الحقيقي فهو يتمتع بها لأنه كامل التمييز و إنما لوقوع الحجر عليه بحكم القانون لوقوعه تحت طائلة مدة تنفيذ العقوبة . الجنائية و بسبب اعتقاله من اجل ذلك الأمر الذي جعل أهلية التعاقد تنعدم لديه خلال مدة قضاء العقوبة و يمنع عليه قانونا القيام بأي تصرف مالي مادام محجوزا عليه .)

و لذلك فإن أي عمل من أعمال التصرف يجري على أموال محجوزة عليه لابد أن يكون بواسطة ، ولي أو بأمر من المحكمة و إلا كان باطلا بطلانا مطلقا وفق لأحكام م 102 ق م ج خاصة عندما يكون التعامل قد خالف نصوصا قانونية أمره مثل ما ورد في القرار المطعون فيه حيث أن قضاة الاستئناف لما قضوا برفض طلب دعوى طلب الطاعن إبطال بيع القطعة الأرضية بناء على عدم توفر ثبوت الإكراه قد أخطئوا في إعطاء الوصف القانوني الحقيقي لوقائع القضية و تكييفها تكييفا قانونيا سليما وبالتالي أخفقوا في تطبيق القانون و انحرفوا عن الصواب مما جعل قرارهم منعما للأساس القانوني الصحيح و المخالف للأحكام المبنية أعلاه . الأمر الذي يترتب عليه قرارهم<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>قرار رقم 43476 مؤرخ 1986/06/29. المجلة القضائية السنة 1993 . عدد 1 . ص 14

## الفرع الرابع : أحكام القانون الجزائري لبعض العوارض

### أولا : العته

في القانون الجزائري ، اعتبرت العاهة العقلية من موانع المسؤولية ، لأن من شأنها أن تعدم الإدراك الصحيح ، لهذا عد المعتوه في حكم النائم غير المميز ، و تعبر تصرفاته غير نافذة ، كما جاء ذلك في م 85 ق . أ . ج .

### ثانيا : السفه

أما حكم القانون في تصرفات السفه فنجد أنه متوافق مع الشرع ، فنجد المادة 101 ق أ ج " من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه و جاءت المادة 103 ق أ ج متوافقة مع رأي الفقهاء بأن الحجر لا يثبت إلا بحكم قضائي م 108 ق . أ . ج فأوجب رفع الحجر بناء على طلب المحجور عليه<sup>1</sup>

### ثالثا: الجنون

نص القانون على أن المجنون هو الذي يجهل طبعه أفعاله، و يحجر عن التميز بين الخطأ و الصواب و من ثم فإنه يفقد أهليته. و تعبير تصرفاته باطلة لانعدام إدراكه و هذا ما نصت عليه المادة 85 ق أ ج السابقة الذكر

وعند مقارنة بين أحكام الشريعة و القانون يتضح لنا أن تصرفات المجنون في نظرهما باطلة

---

<sup>1</sup> لبختي العربي: المرجع السابق، ص ص 167-169-179.



### المبحث الثالث :موقف الفقه الاسلامي من سن البلوغ و القانون الجزائري من سن الزواج

سنحاول من خلال هذا المبحث بين موقف الفقه الإسلامي من تحديد وتقدير السن البلوغ، ثم نعالج تحديد وتقدير السن الزواج في القانون الجزائري.

#### المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من تقدير سن البلوغ

إن تقدير البلوغ بالسن مذهب جمهور الفقهاء ، لم يخالف فيه إلا داود الظاهري ، رحمة الله تعالى . و فيما يلي موقف داود الظاهري ثم موقف الجمهور .

**الفرع الأول : موقف داود الظاهري :** قال داود رحمه الله تعالى " لا حد للبلوغ من السن ، لقوله عليه السلام : "رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم ... " و قال أيضا<sup>1</sup>: " لا يبلغ بالسن ما لم يحتلم و لو بلغ أربعين سنة " <sup>2</sup>. ووجه استدلاله بهذا الحديث ، أنه جهل الاحتلام وحده علامة على البلوغ ، و إثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر الصحيح . و رد الجمهور استدلال داود بالحديث السابق بقولهم : " و ما حتج به داود لا يمنع إثبات البلوغ بغير الاحتلام اثبت بالدليل ، و لهذا كان إثبات الشعر علما عليه " . ثم إن الحديث المذكور جعل الإحتلام دليلا على البلوغ من بين أدلة أخرى ، و ليس الدليل الوحيد فقد قامت الأدلة على اعتبار الإثبات و الإنزال و الحيض و غيره أدلة على البلوغ ، والسن معنى يحصل به البلوغ .

**أولا: مذهب الجمهور:** ذهب الجمهور إلى القول بأن أجل البلوغ يصل بخمس عشرة سنة قمرية للأنثى و الذكر على حد سواء. فهذه السن بلوغ لمن لم يحتلم و هذا المذهب الشافعي ، و أحمد و أبو يوسف و محمد ، و رواية عن أبي حنيفة و مذهب ابن وهب و أصبغ و ابن الماجشون من المالكية <sup>3</sup> و هو

<sup>1</sup> سعيد قاضي:رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري،رسالة لنيل الماجستيرفي العلوم الإسلامية،2010-2011،ص77.

<sup>2</sup> القرطبي : محمد بن أحمد ( 600 – 671 هـ ) الجامع لأحكام القرآن ، تحقيق : هشام سمير البخاري ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 2003 ، ج 5 ، ص 35 .

<sup>3</sup> سعيد قاضي: المرجع السابق، ص 79.

قول عمر بن عبد العزيز رضي عنه ، و جماعة من أهل المدينة <sup>1</sup> استدل الجمهور لمذهبهم بالسنة النبوية (1) و بالمعقول (2) .

**(1) السنة النبوية :** استدل الجمهور بما رواه نافع قال : حدثني إن عمر " أن رسول الله صلى الله عليه و سلم عرضه يوم أحد للقتال . قال : و أن ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ، ثم عرضني يوم الخندق و أنا ابن خمس عشرة سنة فأجاز عني . قال نافع فقدمت على عمر بن عبد العزيز و هو خليفة فحدثته هذا الحديث فقال : إن هذا لحد بين الصغير و الكبير و كتب إلى أعماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة " <sup>2</sup> و زاد ابن حبان <sup>3</sup> و البيهقي <sup>4</sup> بعد قول ابن عمر رضي الله عنه " لم يجزني " ، عبارة : " و لم يرني بلغت " . قال الصنعاني : " وجه ذكر الحديث هنا أن من لم يبلغ خمس عشرة سنة لا تتفد تصرفاته من بيع و غيره . و معنى قوله " لم يجزني " أي : لم يجعل لي حكم الرجال المتقاتلين في إيجاب الجهاد علي و خروجي معه . و قوله " فأجازني " أي رأي فيمن يجب عليه الجهاد و يؤذن له في الخروج إليه . و فيه دليل على أن من استكمل خمس عشرة سنة صار مكلفا بالغا ، له أحكام الرجال و من كان دونها فلا "

و قال الشوكاني : " و قد استدل بحديث ابن عمر هذا من قال : إن مضي خمسة عشر سنة من الولادة يكون بلوغا في الذكر و الأنثى ، و إليه ذهب الجمهور ... " . ناقش المخالفون هذا الاستدلال بما يلي :

أ) قال الشوكاني " و تعقب ذلك الطحاوي و ابن القصار و غيرهما بأنه <sup>5</sup> لا دلالة في الحديث على البلوغ ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للسنة ، وإن فرض خطور ذلك ببال ابن عمر ... "

<sup>1</sup>القرطبي : المرجع السابق ، ج 5 ص 35 .

<sup>2</sup>أخرجه البخاري : كتاب الشهادات ، باب بلوغ الصبيان و شهاداتهم ، ج 5 ، ص 326 . ح . ر : 2664 .

<sup>3</sup>أخرجه ابن حبان محمد ابن أحمد (ت 354 هـ) كتاب السير ، باب الخروج و السير و كيفية الجهاد ، تحقيق ، شعيب الأرناؤوط مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط 2 ، 1993 ، ج 11 ، ح ر : 4728 ، ص 30 .

<sup>4</sup>البيهقي أحمد بن حسين : ( 384 - 358 هـ ) سنن البيهقي الكبرى ، ت ح : محمد عبد القادر عطا ، دار ألباز ، مكة المكرمة ،

1994 ج 6 ، ح ر : 11081 ، ص 55

<sup>5</sup>سعيد قاضي : المرجع السابق ، ص 80 .

ب) قال الصنعاني: "وناقش في الاستدلال به (ابن عمر في حديثه) على البلوغ ، بعض المتأخرين قائلًا : إن الإذن في الخروج للحرب يدور على الجلادة والأهلية ، له في رده دليل على أنه لأجل عدم البلوغ ، وفهم ابن عمر ليس بحجة..."

ت) قال الكاساني: "أما الحديث فلا حجة فيه لأنه أجاز ذلك إما علم ، صلى الله عليه وسلم ، أنه احتلم في ذلك الوقت ويحتمل أيضا أنه أجاز ذلك لما رآه صالحا للحرب محتملا على سبيل الاعتياد بالجهاد..."

## (2) المعقول:

استدل الجمهور لمذهبهم بالمعقول . قال الكاساني : " وجه قولهم ، أي أبو يوسف ومحمد والشافعي ، أن المؤثر في الحقيقة هو العقل وهو الأصل في الباب ، إذ به قوام الأحكام، وإنما الاحتلام جعل حدا في الشرع لكونه دليلا على كمال العقل والاحتلام لا يتأخر عن خمسة عشرة سنة عادة فإذا لم يحتلم إلى هذه المدة علم أن في ذلك لآفة في خلقه والآفة في الخلقة لا توجب الآفة في العقل فكان العقل قائما بلا آفة فوجب اعتباره في لزوم الأحكام..."<sup>1</sup>.

وقال المرغيتاني: وأما السن فلمهم (الصاحبان والشافعي) العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة (خمسة عشر سنة) .<sup>2</sup>

## ثانيا: مذهب أبي حنيفة

الإمام أبي حنيفة في هذا المذهب رأيان، بينهما شيء من الاختلاف الرأي الأول : قال أبو حنيفة رضي الله عنه : يتم بلوغ الغلام بثمانية عشرة سنة ويتم بلوغ الأنثى بسبع عشرة سنة فهو يفرق بين الذكر والأنثى استدلال أبو حنيفة لرأي هذا الكتاب (1) وبالمعقول (2)<sup>3</sup>.

