سن الزواج بين الإذن والجزاء

في قانون الأسرة الجزائري

بقلم تشوار جيلالي

فالزواج لم يفرض في جميع الشرائع بحكم القانون. وإنما تـرك لاختيـار الأشـخاص. غير أن الأفراد لا يتمتعون بهذه الحرية بلا قيد ولا شرط. فتقضـي القواعـد القانونيـة أن يكون راغب الزواج أهلا. ومن هنا تعتبر أهلية الزواج من بين الموضوعات الوثيقـة الصلـة بحياة الأفراد والـتي حددهـا الفقـه الإسـلامي بطريقـة انفـرد بـها وقيدتـها التشـريعات الوضعية الحديثة بضرورة توافر سنا معينة

وعلى هذا تبرز أهمية هذا الشرط في الزواج. ومن ثم. فيجب أن نتساءل عـن الأهليـة التي يستطيع بمقتضاها الشخص أن يعقد زواجا. هـل يسـتطيع. في الحالـة الاسـتثنائية أي حالة الإذن. أن يعقده بمجرد بلوغه الطبيعي ؟ أم يشترط فيه توافر سـنا معينـة ؟[1] وإلا ما حكم الزواج إذا تم بدون توافر السن المقررة قانونا في أحد طرفي العقد ؟[2]

ا - الإذن القضائي بالزواج

يجب أن يكون الشخص المقبل على الزواج بالغا سنا معينـة ولا بالغـا بلوغـا جنسـيا فقط لأن امتلاك المتعة ليس هو كل أغراض الزواج وأسماها. بل واحد منها وهذا ما دفـع بالمشرع إلى تحديد أهلية الزواج بالسن بالنسبة للفتاة والفتى معـا. إذ رأى واضعـو قـانون الأسرة وجوب تحديد أهلية الشخص هنا على أساس تقديري بحت. هو السن. ومن ثـم لم يجعلوا أحكام البلوغ منوطة بحقيقته بل ناطها بسن معينة ومناسبة من عمر الإنسـان. وذلك بمقتضى المادة السابعة من قانون الأسرة التي جعلـت اكتمـال أهليـة الـزواج ببلـوغ الذكر تمام سن الواحدة والعشرين والأنثى بتمام عمر الثامنة عشر.

ومع ذلك. فإن تحديد سن الزواج بهذه الكيفية إذا كان يتماشى مـع الواقـع ويطـابق الحقيقة في معظم الحالات. فهو يخالفها في حالات استثنائية. الأمر الذي جعـل المشـرع

استاذ التعليم العالي بكلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس

لم يعامل في هذه الحالة كل الأشخاص نفس المعاملة. وإنما رأى منح المحاكم سلطة تقديرية في شأن هذه التفرقة الناتجة عن اختلاف ظروف وأحوال الناس. فخول للقاضي أن يمنح بناء على دوافع قوية الإذن بالزواج قبل اكتمال السن القانونية وهذا ما صرح به الشطر الثاني من المادة السابعة من قانون الأسرة بقولها: ".... وللقاضي أن يرخص الزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"[1] وهذا الحكم عام بالنسبة لجميع الأشخاص بما فيهم الفتيان والفتيات وبلا تمييز بسبب الأصل أو العرف أو الدين.

وتبدو أهمية هذا الاستثناء واضحة إذ يحول دون التحايل الذي يحتمل أن يقوم به بعض الأشخاص كمحاولة التخلص من السن القانونية على الزواج العرفي. لكن ينبغي أن نلاحظ في هذا الصدد أن المشرع عند وضعه لهذا الاستثناء لم يجانبه صواب ذلك أن الشطر الثاني يحتوي على عدة نقائص أو غموض وهي:

---

[1] وهذا ما كان معمولا به حتى في المرحلة ما قبل الاستقلال. إذ قام المستعمر آنذاك بوضع بعض القوانين لتقريبها بالقانون الفرنسي.