(1) الكتاب: استدلال بقول الله تعالى: " ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتتي هي أحسن حتى يبلغ أشده..."<sup>4</sup>. قال أبو حنيفة: "قال ابن عباس رضي الله عنه : ثمانى عشرة سنة هي أقل ما قيل فيه (أي في

<sup>1</sup> سعيد قاضي: المرجع نفسه، ص ص 80-81.

<sup>2</sup> المرغيتاني: علي ابن بكر (ت 593 هـ) ، الهداية شرح بداية المبتدي ، المكتبة الإسلامية، ج 3، ص 284.

<sup>3</sup> سعيد قاضي: المرجع السابق، ص 82.

<sup>4</sup> سورة الإسراء: الآية 34 .

بلوغ الأشد) فأخذنا به احتياطاً فأشد الرجال فأربعون قال تعالى: "حتى إذا بلغ أشده وبلغ أربعين سنة..<sup>1</sup> والأنثى أسرع بلوغاً فنقصناه سنة

فيه ينبغي الحكم عليه في التيقن به، غير أن الإناث نشؤهن وإدراكهن أسرع فنقص في حقهن سنة لإشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة<sup>2</sup>.

**المعقول:** استدلل أبو حنيفة بالمعقول ، أن الكاساني قال : "إن الشرع لما علق الحكم والخطاب بالاحتلام فيجب بناء الحكم عليه ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده وإنما يقع اليأس هذه المرة لأن الاحتلام إلى هذه المدة متصور في الجملة فلا يجوز إزالة الحكم الثابت عنه من الاحتلام وعلى هذا أصول الشرع ، فإن حكم الحيض إما كان لازماً في حق الكبيرة لا يزول بامتداد الطهر ما لم يوجد اليأس ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عودة الحيض وكذا الفريق بحق العنينة لا يثبت مادام طمع الوصول ثابتاً بل يؤجل سنة لاحتمال الوصول في فصول السنة، فإذا قضت السنة ووقع اليأس، الآن يحكم بالتفريق وكذا أمر الله سبحانه وتعالى بإظهار الحجج في حق الكفار والدعاء إلى الإسلام إلى هاهنا ، مادام الاحتلام يرجى يجب الانتظار ولا بأس بعد مدة خمس عشرة إلى هذه المدة ، بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت فالاحتلام عنه مع رجاء وجوده ، بخلاف ما بعد هذه المدة فإنه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس وجوده<sup>3</sup>.

**الرأي الثاني:** ذهب الإمام أبو حنيفة في هذا الرأي المروي عنه إلى القول بتمام تسع عشرة سنة في الغلام<sup>4</sup>.

### ثالثاً: مذهب المالكية

يعتبر مذهب المالكية ، أكثر المذاهب اشتمالاً على آراء فقهية مختلفة (داخل المذهب) فهو يشتمل على أربعة آراء فقهية مختلفة إضافة إلى الرأي الذي ذهب إليه ابن وهب ، وأصبغ، وابن الماجشون،

<sup>1</sup> سورة الأحقاف: الآية 15.

<sup>2</sup> الهداية: المرجع السابق، ج 3، ص 284.

<sup>3</sup> سعيد قاضي: المرجع السابق، ص ص 82-83.

<sup>4</sup> سعيد قاضي: المرجع نفسه، ص 83.

الموافق لرأي الجمهور ، أي خمسة عشرة سنة للذكر ،والأنثى على حد سواء<sup>1</sup>. فقد دلت الدراسات العلمية المتخصصة على أن بلوغ الفتاة مرتبط بجملة من المؤثرات الطبيعية منها<sup>2</sup> :

- **تأثير المناخ:** حيث أن بلوغ الفتاة في المناطق الحارة كإفريقيا وأمريكا الجنوبية يكون مبكرا ، وذلك بمجرد بلوغها ثماني سنوات أو عشر سنوات على الأكثر أما المناطق المعتدلة له كفرنسا وإسبانيا ، يتراوح بلوغها بين إثنتي عشرة سنة وخمس عشرة سنة أما في المناطق الباردة كروسيا والسويد ، فيتراوح بلوغها بين خمس عشرة سنة وتسع عشرة سنة.
- **تأثير المزاج:** فالفتاة العصبية المزاج تبلغ في أربع عشرة سنة أما الهادئة فتبلغ في حدود سبع عشرة سنة.
- **تأثير بنية البدن:** فالفتاة القوية البدن بفعل حسن التغذية والصحة الجيدة تبلغ في حدود أربع عشرة سنة، في حيث أن النحيلة والضعيفة البدن تبلغ في حدود خمسة عشرة سنة ، ومن منطلق مثل هذه التأثيرات المختلفة على بلوغ الفتاة ، يمكن القول: أنه من دواعي الحكمة عند التعامل مع الآراء الفقهية أن يأخذ في الحسبان مبدأ تغير الفتوى بتغير ظروف الزمان والمكان وأحوال الناس المختلفة<sup>3</sup>.

لم يحدد الفقهاء القدامى بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تهتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج. وقالوا أن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بين مرحلتَي الطفولة والتميز وهي تظهر طبيعيا بعلامات توجد في الفتى كالاحتلام وفي الفتاة كالحيض ورغم هذا قدر جمهور الفقهاء سن البلوغ والخامسة عشر للذكور والإناث. في حين ذهب الفقهاء إلى أن نهايته ثمانية عشر عاما في الفتى والفتاة.

وقال الحنفية بأن البلوغ يتحقق في الثامنة عشر بالنسبة للذكر والسابعة عشر للأنثى وعلى هذا فإن الصغير غير المميز لا ينقد الزواج بعبارته قولاً واحداً وأما الصبي المميز فينقصد عند أغلب الفقهاء ولكنه موقوفاً على إجازة وليه الشرعي على أنه متى ظهرت فيه علامات البلوغ الطبيعية ، جاز له أن

<sup>1</sup> العدوي: على الصعيدي (1127-1201هـ): حاشية العدوي، على كفاية الطالب الرباني، لرسالة ابن زيد القيرواني، تحقيق يوسف الشيخ محمد ألبقاعي، دار الفكر، بيروت 1412 هـ، ج 1، ص 566.

<sup>2</sup> القزويني: جودت كاسم، الأحكام المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، رسالة الماجستير، نوقشت في دار العلوم، جامعة القاهرة، 1981، ص ص 16-17.

<sup>3</sup> ابن القيم: محمد بن أبي بكر ، إعلام الموقعين عن ربي العالمين ، مراجعة وتقديم وتعليق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجبل ، بيروت ، ج 3 ، ص 3 ومايليها.

يعقد الزواج بنفسه<sup>1</sup> وهذا لقوله تعالى: " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم .."<sup>2</sup>.

وهنا دلالة على أن بلوغ سن النكاح هو علامة انتهاء الصغر ، فلو كان الزواج يصح في صغر السن لما كان لهذه الغاية معنى.

### الفرع الثاني: موقف جمهور الفقهاء

قال جمهور الفقهاء إذا لم تظهر علامة من العلامات المعتبرة السالفة ذكرها فالمعتبر في تحديد أجل البلوغ هو السن . استدل الجمهور لمذهبهم بالسنة النبوية و بالمعقول .

و لقد نتج عن هذا الاختلاف آراء فقهية كثيرة حتى داخل المذهب الواحد، غير أن هذه الآراء المختلفة عن تشبعها، يمكن تلخيصها و عرضها في ثلاثة مذاهب أساسية:<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: موقف القانون الجزائري من تقدير سن الزواج

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لتحديد سن البلوغ وإنما تناول تحديد أهلية الزواج للفتى والفتاة.

### الفرع الأول: تحديد سن الزواج في قانون الأسرة

لقد مرت مسألة تحديد السن القانونية للزواج في التشريع الجزائري بمراحل عديدة حيث تناولتها عدة نصوص قانونية متعاقبة<sup>4</sup> آخرها تعديل قانون الأسرة الحالي المعدل والمتمم.

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، أحكام الزواج ، ط6 ،مزيدة ومنقحة ديوان المطبوعات الجامعية 2010، ج1 ص ص 115-116.

<sup>2</sup> سورة النساء: الآية 5.

<sup>3</sup> سعيد قاضي: المرجع السابق، ص ص 78-79.

<sup>4</sup> أهم النصوص: المادة 1 من قانون 1930/05/02 التي حددت سن الزواج ب 15 للذكر والأنثى معا.

المادة 5 من الأمر رقم 59-274 المؤرخ في 4/02/1959 التي حددت الذكر 18 سنة والأنثى 15 سنة.

المادة الأولى من قانون رقم 63-274 المؤرخ في 29/06/1963 حددت للذكر 18 سنة والأنثى 16 سنة.

المادة 7 من الأمر 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 التي حددت للذكر 21 سنة والأنثى 18 سنة

م7م ق أ ج نصّ على ما يلي: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج تمام 19 سنة وللقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج " .

إن الجديد الذي تضمنه القانون المعدل هو أنه:

سوي بين الذكر والأنثى سن الزواج وهذا خلافا للقاعدة العامة.

رفع سن المرأة من 18 سنة إلى 19 سنة بينما خفض سن الرجل من 21 سنة إلى 19 سنة وهذا كله سعيا لتحقيق الانسجام من سن الرشد القانوني المنصوص في م 40 ق م ج حيث يبدأ أن مسلك القانون الجزائري هو مسلك أخذت به الكثير من التشريعات<sup>1</sup>.

حيث تنص المادة 40 ق م ج: " كل شخص بلغ سن الرشد ومتمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه لكونه كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"<sup>2</sup>.

وأن القانون المدني يعتبر الشريعة العامة للقانون الخاص بكل فروع وقانون الأسرة فرع من فروع القانون الخاص<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: تقدير سن الزواج في القانون

إن قانون الأسرة تعرض لسن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة في المادة 7 منه وهذا التعديل يسير في اتجاه تيار المساواة الفعلية التامة بين الرجل والمرأة الذي يفرض منطق العولمة بشتى الوسائل والأساليب وفي مقدمتها الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تركز نظرية الغرب للمرأة والأسرة.

وكذلك فعل مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الذي حدد هذه السن الدنيا بخمس عشرة سنة للرجل والمرأة وهذا تماشياً مع رأي الجمهور من الفقهاء باعتباره حداً لبلوغ الفتى والفتاة.

---

<sup>1</sup> تعديل القانون الفرنسي المدني رقم 399-2006 المؤرخ في 04 أبريل 2006 المنشور في ج ر ج الفرنسية بتاريخ 2006/04/05 والتي حدد بلوغ الذكر والأنثى ب 18 سنة كاملة.

LARBITEUR NEYRER (VIRGINE), LE MARIAGE , UN PEU BEAUCOUP DE PLUS EN PLUS , INSTITUTION D'ORDRE PUBLIC? REVUE DROIT DE N° 6 JUIN 2006

<sup>2</sup> القانون المدني: الأمر رقم 75-58 بتاريخ 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26/09/1975 م.

<sup>3</sup> محمد سعيد جعفر: مدخل إلى العلوم القانونية ، ط 17، دار هومة ، الجزائر ، 2009 ، ص ص 90-91.

ولم ينص قانون الأسرة على أي جزء قانوني يترتب على إبرام عقد الزواج قبل تمام السن القانونية<sup>1</sup>.

اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقضي لتوفر الأهلية الكاملة مما يترتب عليه من الإلتزامات المالية والواجبات الاجتماعية العائلية، ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الإقدام من نضج فكري، وقدرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية ، وعلى هذا الأساس حددت المادة (م7 ق أ ج)<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: بعض القوانين المحددة لسن الزواج

إن عقد الزواج يستلزم لجميع الدول المغرب العربي توفر سن معين في المستقبل على الزواج ،سواء كان رجلا وامرأة ففي المغرب حدد المشرع تقدير السن في المادة 19 من مدونة الأسرة تكتمل أهلية الزواج بتمام أهلية الفتى والفتاة المتمتعين بقوام العقلية 18 سنة، ظهر هنا أيضا وفق بين الزواج بين الرجل والمرأة.

وفي تونس يمنع الزواج على الرجل والمرأة ما لم يبلغا 18 سنة كاملة كما نص على ذلك الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية المعدل بموجب القانون بتاريخ 14 ماي 2007.

في حين أن المشرع الموريتاني بين أن سن الزواج وسن الرشد القانوني الذي يكتمل بدوره بإتمام 18 سنة كما نصت على ذلك مقتضيات المادة 18 من قانون الإلتزامات والعقود في ليبيا تقتضي المادة 6 من القانون رقم 10 لسنة 1984 باكتمال أهلية الزواج ببلوغ سن 20 سنة في الوقت الذي تنص عليه مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على اكتمال أهلية الزواج بإتمام 18 سنة من العمر دون التمييز بين الرجل والمرأة .

يتضح من مقتضيات قوانين الأسرة لدول المغرب العربي أن تحديد وتقدير أهلية الزواج في سن معينة وضع حدا لما كان يجري العمل به داخل الأسرة من زواج مبكر بالنسبة إلى الفتاة خاصة ما كان يترتب عنه من عواقب مضرّة من الناحية الجسدية والنفسية.

<sup>1</sup> م ق ع م أ ش : مذكرته التوضيحية : المجلة العربية للفقهاء والقضاء ، 10/1985، عدد2 السنة الثانية .

<sup>2</sup> أمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 /02/2005 يعدل ويتم قانون رقم 84-11 في ج ر ج عدد 15.



## الفصل الثاني: تحديد أهلية الزواج والإعفاء منه

إن أهلية الشخص للقيام بعمل أو قدرته شرعا أو قانونا على القيام بتصرف ما أو أهليته لتحمل المسؤولية من أفعاله تنص عليها قوانين مختلفة ونصوص متنوعة مثل الأهلية الجزائية التي تضع الشخص موضع المسؤول جزائيا عن أفعاله الضارة وتحدد لذلك سن الثامنة عشر من العمر.

وفقا لأحكام المواد من 47 إلى 51 من ق ع ومثل الأهلية المدنية التي تضع الشخص موضع المسؤول عن تصرفاته المدنية في مجال العقود والالتزامات وفقا لأحكام المادة 40 والمواد 42.43.44 من القانون المدني ومثل أهلية الشخص لممارسة الأعمال التجارية لأحكام المادتين 5 و6 من ق ت وأهلية الزواج وهي الأهلية التي تهمنا في هذا الفصل والتي سوف نتناولها ضمن 3 مباحث المبحث الأول نتناول فيه أهلية الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري أما الثاني فنتطرق فيه إلى معيار الترخيص القضائي القبلي بالزواج والمبحث الثالث نتناول فيه آثار تخلف تحديد سن أهلية الزواج.

## المبحث الأول: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

في هذا المبحث سوف نتناول مطلبين أساسيين هما:

المطلب الأول أهلية الزواج في الفقه الإسلامي والمطلب الثاني أهلية الزواج في القانون الجزائري.

### المطلب الأول: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

على الرغم من أنه لا يوجد لدينا نص شرعي من القرآن والسنة محددًا سنًا معينة للفتى أو الفتاة لأهلية الزواج بصفة دقيقة وواضحة ومعلومة الحدود فإن الفقهاء المسلمين لم تغب عن ذهنهم مسألة زواج الصغار ولا مسألة أهليهم في أموالهم وكانوا يطلقون على هذه المسائل سن البلوغ وسن الرشد ولقد أولى أئمة الفقه والتشريع في هذا المجال كل واحد وساهموا في وضع علامات ومعايير كثيرة متنوعة لإمكانية تحديد سن البلوغ وسن الرشد ومن ثم إمكانية تحديد سن أهلية الزواج ومن أهلية التصرف.

حيث في مجال أهلية الزواج اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد سن البلوغ الذي تتم به أهلية كل من الفتى والفتاة وهذا ما رأيناه في شرحنا السابق<sup>1</sup>.

قد أجاز الفقهاء زواج الصغير والصغيرة، وكذلك زواج المجنون وفي أحوال خاصة<sup>2</sup>.

تصح بعض التصرفات التي يقوم بها الإنسان بعد إكمال نموه الجسمي والعقلي واكتملت أهليته وتثبت الأهلية في درجاتها المختلفة بتقدير الشارع لأنه هو الذي يعود إليه التكليف بالأحكام<sup>3</sup>.

ونفصل ذلك على النحو الآتي:

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد : الزواج والطلاق في قانون الأسرة ، ط 2، منقحة ومزيدة ، دار البعث ، قسنطينة، 1989، ص 93.

<sup>2</sup> محمد فهد شقفة : شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود ، ج 1 ، ص 214.

<sup>3</sup> أحمد سراج: نظرية التعدد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي ، ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1998، ص 71-72.

## الفرع الأول: ثبوت ولاية تزويج على الصغار

ليس في الفقه الإسلامي تحديد لسن الزواج بل أحكامه العامة قاضية ببلوغ الرشد حيث البلوغ الجنسي فعلا أو تقدير بخمس عشرة سنة على الراجح والخلاف الواقع بين الفقهاء يخص تزويج الصغار مادون البلوغ من حيث جوازه وصحته ومن ثم نفاذه ويمكن إجازة أولهم كما يلي:

القول الأول: وهي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة

- ثبوت الولاية على الصغير والصغيرة ويجوز لوليها الشرعي تزويجهما واستدلوا بما يلي: قول الله تعالى: " واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن"<sup>1</sup>.

فهذه الآية جعلت عدة اللاتي لم يحضن ثلاثة أشهر والصغيرة التي لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر، والعدة تكون إلا من طلاق أو في فسخ النكاح فدل ذلك على أن الصغيرة تزوج وتطلق وزواجها صحيح.

النبي صلى الله عليه وسلم : تزوج عائشة وهي صغيرة ولا دليل على خصوصية ذلك بالنبي صلى الله عليه وسلم بل ورد ما دل على عدم خصوصية ونقل عدد من الصحابة ما يدل على أن زواج الصغار كان جائز عندهم فقد روج عروة بن زبير بنت أخيه من ابن أخيه وهما صغيران ، ووجه الدلالة أن وقوع ذلك من الصحابة دليل على جوازه ولو كان غير جائز لما فعلوه<sup>2</sup>.

وجمع جمهور الفقهاء على جواز تزويج الولي لموليته الصغيرة وإجباره لها وإن كرهت الزواج جاء في المغني : قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب لابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفى ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتنانها.

ومن المعقول أن الزواج من جملة المصالح سواء في حق الذكر والأنثى كما اشتمل عليه من أغراض ومقاصد ، الأمر الذي لا يتحقق إلا ببث الأكفاء ومعلوم أن الكفاء لا يتوفر في كل وقت وعساه يتوفر في الصغر ويفوت بعد البلوغ والحلم فوجب الاحتياط لمصلحة الصغيرة بتزويجها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سورة الطلاق: الآية 4 .

<sup>2</sup> محفوظ بن صغير: أحكام الزواج في الإجتهد القضائي وقانون الأسرة، دار الوعي للنشر والتوزيع، 2013، ص ص 267-268.

<sup>3</sup> محفوظ بن صغير: المرجع نفسه، ص ص 268-271.

هذه أدلة الفقهاء في جواز تزويج الصغار ، واختلفوا فيمن له الحق في إجراء هذا العقد ومدى لزومه:

**الرأي الأول:** أن ولاية تزويج الصغيرة لا تثبت لغير الأب وبه قال سفيان الثوري وأبي ثور وابن أبي ليلى والإمام مالك وحجتهم في ذلك أن الأصل عدم صحة عقد الصغيرة مطلقا لكن الاستثناء جاء بجواره للأب لفرد شفقتة وصدق رغبته في مصلحة ولده فلا تثبت الولاية على الصغيرة لغيره من الأولياء.

**الرأي الثاني:** يرد الشافعي أن ولاية الإجماع في تزويج تثبت للجد في غياب الأب والجد كالأب ولا تصح منهما إذا كانا معرفين بسوء الاختبار أو فساد الخلق أو العداوة للأبناء.