En ce sens, l'article 1er de la loi du 02/05/1930 disposant que "Les indigènes kabyles n'ayant pas la jouissance des droits de citoyens français ne peuvent contracter mariage avant l'âge de 15 ans révolus
Neanmoins une dispense peut être accordée par le gouverneur général, pour motifs graves, après avis d'une commission designée par le gouverneur général, et qui est composée d'un conseiller de la cour d'appel d'Alger en qualité de président et d'un juge de paix exerçant en Kabylie, et d'un medecin »
Cf Loi du 02 mai 1930, J.O. A. 1930, I, p. 301.
De **même**, l'ordonnance du 04 février 1959 allant dans ce sens, puisqu'elle permettant l'octroi d'une dispense si **le futur marie n'avait pas encore** l'âge matrimonial requis qui était de 15 ans revolus pour les femmes et de **18 ans pour les hommes**.

ويلاحظ أن المادة الثانية من اتفاقية **الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج المؤرخة في** 07 نوفمبر 1962 نصت على أن **"تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى** لسن الزواج. ولا ينعقد قانونا **زواج من هم دون هذا السن. ما لم تقرر السلطة المختصة** الإعفاء من شرط **السن لأسباب** جدية لمصلحة الطرفين **المزمع زواجهما" (أنظر. خلف الله** الرشيد. موقع قوانين الأسرة العربية من المواثيق الدولية. **مجلة الحق. 1995. عدد 1 و2. ص. 122).** وينص الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن " .. **إبرام عقد الزواج دون السن المقرر** بتوقف على إذن خاص من المحاكم ولا يعطي الإذن المذكور إلا لأسباب **خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين"**

Cf A.Y.Dennaoui, La famille musulmane dans certains codes contemporains, th. Paris 2, 1978, p. 48

وكما تنص المادة 12 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية على أن "يمنع تزويج الصغير. ذكرا كان أو أنثى. قبل إكماله الخامسة عشرة من العمر إلا بسبب خطير أو اقتضاء المصلحة ذلك وبعد إذن من القاضي"

أ - القاضي المختص بمنح الإذن

فالاعتراف للقاضي بمنح الإذن في الفقرة الثانية من المادة 7 من قانون الأسرة لا يثير في حد ذاته أي إشكال يذكر طالما نصت على مبدئه النصوص القانونية. فالإشكالية تثور في عدم تحديد القاضي المختص بذلك[2] وعليه. يؤخذ على هذه الفقرة أنها عبرت عن حق القاضي في منح الإذن عند عدم اكتمال المقبل على الزواج السن المحددة في الفقرة الأولى. دون تحديد صراحة القاضي المختص بسلطة الترخيص. أيرجع الفضل هنا إلى قاضي الأحوال الشخصية أم إلى رئيس المحكمة ؟

للإجابة عن هذه الأسئلة. نقول أن الواقع العملي يوكل هذا الاختصاص لرئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالسلطة أو الأوامر الولائية ولكن أن المنطق يقضي بأن يوكل الأمر لقاضي الأحوال الشخصية لدرايته وخبرته في هذا المجال مستعينا في ذلك بآراء المختصين من الأطباء المؤكدة على قدرة المأذون له على تحمل الأعباء الجسمانية والنفسية للزواج وكذا قدرته على التصرف في الأمور.

وفوق هذا وذاك. كان بإمكان القول أن القاضي الذي قصده المشرع في هذه المادة هو قاضي الأحوال الشخصية. وهذا ما نفهمه عند تصفحنا للمواد 49 و63 و79 من قانون الأسرة إذا قمنا تفسير النصوص بالنصوص.