**الرأي الثالث:** تثبت الولاية في التزويج على الصغيرة لكل الأولياء ولكنه عقد غير لازم فلها الخيار إذا بلغت سواء بأمره الأب أو الجد أو غيرهما.

**الرأي الرابع:** يرى أبو يوسف صاحب أبي حنيفة أنه يجوز لغير الأب أن يزوج الصغيرة ولا خيار لها إذا بلغت لأنه عقد بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الأب لأن القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية .

**القول الثاني:** ذهب ابن شرملة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم بعدم زواج الصغار مطلقا من غير تفريق بين الصغيرة والصغير أو بين الآباء وغيره من الأولياء وحجتهم في ذلك.

لقوله تعالى: " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا لهم أموالهم "النساء6.

فأشارت هذه الآية إلى أن بلوغ سن النكاح هو علامة لانتهاء الصغر فلو كان الزواج يصح في سن الصغر لما كان لهذه الآية معنى، ولأنه لا فائدة من الصغير والصغيرة في هذا العقد إذا الزواج للمعايشة والسكن النفسي والتنازل ولا تتحقق واحدة من هذه في الزواج للصغار ، هذا بالإضافة إلى أن هذا الزواج قد يكون فيه ضرر بالغ بهم إذ أنه إجبار لهم على حياة مشتركة مؤبدة دون التأكد من الانسجام بينهما ولقد شرعت الولاية على الصغار لرعاية مصالحهم ودفع الأذى عنهم لا الإضرار بهم<sup>1</sup>.

**والرأي الرابع:** الشافعية هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني وهو عدم ثبوت ولاية إجبار على الصغيرة ومن ثم عدم جواز عقدهما حتى وإن تسلم أدلتهم من المعارضة لأن زواج الصغيرة زواج لا

<sup>1</sup> محمد فهد شقفة : المرجع السابق ، ص 219.

فائدة منه على الإطلاق لأنها مازالت في حالة لا يسمح لها فيها باعتبار إذنهما لقصور عقلهما فأولى بها ألا تتزوج لقصورها ولا تستطيع تحمل كامل مسؤوليات الحياة التي تطرأ على حياتها الجديدة ، والتي قد تكون لها آثار خطيرة هي غنية عنها<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التفريق بين الصغير والصغيرة

يرى ابن حزم تفريق زواج الصغير والصغيرة، وتزويج الأب للصغيرة جائز عملاً بالآثار المروية في ذلك ، فأما تزويجه للصغير باطل ، وإذا وقع فهو مفسوخ حيث يقول في ذلك : " للأب أن يزوج ابنته البكر الصغيرة ما لم تبلغ بغير إذنهما ولا خيار لها إذا بلغت أما الصغيرة البكر التي لا أب لها فليس لأحد أن يزوجه لا من ضرورة ولا غير ضرورة حتى تبلغ".

أما الصغير فلا ولاية لأحد عليه لتزويجه ولا يصح قياسه على الصغيرة لأن القياس لا حجة فيه ولو كان القياس ساهقاً لكان قد عارض هذا القياس قياساً آخر مثله، وهو أنهم أجمعوا على أن الذكر إذا بلغ لا مغل لأبيه ولا لغيره في تزويجه أصلاً لأنه خلاف الأنثى، فهي إذا بلغت إذ تبقى الولاية عليها إما ولاية إجبار أو ولاية استحباب. وذكر ابن حزم أن هناك من منع تزويج الصغير ذكر منهم سفيان الثوري<sup>2</sup>.

ولاية إجبار: فيها ينفرد الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه دون الرجوع إلى أحد ويثبتها الأحناف على الصغيرة وإن كانت ثيباً وليست بكراً وفي حالات العته والجنون والصغر هنا مجبر على قبول تصرف الولي ولا رأي له ولا يتوقف العقد على رضاه ويسمونها الفقهاء ولاية إجبار أو حتم وإيجاب.

وتثبت ولاية الإجبار عند الأحناف وفي الصغر وما في حكمه وتثبت ولاية الإجبار عند الجمهور على البكر البالغة ولا تثبت على البكر الثيب، أما المالكية فولاية الإجبار عندهم تثبت في الصغر مطلقاً وتثبت بالبركة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص 273.

<sup>2</sup> محفوظ بن الصغير: المرجع السابق، ص ص 274-275.

<sup>3</sup> محمد كمال الدين إمام : الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية فقهية ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،1998م، ص ص 130-131.

### الفرع الثالث: زواج الصغيرات بين البكر والثيب

إذا كانت الفقهاء قد اتفقت على ثبوت ولاية الإجماع على القاصر وعديم الأهلية و ناقصها والأمة والمملوك الصغير فإنهم قد اختلفوا في إجبار البكر الكبيرة والثيب الصغيرة.

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن ولاية الإجماع تثب على الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا أما الكبيرة العاقلة فلا تثبت عليها ولاية إجبار لأن علة الإجماع عندهم هي الصغر، لأن الصغر هو سبب العجز الذي شرعت لأجله الولاية لسد النقص ، فالحكم عندهم يدور مع الصغر وجودا أو عدما وهذا ما اختاره العلامة الإمام ابن تيمية.

ذهب فريق آخر أن ولاية الإجماع تثبت فيمن كانت دون تسع سنين بكرا كانت أو ثيبا وعلى البكر صغيرة كانت أو كبيرة وهذا مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وذلك أن علة الإجماع عندهم في البكر : البكارة ولهذا تمتد ولاية الإجماع إلى ما بعد البلوغ ما دامت لا تزال بكرا لأن البكر لا تعرف مصالحها في النكاح ، ولا تدرك التفاوت بين الأزواج وليس لها القدرة على فهم الرجال والحكم عندهم بدور مع العلة وجودا أو عدمه ، ولذا زوال البكارة هو ترتفع به ولاية الإجماع حيث تكون ثيبا.

كما يرى ابن تيمية: قال " .. والصحيح أن مناط الإجماع هو الصغر وأن البكر البالغ لا يجبرها أحدا على النكاح ، فإنه قد ثبت في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: لا تتكح البكر حتى تستأذن ولا الثيب حتى تستأمر ف قيل له: أن البكر تستحي؟ فقال : " إذنها صمتها" وفي لفظ الصحيح " البكر يستأذنها أبوها " فهذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم: " لا تتكح حتى تستأذن" وهذا يتناول الأب وغيره وقد صح بذلك في الرواية الأخرى الصحيحة، وأن الأب نفسه يستأذنها وأيضا فإن الأب ليس له أن يتصرف في مالها إذا كانت رشيدة إلا بإذنها وبعضها أعظم من مالها فكيف له أن يتصرف في بعضها مع كرامتها ورشدها ، وأيضا فإن الصغر سبب الحجر بالنص والإجماع ، وأما جعل البكرة موجبة للحجر فهذا مخالف لأصول الإسلام فإن الشارع لم يجعل البكرة سببا للحجر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن أحمد الصالح: فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، نوقشت بقاعة شيخ أحمد عبده، جامعة الأزهر، 30 أغسطس 1975، 2003م، مجلد 1، ص ص 221 - 222.

قال الإمام أبو حنيفة: " بأن للمرأة أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في النكاح" لقوله عز وجل: " فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن "<sup>1</sup>.

كما استدلوا بقوله تعالى: " فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف "<sup>2</sup>.

حيث أن هذه الآية فسرت بأن للنساء الحق في أن يفعلن في أنفسهن ما شئن بدون تدخل الولي.

واستدلوا بما روى الرسول صلى الله عليه وسلم : " الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها "

إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا بإذنها ورضاها ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون إذنها فكيف يجوز أن يخرج نفسها منها بغير رضاها ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره.

إن جمهور فقهاء الفقه الإسلامي راعوا مصلحة الفتاة ومصلحة الوالد أو الولي في آن واحد فلا المرأة يضغط عليها عند الزواج ولاهي تنفرد بعقد زواج بدون وليها<sup>3</sup>.

#### الفرع الرابع: تزويج الصغار بين الولي والوصي

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

فيرى الفقهاء من الحنفية والشافعية والظاهرية أن التزويج خاص بالأولياء، فلا يصح لأحدهم أن يوصي بالتزويج ويرى المالكية أنه يصح للولي أن يوصي بالتزويج وهو قول صريح وقد رجح ابن قدامة هذا القول : فقال " فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا كالأب وغير مجبر كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه "

قال الإمام أحمد في رواية أنه إن كان للصغيرة عصبية فلا يجوز للوصي أن يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن لها عصبية جازت وصيته. وقال أبو ثور : يزوجه الوصي حال استدلال على ذلك بأمرين:

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 232.

<sup>2</sup> سورة البقرة: الآية 234.

<sup>3</sup> غنية قري: شرح قانون الأسرة المعدل . دراسة مقارنة بين الشرع والقانون ، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 2011م، ص ص 26-27-29.

أن للأب على مالها ونكاحها فلما جاز أن يوصي بالولاية على مالها جاز أن يوصي بالولاية على نكاحها وأنه لما جاز للأب أن يستتیب في حياته وکیلا جاز له أن يستتیب بعد موته وصيا كالمال.

أما حکم تزویج الوصي للصغيرة فقد اختلف فيه القائلون بصحة الوصية للتزویج على رأيين:

### الرأي الأول:

أن الوصي يقوم مقام الموصي، فإذا كان الموصي يجوز له تزویج الصغيرة الموصى بتزویجها وبهذا قال أبو حنيفة في رواية وهو قول لأكثر الحنابلة.

### الرأي الثاني:

أن الوصي لا يملك الإجمار إلا إذا عين له الأب الزوج، أو أذن له في الإجمار ولا يوصي غير الأب وهذا مذهب المالكية<sup>1</sup>.

### الفرع الخامس: زواج عديم الأهلية وناقصها

أجاز جمهور الفقهاء زواج المجنون والصغير غير المميز مثلما أجازوا البالغ العاقل والفرق عندهم أنه بإمكان البالغ العاقل مباشرة عقد زواجه بنفسه أما المجنون والصغير غير المميز فإنهم لا يباشرون عقد زواجهم بأنفسهم بل يتولاه و يباشره عنهم وليهم وأجاز جمهور الفقهاء لزواج الصغير غير المميز يعني بأنهم أناطوا أهلية الزواج بأهلية الوجوب لا بأهلية الأداء<sup>2</sup>.

وأما فيما يتعلق بزواج المجنون والمعتوه ، فإنه يقع باطلا ، لفقدان القوة العقلية التي تجعل الشخص فاقداً الإدراك والتمييز حکما غير أنه إذا كان زواج المجنون أو المعتوه محققا لمصلحة له (أي مفيدا في علاجه) كان زواجهما صحيحا ويتولاه وليهما على أن يتم العقد بإذن من القاضي وذهب المالكية إلى أن المجنون (سواء كان أصليا أو طارئا) لا خيار له بعد الإفاقة وإن تزويجه يكون نهائيا منذ إنشائه، في حين قال الحنفية بثبوت الخيار للمجنون بعد إفاقته ، وذلك لقيام الزواج على التراضي و الاختيار الحر للمتعاقدین<sup>3</sup> فقال صلى الله عليه وسلم : " رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على أمره حي

<sup>1</sup> محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص ص 279-280.

<sup>2</sup> فاروق عبد الكريم : شرح قانون الأحوال الشخصية العراقية ، طبع هذا الكتاب على نفقة جامعة سليمانية ، 2004 ، ص 76 .

<sup>3</sup> بلحاج العربي : المرجع السابق، ج 1 ، ص 116.



يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم" فالعقل شرط في إبرام عقد الزواج وقد ذهب المالكية وغيرهم إلى أن الجنون قد يؤدي بحياة المرأة وأطفالها وكذلك المرأة إذا جنت أما العته أو الضعف العقلي، أو ضعف الملكات العقلية فإنه إذا بلغت حالاته درجة ذهاب العقل فإن المعتوه ساعته يكون كالمجنون ، وينبغي عدم تزويجه حماية للزوجة من أذاه الذي يكون شديدا ويتعذر التكهن به<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: أهلية الزواج في القانون الجزائري

أهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ بأن يكون الزوجين بالغين عاقلين ، وتحديد السن الأدنى للزواج أخذ القانون الجزائري من آراء المالكية والحنفية إقتبسه من القوانين المقارنة التي تتفق اليوم على منع زواج الصغار غير القادرين على تحمل تكاليف و إلتزامات الزوجية المادية والمعنوية<sup>2</sup>.

سوف نتناول مسائل عدة للعناصر المكونة لأهلية الزواج في القانون الجزائري وهي كما يلي:

#### الفرع الأول: ثبوت ولاية التزويج على الصغار:

قد جاء في م 13 (ق أ ج): لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها<sup>3</sup>

أي أنه لا يجوز للولي سواء كان أبا أم غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها (أي هنا الصغيرة).

إن المشرع الجزائري عدل عن مذهب الجمهور القائلين بجواز إجبار الصغيرة على الزواج وأخذا بالرأي الثاني بعد ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة لأن زواجها لا فائدة منه على الإطلاق.

<sup>1</sup> بختي العربي: المرجع السابق، ص 22.

<sup>2</sup> بلحاج العربي: المرجع السابق، ج 1، ص 117.

- في المغرب (18 سنة للرجل وللمرأة تعديلات 2003)، تونس (20-17)، مصر (18-16)، الكويت (17-16).

(15)، الإمارات (18)، الأردن (16-15)، فرنسا (18 سنة في قانون 2006/03/04).

<sup>3</sup> عدلت بأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 جريدة الرسمية، رقم 15، ص 20.

لعل ما إختاره المشرع الجزائري فيه نظر وتقديرا لمصلحة القاصرة بمنع تزويجها قبل بلوغ السن القانونية<sup>1</sup>.

يقدر المشروع الجزائري إلى عدم تزويج الصغيرة إلا لضرورة أو مصلحة يقدرها القاضي مع ثبوت الولاية للأب في هذه الحالة بإعطائه الإذن بالنسبة للقاصر التي لا تتمتع بأهلية الزواج المنصوص عليها<sup>2</sup> في م 7 ق أ ج ولا يصح إنفراد القاصرة بمباشرة عقد زواجها بنفسها شرعا وقانونا طبقا للمادة 2/11 ق أ ج .

" يتولى زواج القاصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"<sup>3</sup> .

### الفرع الثاني: أهلية الزواج في القوانين السابقة

إن النصوص القانونية الوضعية في إطار تنظيم الأسرة المسلمة قد مرت بثلاث مراحل تضمنتها ثلاث نصوص تشريعية:

أول : قد صدر في أوائل شهر ماي من 1930 يتضمن 3 مواد فقط لا غير .

تنص الأولى: على أن الأهالي من القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين لا يمكنهم إبرام عقد الزواج قبل إتمام سن الخامسة عشر من عمرهم إلا بموجب إعفاء صادر عن الحاكم العام إستنادا لأسباب خطيرة وبعد أخذ رأي لجنة من مستشار لدى المجلس القضائي الجزائري وقاضي الصلح وطبيب وبعد تصريح مسبق للخطبة أمام الموظف المختص يتلقى تصريح بزواج وفق م 17 من قانون 1882/03/23 فهنا سوى بين الفتى والفتاة من حيث السن.

الثاني : قد شرع في إطار تنظيم الأسرة الجزائرية المسلمة ويتعلق بتحديد سن الزواج م 15 من الأمر رقم 274 - 54 الصادر 04 /02/ 1959 والخاص بعقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الذين يخضعون لنظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر وفي الساوره والواحات .

<sup>1</sup> محفوظ بن الصغير: المرجع السابق، ص ص 273-274.

<sup>2</sup> محفوظ بن صغير: المرجع نفسه، ص 214.

<sup>3</sup> عدلت المادة بأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية رقم 15، ص 20.

" لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة ولا المرأة التي لم تبلغ 15 سنة أن يعقدا زواجا إلا أنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية أن يعفيهما من شروط السن إذا رأى هناك أسباب خطيرة.

الثالث: القانون رقم 63-224 الصادر في 1963/26/29 والمتعلق بتحديد سن الزواج حيث تضمنت 6 مواد تنص م 1 "لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة 18 عشر سنة ولا المرأة التي لم تكمل 16 عشر سنة أن يعقدا زواجا ويجوز لرئيس المحكمة الكبرى أن يعفيهما من شرط إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة وذلك بعد إستطلاع وكيا الجمهورية الدولة كما نصت المواد الباقية على معاقبة الأشخاص الذين يخالفون أحكام المادة الأولى ولا يحترمون السن القانونية المحددة ونص على آثار العقد الذي يبرم خلافا لنص المادة الأولى ودون مراعاة للسن المحددة<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: تزويج الصغار بين الولي والوصي:

يتضح موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 11 دون الإخلال بالمادة 7 من ق أ ج السابقة الذكر.

أنه يجب تزويج القاصر في حال الترخيص لها وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها الأولين إن وجد وإذا عدموا جميعا ولم يثبت وجود أحدهم فإن ولي القاصر بشأن تزويجها هو القاضي باعتباره ولي من لا ولي له.

أي يجوز تزويج القاصر بترخيص من القاضي لمصلحة أو ضرورة طبقا للفقرة 2 م 7 ق أ ج " للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

ولهذا قد خالف نص المادة مذهب المالكية الذين يقصرون الولاية على الصغيرة للأب أو وصيه.

جاءت في بداية المجتهد:" قال مالك لا يزوجهما إلا الأب فقط أو من جعل له الأب ذلك إذا عين الزوج إلا أن يخاف عليها الطبعة والفساد. وذلك لما في الأب من كمال الشفقة والحرص على مصلحتها".

<sup>1</sup> عبد العزيز بن سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ط2، 1989م، ص 94.

وقانون الأسرة حدد أهلية الزواج في نص المادة السابعة من بلوغ تسعة عشر سنة بالنسبة للرجل والمرأة وأجاز الزواج لمن لم يبلغ السن المحدد لذلك وذلك برخصة قبلية يأخذها من عند القاضي<sup>1</sup>.

فعلى هذا الأساس نجد أن جمهور الفقهاء يؤكدون حضور الولي نظرا لخطورة عقد الزواج كما أسلفنا فحتى المذهب الحنفي يرى بأن للمرأة حق اختيار زوجها وإبرام عقد الزواج منح للولي الحق في أن يعترض على الزواج إذا كان الزوج غير كفء أو إذا كان العقد المبرم من مهر المثل.

نجد أن الدين الإسلامي شرع أحكاما تحقق مصلحة للمرأة ومصلحة المجتمع في آن واحد فبرضا الفتاة وتدخل الولي يتحقق المقصد الشرعي<sup>2</sup>.

#### الفرع الرابع: زواج المجنون والمعتوه

إن المصاب بالخلل العقلي كالمجنون والمعتوه يعتبر عديم التمييز فاقد لحرية الاختبار ويتعذر عليه التعبير عن الإرادة ولذلك فإن كل تصرف قانوني يجريه المجنون والمعتوه يقع منه باطلا بطلانا مطلقا ولو تعلق الأمر بالزواج (م81 و85 ق أ ج وم 42 ق م ج)<sup>3</sup> لأنه غير مكلف لقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث، النائم حتى يستيقظ، والصغير حتى يكبر والمجنون حتى يعقل أو يفيق" ولأن الضروريات تقدر بقدرها فإنه يجوز استثناء تزويج المجنون والمعتوه والمجنونة والمعتوهة إذا كان الزواج أمرا مفيدا في علاجه.

ذلك أن الزواج قد يفيد في علاج الكثير من الأمراض العقلية والنفسية والعصبية إذا وجدت المصلحة التي تقتضي الزواج على أن يتحقق ثلاثة شروط هامة:

وجود تقرير طبي من أطباء الأمراض العقلية: يكد أن زواج المجنون أو المعتوه يساعد على علاجه (أي شفاؤه عقليا ونفسيا).

<sup>1</sup> محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص ص 280-281.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ط 2، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985م، ج 7، ص ص 236-237.

<sup>3</sup> المحكمة العليا: ع ق خ 1966/12/07 م ج 1968 العدد 1 ص 139.