ب - عدم تحديد السن الأدنى

يعاتب على المشرع كذلك أنه لم يسع إلى تحديد السن الأدنى لمنح الإذن. فقد أعطى بمقتضى المادة السابعة سلطة تقديرية مطلقة للقاضي في شأن الإذن. الأمر الذي يجعل من حكمه المطلق هذا عاملا مساعدا في خلق تلك الحالة البغيضة: حالة زواج الصغار وخاصة أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل القاضي. عند انتفاء النص التشريعي إلى

---

[2] وبهذا الخصوص تجب الملاحظة أن هذه السلطة كانت تمنح بمقتضى الأمر الصادر في 1959/02/04 إلى رئيس محكمة المرافعة الكبرى أما قانون 1963/06/29 كان يمنحها لرئيس المحكمة ولكن بعد استشارة وكيل الجمهورية أما في فرنسا. وبمقتضى قانون 1970/12/23 أصبح وكيل الجمهورية الموجود بالمكان الذي سيبرم فيه الزواج هو المختص إقليميا لمنح الاذن الذي نحن بصدده هنا. بعدما كان الأمر قبل ذلك يرجع إلى رئيس الدولة

أحكام الشريعة الإسلامية وأن جمهور الفقهاء ذهب إلى القول بصحة زواج الصغار ممن دون سن البلوغ ودليلهم في ذلك قوله تعالى: **"واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن أرتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن"**[3] ويقصد هنا باللائي لم يحضن. حسب المفسرين. الفتاة الصغيرة[4]

ولذلك كان حريا بالشارع الجزائري أن يسلك. بالنسبة لأفراد هذه الفئة. عين الطريق الذي سلكه من قبله المشرع السوري[5] من حيث المبدأ فقط[6]. وأن يراع فيما يقرره من حلول ما ألقي على أطراف العقد من واجبات والتزامات وعواقب الزواج. إذ أننا وإن كنا نقر المشرع السوري على مبدئه من حيث تحديد السن الأدنى في حالة الترخيص بالزواج. إلا أننا لا نستطيع مجاراته في السن المحددة من قبله وهي 15 سنة

---

[3] سورة النساء. الآية الرابعة.

[4] وذلك خلافا لما يراه عدد قليل من الفقهاء منهم عبد الرحمن ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم. الذين قالوا بمنع زواج الصغار منعا مطلقا يترتب على مخالفته البطلان إذ أن القرآن الكريم جعل النكاح للبالغين في قوله تعالى "وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم اموالهم" (سورة النساء الآية السادسة) ويتضح من هنا أن الله سبحانه وتعالى جعل بلوغ سن النكاح علامة على انتهاء الصغر أنظر. محمد مصطفى شلبي أحكام الأسرة في الإسلام. الدار الجامعية. بيروت. 1983. ص 145. مصطفى السباعي المرأة بين الفقه والقانون. المكتب الإسلامي ط. 5. ص 57–59.

[5] أنظر. مصطفى السباعي. الزواج وانحلاله. مطبعة جامعة دمشق. 1962. ص 124 وما بعدها. الأكحل بن حواء. نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية. الشركة الوطنية للنشر والتوزيع. الجزائر. 1982. ص 142–143.

Cf. El-Jarah Chafik. La formation du mariage en droit musulman classique et dans le nouveau code syrien de statut personnel. th. Paris. 1962. p. 22 et s.

[6] وأن المشرع العراقي. هو الآخر. قد سمح بالنزول عن السن الأدنى مع تحديد السن الذي يمكن النزول إليه صراحة. إذ سمح بالنزول من الثامنة عشرة إلى الخامسة عشرة (المادة الثامنة من القانون العراقي المتعلق بالأحوال الشخصية) أنظر. أحمد الخمليشي الأسرة بين التنظير والواقع. مجلة البحث 1995. عدد 1 و2. ص 67 68

للفتى و13 سنة للفتاة[1] بحيث أن هذا التحديد ينطوي على الشيء الكثير من التجاوز من حيث تطبيقه في الوقت الحاضر. فمصلحة الأطراف أنفسهم والمجتمع تقضي بعدم تخويل القاصر حق الزواج إلا عند بلوغه سنا معينة يتأكد من خلالها قدرته الجسمية على تحمل التبعات التي يفرضها عقد الزواج وتمتعه بقدر كاف من التمييز يستطيع معه إدراك نتائج وعواقب هو مقبل عليه

ولكي تتحقق هذه الأمور فعلى المشرع أن يجعل في هذه الحالة أي حالة الإذن. الحد الأدنى لسن الفتاة ست عشرة سنة كاملة وللفتى ثماني عشرة سنة ويمنع قيام الزواج. مهما كانت المصلحة أو الضرورة. إذا كانت السن وقت العقد دون ذلك.