قبول الطرف الآخر بعد علم الإعاقة الذهنية: بكيفية صريحة وواضحة بأن يكون راشداً أي بالغاً من العمر 19 سنة وهو سن الرشد القانوني.

أن يتم الزواج بإذن من القاضي بناءً على طلب الولي: (م 81 و 84 و 87 ق أ ج ) لأن الزواج مسؤولية والتزامات خطيرة من نفقة وسكن وتكوين وغيرها<sup>1</sup> (م 4 7 10 11 13 14 16 36 62 72 74 و 87 78 من ق أ ج )<sup>2</sup>.

الاعتماد على التقرير الطبي المصادق عليه والصادر من الأطباء ذوي الاختصاص المتضمن أن الزواج لهذا المريض عقلياً لا يضر بالمجتمع (أن هناك بعض الأمراض وراثية ينتقل إلى النسل وفي ذلك إضرار بالمجتمع).

تأكيد التقرير على أن الزواج يحقق مصلحة للمريض كأن يخفف من حدة مرضه أو يساعده على تحسين سلوكه (ويفيد نفسه) ،/ وإلا لا يأذن له بالزواج)<sup>3</sup>.

وقد حدد القانون السوري م 15 ف 2 للقاضي الإذن بالزواج للمجنون والمعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه وهذا يعني أن زواج المجانين والمعتوهين دون إذن من القاضي تطبق عليه أحكام العقد الفاسد.

واشترط القانون العراقي م 7 أن يكون زواج المجنون فيه ضرر للمجتمع والقانون الأردني فقد قيد مادته 16 زواجهما بوجود الضرورة واشترط القانون المغربي في فصله 7 إضافة إلى فائدة الزواج في شفائه يكون الطرف الآخر قد اطلع عليه رضي به.

ولقد علقت الجميع على صحة الزواج على إذن القاضي كما فعل القانون السوري<sup>4</sup>.

خلافًا على قانون الأسرة لم ينص صراحة على زواج المجنون أو المعتوه في أي مادة من مواده.

<sup>1</sup> بلحاج العربي : المرجع السابق ، ج 1 ، ص 123.

<sup>2</sup> بعض التعديلات للأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 م في ظل قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 م .

<sup>3</sup> فاروق عبد الكريم: المرجع السابق، ص 74.

<sup>4</sup> محمد فهد شقفة : المرجع السابق ، ص ص 215-216.

## المبحث الثاني: معيار الترخيص القضائي القبلي بالزواج

إن المشرع الجزائري لما اشترط سنا معينة لاكتمال أهلية الزواج راعى وضعية وحالة بعض الأشخاص وهذا مانصت عليه المادة 7 ف2: " للقاضي أن يرخص الزواج قبل ذلك مصلحة أو ضرورة" ونلاحظ ما يلي:

### المطلب الأول: من حيث القاضي المختص

إن المادة السابقة في فقرتها الثانية نصت على أن القاضي المختص هو المخول بمنح الترخيص بالزواج دون أن تحدد القاضي المختص؟

هل هو القاضي المكلف بالأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة ؟

غير أن التطابقات القضائية حدثت في الطلب على أن رئيس المحكمة هو المختص بمنح الترخيص بالزواج لمن لم يبلغ السن القانونية باعتبار أن منح هذه الصلاحية لرئيس المحكمة يحقق الغاية والمصلحة التي من أجلها وضع الترخيص لما فيه من سرعة في تحصيل الترخيص بالزواج فالأصل في الخروج عن السن المحدد قانونا للزواج هو لتحقيق مصلحة مستعجلة<sup>1</sup>.

ولترخيص يصدره القاضي المختص أي رئيس المحكمة بناء على طلب يقدمه ولي القاصر بعد إثبات المصلحة والقدرة على الزواج<sup>2</sup>.

يرخص القاضي المختص أي رئيس المحكمة بالزواج إذا تعلق الأمر بالصحة البيولوجية والنفسية حتى لا يتعرض أحدهما لفاحشة وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في هذا الأمر لتأكيد الضرورة لتعديل الزواج إذا اقتضت الضرورة ذلك.

ولا يتم هذا الإذن إلا بالاستماع إلى القاصر ولأبويه أو وصيه، ويجب على القاضي أن يبني قناعته على خبرة طبية تثبت قدرة القاصر على تحمل الأعباء الزوجية.

<sup>1</sup> محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص ص 285-286.

<sup>2</sup> يوسف دلالة : دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج والطلاق) ، ط3، دار هومة ، 2011، ص 16.

أو عن طريق بحث اجتماعي للتأكد من الأسباب الداعية إلى رفع هذا الطلب وإن كان هناك فعلاً مصلحة في الترخيص بالزواج وهذا الترخيص قابل للتنفيذ بمجرد صدوره حيث يشترط لزواج القاصر موافقة وليه وهذه الموافقة تتم بتوقيع الطلب فإذا لم يوافق هذا الأخير برفع الطلب مباشرة إلى قاضي المكلف بالزواج<sup>1</sup>.

عندما نرجع إلى نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم 63-224 فإننا نجد لا محالة أنها منحت وكيل الجمهورية دور يلعبه في مجال الإعفاء من السن القانونية المحددة لأهلية الزواج، ونصت على أنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفي الزوجين من شرط الزواج إذا رأى لذلك أسباباً خطيرة وبعد أخذ رأي وكيل الجمهورية.

ولكن عندما نراجع قانون الأسرة في المادة 7 فإننا نجد أنها قد تضمنت تعيين حد أدنى لأهلية الزواج ومنحت للقاضي سلطة الإعفاء منه عند الضرورة أو بسبب المصلحة دون أن تعطي لوكيل الجمهورية أي دور يمكن أن يلعبه في مجالات الإعفاء والترخيص من السن القانونية المقررة لأهلية الزواج.

حيث أنه كان ينبغي أن يبقى وكيل الجمهورية دوره حتى يتمكن من الإطلاع على بعض حالات طلب الإعفاء أو الترخيص إلى يمكن أن يكون الدافع إليها إخفاء فعل جرمي أو تكون المصلحة والضرورة غير متوفرة بالإضافة إلى منح هذه التراخيص لإمكانية إبرام عقد الزواج الذي يدخل ضمن المسائل المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وبالنظام العام مما يستوجب إطلاع النيابة العامة وتدخلها عند اللزوم .

حيث أن قانون الأسرة وضع للقاضي ثقة كاملة لمنحه بمفرده سلطة تقديرية مطلقة في كل ما يتعلق بقبول أو رفض طلب المقدم إليه.

كما أن القانون لم يطلب من القاضي أن يسبب قبوله أو رفض لطلب الترخيص من سن أهلية الزواج إذ هو قبل أو رفض الطلب المقدم إليه وأن هذا الطلب لا يقبل أي طريقة من طرق الطعن أو المراجعة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، ط1، 2006، ج1، صص 72-73.

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص ص 102-203.

## المطلب الثاني: من حيث المصلحة والضرورة

منح القاضي الترخيص بالزواج بالنسبة للقاصر لما يتطلبه المصلحة والضرورة، غير أنه لم يبين حدود هذه المصلحة ولم يقدر الضرورة بقدرها كما أنه لم يحدد المعيار الذي يمكن اعتماده لتحديد ما وترك المجال في ذلك للقاضي وفقا لسلطته التقديرية.

إن كل من المصلحة والضرورة تتغير بتغير الزمان والمكان والظروف والأحوال وهذا ما نصت عليه المادة 326 من ق ع<sup>1</sup> حالة خطف القاصر والاعتداء عليها.

ففي هذه الحالة تدخل ضمن المصلحة والضرورة متى رغبت الفتاة صاحبة فيما بعد الزواج بالجاني وهذا خلاف على الذين ينضرون إلى استبعاد تطبيق نص المادة السابعة الفقرة الثانية على هذه الحالة مطلقاً<sup>2</sup>.

إن المادة لم تنص على اعتبار الولي من عدمه عند ترخيص القاضي بالنسبة للقاصر المقدم على الزواج، فرأى البعض أنه يجب أن يلاحظ في هذا المقام أن السماح بالزواج لدون السن عن طريق القضاء وهذا لا يعني استقلاله بإرادته في عقد الزواج إذا كان قاصر بل يكون خاضعا لقواعد الأهلية والولاية على المال ولا يكون زواجه نافذا إلا بإذن ولي المال أبا أو جدا.

---

<sup>1</sup> بموجب الأمر 156-66 المؤرخ في 1966/06/08م متضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم حيث نصت على أن " من خطف قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالسجن لمدة سنة إلى 5 سنوات وغرامة مالية من 500 إلى 2000 دج وإذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية في هذا الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم حق في إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله. وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 1995/01/13 م الذي جاء فيه المقرر قانونا أن يعاقب كل من اختطف قاصرا دون 18 سنة بغير عتق أو شرع في ذلك وإذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة ضده إلا على بناء شكوى من طرف المتضرر أو من لهم حق لإبطال العقد المذكور ، ومن ثم فإن قضاء الموضوع بإدانتهم للمتهمين طبقا للنص المذكور بالمرجع دون مراعاة الزواج الذي أبرمته للمتهم مع الضحية على أساس الوجه المثار قبل النائب العام ومأخوذ من اشتراط إتمام إجراءات إبطال الزواج قبل الحكم وجبه عن نقض القرار المنتقد . ملف رقم 128928 المجلة القضائية العدد الأول 1995م.

<sup>2</sup> أما من حيث الإجراءات الواجب إتباعها لمنح الترخيص لم يحدد المشروع الجزائي الإجراءات والوثائق المطلوبة لتقديم الطلب لمنح الترخيص وجرت التطبيقات العملية على أن يقدم الولي على القاصر الذي يريد الزواج طلب إلى رئيس المحكمة التي يتواجد بها مسكن صاحب الطلب موقعا ومؤرخا ويذكر التبريرات التي دفعته لتقديم طلب الترخيص بالزواج قبل السن المتفق عليه حيث يرفقه بشهادة ميلاد على كل طرف من الطرفين الذين يريدان الزواج مع وصل تسديد الرسوم القضائية وقد يطلب منهم أيضا شهادة طبية تبين وتثبت قدرتهم على تحمل كل الأعباء في الزواج.



حيث خول القانون للقاضي أمر التزويج عن طريق الترخيص أو المنع ومن ثم لا سلطة للولي في الإجازة أو الاعتراض<sup>1</sup>.

يجوز للقاضي رئيس المحكمة الترخيص بالزواج قبل بلوغ السن القانوني للزواج متى رأى مصلحة أو ضرورة بقدرها وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي 83 ق أ ج كما لو وجدت دوافع أو مبررات مقبولة وقوية كالخوف من الوقوع في الزنا أو التعرض للضرر أو الانزلاق إلى الفساد فهذا يتعلق بالصحة البيولوجية والنفسية حتى لا يتعرض أحدهما للضرر من تأخير زواجه مما يستوجب على القاضي ربط الإذن بوقائع قابلة لا ثبات قضائي فيجب عليه أن يتأكد من وجود الضرورة (أي الأسباب الخطيرة) والمصلحة الثابتة والواضحة للزوجين والقدرة على تحمل تبعات الزواج المادية والمعنوية<sup>2</sup>.

وعليه فإذا توفرت الشروط المتعلقة بعدم بلوغ سن أهلية الزواج المحددة في القانون وبالمصلحة أو الضرورة وتأكيد من قدرة المتعاقدين على الزواج وقام رئيس المحكمة بمنع المعني رخصة الإعفاء من سن الأهلية فإنه يتعين على من يتولى تزويج الفتاة في مثل هذه الحال أن يحتفظ بنسخة من هذه الرخصة ليستظهر أمام الموثق أو أمام الموظف المؤهل لتحرير عقود الزواج ويسلمها له قبل الشروع في مباشرة إجراءات إبرام العقد وتحريره ويجب على الموثق أن يشير إلى هذه الرخصة وبضمها إلى أصل العقد المسجل في سجل عقود الزواج في الحالة المدنية.

وعلى القاضي أن لا يمنحها مجانا أو مجاملة لأنه مقيد بالتحقيق قبل ذلك ومن توفر المصلحة والضرورة ويجب أن تشتمل هذه الرخصة كل هذه الشروط وهي لا تقبل الطعن<sup>3</sup>.

### المطلب الثالث: من حيث السن الأدنى في حالة من حال الترخيص

لم يحدد المشرع الجزائري من خلال المادة السابعة من قانون الأسرة الحد الأدنى الذي يجب على القاضي في حالة ما إذا أقر منح الترخيص بالزواج أن لا ينزل عنه بل ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية إلا أن موقف المشرع الجزائري هنا غير موفق فيما ذهب إليه لان الزواج بغير البالغة أو بغير البالغ تنتفي فيه الأغراض من الزواج المتمثلة أساسا في الإنجاب وتكوين أسرة . وبالتالي كان من

<sup>1</sup> محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص 288-289.

<sup>2</sup> بلحاج العربي : المرجع السابق، ج 1، ص ص 120-123.

<sup>3</sup> عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط 3، دار هومة، 2011م، ص ص 26-27.

المفروض أن يجعل الحد الأدنى في حالة من حالات الترخيص على نحو ما هو في بعض التشريعات العربية<sup>1</sup>.

وحد القانون السوري منا لا يقبل الادعاء بالبلوغ قبلها وهي خمسة عشرة سنة للذكر وثلاثة عشرة سنة للأنثى فجاءت المادة 18 ما يلي:

ف1: إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة سنة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة سنة وطلبا الزواج بإذن به القاضي إذ تبين له صدق دعواها واحتمال جسميهما.

ف2: إذا كان الولي هو الأب والجد اشترطت موافقته.

ومن ثم حدد القانون سنا أعلى لتمام أهلية الزواج وهي ثمانية عشرة سنة للذكر وسبعة عشرة سنة للأنثى وهذا ما نصت عليه م 16 من قانون الأحوال الشخصية السوري<sup>2</sup>. أما في القانون الجزائري في قانون الأسرة وضع سنا أعلى لتمام أهلية الزواج وهو 19 سنة بالنسبة للذكر و الأنثى معا بحيث ساوى بينهما وهذا ما جاءت به المادة 7 ق أ ج<sup>3</sup>.

### المبحث الثالث: آثار تخلف تحديد سن أهلية الزواج

وفي هذا المبحث سوف نتطرق إلى مطلبين المطلب الأول الذي نتناول فيه تخلف شرط الأهلية وعدم الترخيص بالزواج والمطلب الثاني سوف نشرح الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية.

#### المطلب الأول: تخلف شرط الأهلية وانعدام الترخيص بالزواج

إذا كانت المادة السابعة المعدلة بالأمر رقم 02-05 (ق أ ج) قد اشترطت لتوفر أهلية الفتى والفتاة للزواج وجوب بلوغ سن التاسعة عشر من العمر وأنها منحت لرئيس المحكمة صلاحية الترخيص أو الإذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت من توفر قدرة الطرفين على الزواج.

<sup>1</sup> محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص 286.

<sup>2</sup> محمد فهد شقفة: المرجع السابق، ص 217.

<sup>3</sup> المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري الصادر بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 يونيو 2005م.

فماذا لو أن الفتاة أو الفتى خالفا هذا النص وتجاوزوه وأبرموا عقد زواج بدون رخصة؟ إن قانون الأسرة لم ينص صراحة ولا ضمنيا ما يترتب من آثار على مخالفة سن أهلية الزواج وعقد أي زواج قبل بلوغ السن المحددة التي هي 19 سنة لكل من الفتى والفتاة عكس القانون رقم 63-224 الصادر في سنة 1963 الذي نص في الفقرة الأولى منه أنه لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة ولا المرأة التي لم تبلغ ستة عشرة سنة أن يعقدا زواجا وفي المادة الثانية على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية أو القاضي الموثق والزوجين وممثليهما الذين لم يراعوا شرط السن القانونية<sup>1</sup>.

أي إذا لم يبلغ الرجل والمرأة سن التاسعة عشرة سنة كاملة لايجوز لضابط الحالة المدنية ولا الموثق إبرام عقد الزواج دون أن يكون هناك ترخيص بذلك من طرف القاضي المختص والذي يراعي في ذلك قدرة الطرفين ومصلحتهما<sup>2</sup>.

ثم نصت المادة الثالثة على أن كل زواج أبرم خلافا لأحكام المادة الأولى يكون باطلا مالم يلحقه الدخول ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصا أو من النيابة العامة أو من له مصلحة فيه ولكن لايجوز الطعن في العقد إذا بلغ الزوجان السن القانونية أو حملت الزوجة التي لم تبلغ من أهلية الزواج لهذا أنعد أنه مادام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 63-224 ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه ينبغي قبالا للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزواج<sup>3</sup>.

نصت المادة الثانية من القانون رقم 63-224 : قاعدة قانونية تعاقب ضابط الحالة المدنية والموثق والزوجين وممثليهما والشركاء الذين لم يحترموا السن القانونية بالحبس لمدة 15 يوما إلى 3 شهور وبالغرامة المالية 400 إلى 1000 فرنك جديدة أو بإحدى العقوبتين وإن قانون الأسرة يشتمل على هذه القاعدة في أية مادة من مواده.

نصت المادة الثالثة من القانون 63-224: قاعدة مفادها أن كل عقد زواج أبرم خلافا لأحكام المادة الأولى يكون باطلا إذا لم يلحقه دخول ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصا ومن النيابة العامة أو

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص ص 27-29.

<sup>2</sup> يوسف دلاندة: المرجع السابق، ص ص 14-15.

<sup>3</sup> عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 28.

ممن تكون له مصلحة فيه على أنه يكون قابلا للبطلان إذا لحقه دخول وذلك بناء على طلب كل واحد من الزوجين دون غيرهما حيث قانون الأسرة مثل هذه القاعدة <sup>1</sup>.

غير أن المادة 222 من قانون الأسرة نصت على أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبما أن القانون لم ينص على الحكم إذا تم زواج من لم يكمل التاسعة عشرة من عمره فإن هذا يقتضي وبحكم القانون الرجوع إلى أحكام القانون 63-224 <sup>2</sup>.

وعليه فإنه عند مخالفة هذا الشرط القانوني فإن الزواج يترتب جميع آثاره الشرعية مثل الدخول وبعده من الناحية الشرعية ومن الناحية القانونية يثبت بحكم قضائي بعد الدخول طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة <sup>3</sup>.

يذهب أصحاب هذا الرأي في القانون الصادر في 29 جوان 1963 قد ألغي بقانون الأسرة وفقا لنص المادة 223 منه وعليه لا يمكن تطبيق قانون ملغي حيث أن المشروع الجزائري لم يعطي القيمة القانونية اللازمة لأهلية الزواج المنصوص عليها في المادة 7 من قانون الأسرة وأن قانون 29 جوان 1963 ملغي كليا لا جزئيا والدليل على عدم إعطاء المشروع الجزائري في قانون الأسرة لأهلية الترخيص أهمية كبيرة هو إجازته لإبرام عقد الزواج عرفيا ثم يثبتته عن طريق حكم قضائي ومن بين الذين يقولون بهذا " الأستاذ الغوثي بن ملح" بأنه لا يوجد في التشريع الجزائري إي جزء بخصوص هذه المسألة.

وهذا ما يراه أصحاب هذا الرأي أنه صائب باعتبار أن المادة 222 ق أ ج قد نص على أنه في حالة عدم وجود نص نرجع إلى ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية لا إلى القوانين السابقة ولقد رأينا إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص تحديد السن الأدنى للزواج وهذا ما اتخذه المشروع الجزائري ضمنا لا يحمي القصر الذين لا يقدرون حق التقدير لعواقب الزواج الذين يقبلون عليه وبالتالي كان من الأجدر ترتيب جزاء على مخالفة شرط الأهلية أو الترخيص المنصوص عليهما في المادة السابعة من قانون الأسرة ولقد ذهبت المحكمة العليا في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في القرار غير المنشور ملف 96238 بتاريخ 1993/09/28 :

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 28-29.

<sup>2</sup> محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص 292.

<sup>3</sup> محفوظ بن صغير: المرجع نفسه، ص 292.