ج - معيار المصلحة أو الضرورة

إذا كان مناط الترخيص بالزواج. المصلحة أو الضرورة. يخضع لتقدير القاضي فإن استعمال هذين المصطلحين من قبل المشرع لا جدوى منه. إذ كان ينبغي الاقتصار على عبارة "المصلحة" فهي أوفى بالغرض المنشود بحيث أن دفع الضرورة أو الاستجابة لها ما هي إلا تحقيق لمصلحة من قامت هذه الضرورة عقبة لإتمام زواجه وهو دون السن القانونية

وفوق هذا وذاك. فما الخلاف بين الضرورة والمصلحة ليس خلافا في الجوهر بقدر ما هو في الدرجة ولكن ما المقصود بالمصلحة أم الضرورة. أو على الأقل ما هو المعيار المعتمد عليه في تحديد مفهومهما ؟

ولذلك ينبغي الإشارة إلى أنه يتعين على القاضي أن يكون حذرا في تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص وأن لا يعطي هذا الإذن إلا إذا توافرت **الشروط المستلزمة. ولا يصح له، من جهة أخرى. أن يتعنت أو يتعسف مادام لا يمس مصالح المجتمع ومصالح الأطراف أنفسهم.** ومثل ذلك حالة الفتاة التي بلغت 17 سنة من عمرها وما لها

---

[1] تنص المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بتاريخ 1953/09/17 على أنه "إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله 15 سنة أو المراهقة بعد إكمالها 13 سنة وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما"

عال ولا مال. فإن الأفضل لها ومحافظة على شرفها وعرضها أن ترتبط برباط القران. وكذلك الحال بالنسبة للفتاة التي تخشى الوقوع في الفاحشة لو لم تتزوج وتقدم رجل للزواج بها. فعلى القاضي أن يسمح لها بذلك وإلا كانت وبالا وخسارة على المجتمع وذلك عندما تصبح الفتاة. لاكتساب عيشها أو لإشباع غريزتها. تستعمل لإشباع حاجات كل خليع داعر بدلا من أن تكون فتاة شريفة وأم فاضلة ومربية كريمة.

وعليه. فإنه يجب على القاضي أن لا يلجأ إلى هذه المصلحة كغطاء لمنح ترخيص بالزواج لشخصين مقبلين عليه لمجرد تغطية فضيحة أخلاقية وهذا يعني أنه إذا كانت المادة 336 من قانون العقوبات ترفع تسليط العقوبة على الخاطف إذا تزوج القاصرة المخطوفة أو المبعدة. فإنه مع ذلك لا يمكن لهذه الأخيرة الزواج هنا إلا بعد حصولها على ترخيص قضائي

ولذلك من بين الإشكاليات التي تعترضنا أثناء هذه المسألة هو التساؤل عن معرفة عما إذا كان يمكن للقاضي أن يرخص الزواج للفتاة ضحية الاغتصاب[8] بناء على ما أسماه المشرع بالمصلحة أو الضرورة ؟

احتراما للمبادئ القانونية والأحكام الشرعية. فالإجابة لا تكون هنا إلا بالنفي. أي أنه لا يمكن إعفاء الفتاة التي وقع عليها الاغتصاب من السن القانونية للزواج. وخاصة أن الواقع العملي يؤكد كل التأكيد أن مثل هذا الزواج فما الهدف منه بناء أسرة أساسها المودة والرحمة وإحصان الزوجين[9] إقامة حياة زوجية حقيقية بقدر ما هو زواجا صوريا كون أن المقبلين عليه ينتظران من ورائه الوصول إلى هدف خاص وغريب كل الغرابة على الأحكام السامية التي بني عليها ووضعت من أجله. وهو تغطية الفضيحة بالنسبة للفتاة وإفلات الجاني من العقاب.

---

[8] تنص المادة 326 من قانون العقوبات على أن "كل من خطف أو ابعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف او تهديد او تحايل أو شرع في ذلك فعاقب بالحبس لمدة من سنة الى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دج واذا تزوجت القاصرة المخطوفة او المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير الا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله

أنظر. المادة الرابعة من قانون الأسرة

بالإضافة إلى ذلك أن الترخيص بالزواج في هذه الحالة يقضي أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به حقيقة وذلك ما يتنافى مع رضائية الزواج وما تستلزمه حرية الأفراد عند إقدامهم على إبرام أسمى العقود في حياتهم. مما يجعل أغلبية هذه الروابط لو تمت معرضة للفشل للأسباب التي ذكرناها أعلاه.

وفوق كل ذلك. فالتساؤل المطروح هو كيف يمكن للقاضي ترخيص زواج مع امرأة قد تكون حاملا ؟[1]

وهكذا مهما يكن من أمر فإن تعديلا يجب أن يتم بالنسبة للمادة السابعة المذكورة. بل أصبح هذا التعديل أمرا مضطرا حتى في شأن الجزاء المترتب على مخالفة شرط سن الزواج المقررة في تلك المادة.

2 - جزاء مخالفة سن الزواج

وتبعا لما قلناه أعلاه يقتضي. في إطار هذه الدراسة ولتكاملها. استعراض الآراء التي قيلت بشأن مسألة الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج المقرر قانونا (أ) قبل أن نبين موقفنا منها (ب)

أ الآراء الفقهية

في الواقع. لم يجمع الفقه الجزائري على حل موحد لمسألة الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج. فكان قد طرح الحلول فانبنى على كل حل موقف منفرد. يرى الرأي الأول أن واضعي قانون الأسرة لم يعطوا لتحديد سن الزواج الوارد في المادة السابعة القيمة القانونية اللازمة له ذلك أن نهيا دون جزاء في الأصل قد يجدي نفعا لدى البعض وخاصة عند علمهم بما تنص عليه المادة 22 من امكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء اذا اكتملت الأركان. فقد يتم العقد شرعا قبل اكتمال السن المستلزمة وبعد مضي مدة من

[1] En droit français, il est également possible de descendre au-dessous de l'âge fixé par l'article 144 du code civil par la pratique des dispenses pour motifs graves (le motif grave étant le plus souvent l'attente d'un enfant pour la femme (J. P. Boulanger, Droit civil de la famille, tome I, Economica Paris, 1990, p. 168 (souvent en fait la grossesse de la femme qui démontre que la condition de puberté est satisfaite) V. Handabent Droit civil, La famille 5ème ed. Litec, 1984, p. 55, (uniquement en pratique en cas de grossesse de la femme qui a ainsi démontré son aptitude physiologique) Ph. Malaurie et L. Aynes, Droit civil, La famille, ed. Cujas, 1987, p. 65 (le motif généralement invoqué est la grossesse de la femme) H. L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, T. I, 6ème ed. Par M. de Juglart, ed. Montchrestien, 1976, p. 73

العقد الشرعي يقومون بطلب تسجيله قضائيا أمام المحكمة بعد بلوغ الفتى أو الفتاة السن القانونية[11] وفي سياق هذا الاتجاه. يرى الأستاذ الغوثي بن ملحة أن قانون الأسرة لم ينص على أي جزاء بخصوص هذه المسألة[12]

في حين يرى الرأي الثاني. على النقيض من ذلك. أن المشرع قد أعطى لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة بمقتضى قانون 29 جوان 1963[13] ويعني بذلك أن مشرع 1984 حين عالج سن الزواج وحدده بـ 21 سنة للفتى و18 سنة للفتاة. وهو يكون بذلك قد عالج نفس الموضوع الذي سبق أن عالجه قانون 1963 في مادته الأولى. وتبعا لذلك فالمادة 7 من قانون الأسرة قد ألغت ضمنيا المادة الأولى من قانون 1963 لإشتمالهما على موضوع واحد. مع هذا الفارق أن هذا الإلغاء يقتصر على هذه المادة دون المواد التالية لها. كون أنها إشتملت على نصوص تتعلق بتنظيم قواعد لم يعالجها قانون الأسرة"[14]