" من المقرر شرعا عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنها بطلان الزواج" <sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: أهلية التقاضي المتعلقة بالخصومة الزوجية

تعريف أهلية التقاضي: وهي الأهلية الإجرائية وهي ترتبط بأهلية الأداء المعترف بها بالنسبة للحق الموضوعي وعلى ذلك تتوفر أهلية التقاضي في القانون الجزائري وهذا ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني

إذا توافرت أهلية الوجوب دون أن تتوفر لدى الشخص أهلية التقاضي فلا يجوز لمن يكون طرفا في الخصومة أن يقوم بالأعمال الإجرائية المكونة لها إنما يشترط أن يقوم بها شخص يمثل في ذلك وهذا ما يسمى بالتمثيل الإجرائي ويقوم بهذا التمثيل الشخص الذي ينوب عن ناقص الأهلية أو عديم الأهلية قانونا سواء كان الولي أو الوصي أو القيم.

حيث يجب أن يكون الطرف في الخصومة الخصوم أنفسهم بتمنع أهلية التقاضي وهذا الشرط مطلوب في شخص الأطراف الأصليين من مدعى ومدعى عليه بمقتضى المادة 459 من ق إ م التي تؤكد على أن لا يجوز لأحد التقاضي فيمكنه أن يرفع الدعوى أمام القضاء ما لم يكن حائز لأهلية التقاضي وبمقتضى ثبوت الأهلية للشخص يكون له بداية حق التقاضي.

عند عدم توفر شرط ثبوت الأهلية يتم عليه عدم صحة الإجراءات وعدم قبول الدعوى القضائية وهذا ما نصت عليه المواد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. في 459 ق إ م / ف 1-2 والمادة 108 ق إ م و م 94 ق إ م <sup>2</sup>.

وهذا عكس ما أقره القانون الجزائري في قانون الأسرة في المادة 7 / 2 ف أ ج فهي تناقض ما أقره قانون الإجراءات المدنية السابقة الذكر.

<sup>1</sup> صاحب الموضوع أسامة منقول من منتدى : مركز القوانين العربية أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري بتاريخ 2008/04/17، ص ص 29-30..

<sup>2</sup> غوثي بن ملح: القانون القضائي الجزائري، ط 2، ديوان الوطني للأشغال التربوية، بالجزائر العاصمة، 2000م، ص ص 243-244.

لكن المشرع الجزائري في قانون الأسرة أعطى مجالا طبقا للذي منح له الترخيص بالزواج دون السن القانوني.

إذا تم الإذن بزواج القاصر وفقا 2/7 ف ق أ المعدلة بالأمر 05/02 (ق أ ج) المؤرخ في 27/02/2005 فإن هذا الأخير يكتسب أهلية التقاضي في كل ماله علاقة بالزواج وآثاره.

وهذا معناه أن المشرع يكسبه الأهلية المدنية في حدود ضيقة والتي تهتم بكل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات على اعتبار أن الزواج فيه مسائل الأحوال الشخصية فيجوز للقاصر إقامة الدعوى ضد وليه بالنفقة لأنها من باب جلب المنفعة ويجوز للزوجة القاصرة المطالبة بحقوقها الزوجية ولها صفة المدعي كما أنه إذا اختلعت الزوجة القاصرة ووقع الطلاق وجب لها البذل لأن الأهلية في الزواج والطلاق تختلف عنها في العقود المدنية الأخرى (التصرفات المالية) من حيث أنه يشترط فيها مطلق البلوغ لا غير ، ومن ثم استثنى من ذلك التصرفات المالية من حيث يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني ومن منطلق وبخصوص المادة 2/7 من (ق أ ج) المعدلة فإننا نقترح تكملة الفقرة الثانية الناقصة بإضافة ما يلي: "ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج".

والجدير بالذكر أنه لا يجوز لأحد أن يدعي صفة الزوجية أو يطالب بآثار الزواج ما لم يقدم عقد زواج محرر أو مسجل لدى سجلات الحالة المدنية كما أن مجرد عقد الزواج الصحيح يجعل كل من الزوجين مالكا للأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية الناشئة عن هذا العقد بقوة القانون<sup>1</sup>

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيها بتعلق الآثار في عقد الزواج من كل الحقوق والالتزامات الناتجة على هذا العقد<sup>2</sup>.

فإذا كان يحظر على القاضي إبرام عقود أو الالتزام بتصرفات فإن المشروع أباح له ذلك في حدود آثار الزواج بعد أن أذن له القاضي بالزواج باعتباره أن الزواج له تكاليف مالية فإن للمحكمة وبطلب من أحد الزوجين أو النائب الشرعي لأحدهما أن يحدد التكاليف المالية للزوج المعني وطريقة أدائها. حيث يوضح

<sup>1</sup> بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 122-123.

<sup>2</sup> محمد لمين لوعيل : الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، بالجزائر ، 2010م، ص 42 .

من هذا أن الزوجين مؤهلا ومخولا له رفع الدعوى والتقاضي بشأن الحقوق والالتزامات المتعلقة بآثار عقد الزواج أي له صفة التقاضي في شأن آثار عقد الزواج رغم أنه دون سن أهلية الزواج والرشد. ولهذا المأذون لهما بالزواج دون سن 19 سنة يكتسبان بمجرد إبرام العقد الأهلية في ممارسة الحقوق والالتزامات الناتجة عن عقد الزواج<sup>1</sup>.

إن زواج القاصر أصبح يرشد وبالتالي لا يحتاج الولي إلى من ينوب عنه في التقاضي فيما يخص آثار عقد الزواج فترشيد القاصر وضع حدا للكثير من المآسي التي حصلت في ظل تطبيق هذه القوانين بالنسبة للمرأة خاصة عندما كانت لا تستطيع أن تمارس حقها في التقاضي والقيام ببعض دعاوى الأحوال الشخصية. فبموجب هذا الترشيح أصبحت الزوجة القاصر تتمتع بحقوق وضمانات.

كل هذه المقتضيات المتعلقة بترشيح القاصر بالزواج اقتبست من م 476 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب 5 يوليو 1974 م والتي تقتضي بأن القاصر يرشده الزواج بقوة القانون أي دون إصدار حكم قضائي<sup>2</sup>.

حيث ما أتى به الجديد في قانون الأسرة الجزائري ما تضمنته الفقرة الثانية التي منحت الزوجين الذين لم يبلغا كل منهما سن الرشد المدني الصلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلق بآثار العقد بالنسبة للزواج ، النفقة ، إثبات النسب والحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك<sup>3</sup>.

وما نلاحظ في التعديل الجديد الذي أعطي للزوج القاصر دون الزوجة أهلية التقاضي فيما يتعلق بالآثار المترتبة على عقد الزواج مخالفا بذلك أحكام المادة 40 التي تحدد أهلية التقاضي ب 19 سن<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عبد الكريم شهبون: المرجع السابق، ج 1، صص 74-75 .

<sup>2</sup> محمد الشافعي: المرجع السابق، ص 61.

<sup>3</sup> عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 26.

<sup>4</sup> يوسف دلانده، مرجع السابق ، ص 221

## الخاتمة:

لاحظنا أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب المالكي كثير من المسائل المتعلقة بعقد الزواج ، حيث استجاب المشرع الجزائري وعدل قانون الأسرة بموجب الأمر الرئاسي 05/02 المؤرخ في 2005/02/27 بحثا عن مرونة الأحكام في غير المذهب المالكي من أجل إرضاء كثير من التوجهات والتيارات

ومن أكبر المآخذ على قانون الأسرة الجزائري عدم تقييد لقضاة الموضوع بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي ، وهو ما نصت عليه المادة(222)كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام ، في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف ولكن يبقى الشيء الايجابي في هذا القانون هو قداسة مرجعيته وهي الشريعة الإسلامية . وكما ذكرنا آنفا فإن السن القانوني للزواج محدد صراحة بموجب نصوص قانونية فلا يمكن أن ينعقد عقد الزواج قبل بلوغ هذا السن القانوني هذا الأصل العام، لكن يجوز استثناء للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، هذا ما قرره المادة 07 من الأمر. 05/02

وتمنح المادة للزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج .

حيث اتخذت المذاهب الإسلامية في تحديد أهلية الزواج معيارين:

المعيار الشخصي :الذي يظهر من واقع كل حالة حيث تظهر علاماته، وتختلف بحسب الذكورة والأنوثة، فبالنسبة للذكر يعرف بالاحتلام مع الإنزال، وبالنسبة للأنثى يعرف بالحيض، وحال النكاح والبلوغ يكون بخمسة أشياء وثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء واثنان تختصان بالنساء وهي الحيض والحمل."

المعيار الموضوعي :بتحديد سن معينة متى بلغها المعني كان كافيا في اعتباره بالغا ومؤهلا للزواج. وفي الأخير يمكن القول إن تحديد أهلية النكاح ببلوغ الذكر والأنثى سنا معينة لتحقيق مصلحة ما، والحكم المطلق بمنع الزواج دون السن المحددة مخالفة للنص الشرعي الذي يجوز تزويج الصغيرة، ثم



تقاس أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية بالبلوغ وفي القانون الوضعي باكتمال سن معينة، ويقصد بالبلوغ في الفقه الإسلامي قدرة الفتى تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى و الفتاة سنة 19 ، إلا أن المشرع الحالي اشترط أن تثبت لقاضي الأسرة المكلف بالزواج المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية .

ويستفاد من هذه المقتضيات ما يلي أن طلب الإذن بزواج القاصر يقدم أمام قاضي الأسرة المكلف بالزواج ويتعين أن يكون الطلب مكتوب ويتم الاستجابة للطلب بمقرر معلل غير قابل لأي طعن ، كما ألزم المشرع قاضي الأسرة بالبحث في الموضوع في حالة امتناع النائب الشرعي عن الموافقة . إن الأصل في عقد الزواج أنه من العقود الرضائية وبالتالي فلا ينعقد إلا بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر وهو ما يفرض توفرهما معا على أهلية الزواج غير أن المشرع أجاز لمن لم يبلغ هذه السن أن يتقدم بطلب إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج من أجل الحصول على إذن بذلك .