وتطبيقا لهذا الاتجاه. يرى الأستاذ بلحاج العربي أن "الزواج قبل اكتمال الأهلية يكون باطلا بطلانا مطلقا ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين. أو النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة (م.1/3 من قانون 29 جوان 1963)[15] أما بعد الدخول. فيصبح البطلان بطلانا نسبيا. ويمكن الطعن فيه من طرف الزوجين فقط (م. 2/3 من قانون 29 جوان 1963)[16]

---

[11] أنظر. محمد محدة. الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية. الجزء الأول في الخطبة والزواج. ط أولى. ص 62

[12] Cf. Ch. Benmalha. Le droit algerien de la famille. O.P.U. Alger. 1993. p. 52.

[13] أنظر. قانون رقم 63- 224 لسنة 1963. الجريدة الرسمية رقم 47 2 ديسمبر 1963. ص 681

[14] أنظر. عبد العزيز سعد. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. ط 2. 1989. ص 98-99

[15] حيث أن الفقرة الثانية من المادة الثالثة منعت زواج الصغار. ويترتب على ذلك أن الزواج الذي يختلف فيه شرط السن يقع باطلا من اصله. حتى ولو رضي به الزوجان وأذن به ولي القاصر. وبمعنى آخر فإن الزواج في هذه الحالة. باعتباره مخالفا للنظام العام. يعتبر كأن لم يكن حين لم يتبعه دخول

[16] أنظر. بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج.1. الزواج والطلاق. 1994. ص 62.

إلا أنه وبالرغم من وجود هذا العيب وقت الزواج. فقد أقر قانون 1963 بإجازة الزواج بعد زوال السبب الذي أدى إلى بطلانه. أي بعد بلوغ الزوجين القاصرين السن القانونية أو بعد أن أصبحت الزوجة حاملا[17]

وما يجب ملاحظته هنا هو أن المشرع الجزائري قد تأثر كثيرا في هذه المسألة بالقانون الفرنسي[18] غير أنه يختلف عنه من حيث أن بلوغ الزوجين أو أحدهما سن الزواج. في نظر التشريع الفرنسي. لا يكفي وحده لتصحيح الزواج الباطل. بل لابد من التأكد من أنها قد مضت ستة أشهر من تاريخ البلوغ. كما أن حمل الزوجة غير البالغة وقت الزواج تنفيذا للمادة 185 من القانون المدني الفرنسي لا يكفي وحده لتصحيح زواجها وإنما لابد من بلوغها السن القانونية للزواج ولكن دون مراعاة انقضاء الأجل السابقة وإزاء هذين الموقفين فنحن نعتقد أن المشرع الجزائري كان في صيغته لهذه النصوص أحكم إذ لا مانع يمنع من أن تبدأ عدم قابلية الزواج للطعن من يوم بلوغ الزوجين السن القانونية أو حمل الزوجة[19]

والآن يحق لنا أن نتساءل عن مدى صحة هذه الآراء ومن ثم البحث عن الجزاء الذي قرره المشرع الجزائري في حالة مخالفة سن الزواج.

ب - موقفنا من هذه الآراء

والحق فتطبيق قانون 1963 يعتبر نعم. في حالة النقص التشريعي. أفضل الحلول إذا كان الأمر يتعلق بالجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج. ولكن فالرأي القائل بتطبيقه رغم ما فيه من وجاهة. إلا أنه عرضة للنقد. فهو يتجافى مع طبيعة قواعد التشريع من حيث الإلغاء ومن ثم عدم قابليتها للتوسع في التفسير عن طريق القياس أو غيره.

---

[17] أنظر. المادة الرابعة من هذا القانون

[18] C. H. Gall. Les dispenses d'âge fondées sur l'état de possesse de la future épouse et le nouvel article 331 du code penal. J.C.P. 1948. I. 687. J. Massip. L'abaissement de l'âge de la majorité et ses conséquences. Repertoire Defrenois. 1974. 2. pp. 1057-1067.

[19] C. Bontems. L'influence française dans le projet de code de la famille algérienne. Revue Tunisienne de droit. 1980. pp. 125 et s. R.A.S.J.E.P. 1982. n° 4. pp. 626 et s.

وعليه. فإنه ليجدر بنا أن نتساءل من أية لحظة وفي أي حال تعتبر القوانين السابقة ملغية ولا يجوز عندئذ تطبيقها؟

في الواقع. نحن وإن كان نقر الإتجاه الثاني على تفسيره الرامي إلى أن قانون الأسرة لم يلغ قانون 1963 صراحة واكتفى في المادة 223 منه بالإشارة إلى إلغاء "جميع الأحكام المخالفة" له. غير أننا لا نستطيع مجاراته في النتيجة التي توصل إليها حينما يتمسك بأن النصوص التي جاء بها قانون 1963 والتي لم يعالجها قانون الأسرة تبقى سارية المفعول. وعند ذاك يجب على القاضي الجزائري أن يستند إليها في حكمه إذ لا يوجد في قانون الأسرة ما يماثلها ولا ما يخالفها أو يتناقض معها

نعم. نحن لا ننكر أن الحل الذي عبرت عنه هذه الوجهة يعتبر أعدل الحلول وأقلها عيبا من الناحية العملية دون القانونية. غير أن ذلك لا يمكن أن يكون بناء على تأويل غير صائب. بل بنص صريح يضع الأمور في نصابها لأن القواعد العامة تقضي بأنه بمجرد إصدار قانون جديد ينظم موضوعا سبق أن نظمه تشريع قديم. فإن هذا التشريع الأخير يلغى ضمنيا إلغاء كليا حتى ولو لم يتم التعارض في بعض أحكامه مع القانون الجديد[20] وذلك راجع إلى أن إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد انصراف نيته على العدول عن التشريع القديم بأكمله وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني بقولها "... وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون

---

[20] Dans ce contexte, Aubry et Rau ont écrit «L'abrogation est tacite, lorsque la loi nouvelle contient des dispositions contraires à celles de la loi ancienne. Tel est le sens de la règle « lexposterior derogat priori ». Lorsque cette contrariété porte sur le principe même qui servait de base à la loi ancienne, l'abrogation s'étend à toutes ses dispositions indistinctement. Cf. Aubry C. et Rau C., Cours de droit civil français, T. I, 4ème édi. Paris, 1869, & 29-30, pp. 56-57. De même Planiol a écrit à cet égard « quand l'abrogation tacite porte sur une disposition principale, celle-ci entraine dans sa chute toutes les dispositions qui en dépendent ». Cf. M. Planiol. Traité élémentaire de droit civil, refondu et complété par G. Ripert et J. Boulanger, T. 1er, 5ème éd., L.G.D.J., Paris, 1950, N° 223, p. 107. Mazeaud H.L.J. et F. Chabas. Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit, T. 1, 9éd., édit. Montchrestien, Paris, 1990, N° 83, pp. 120-121. Colin A. et Capitant H., Traité de droit civil, T. 1er, Introduction générale, personnes et famille, Dalloz, Paris, 1957, pp. 215-218.

الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم"[1]

أضف إلى ذلك. فالأمر الذي يبرهن أتم البرهان إلغاء قانون رقم 63-224 لسنة 1963 بأكمله. هو أن التعارض لم يقع بصدد حكم تفصيلي منه ولكنه وقع بصدد المبدأ الأساسي الذي بنى عليه هذا القانون أحكامه فالمشرع الجزائري حينما أورد التحديد السالف إنما أتى به كطريقة لوضع حد. إلى جانب حالة الزواج الجبري. للأضرار المعنوية والجسمانية التي كانت تلحق بالزوجة من جراء الدخول بها قبل بلوغها الطبيعي في بعض الأحيان[2] ولكن فالأسباب الأساسية المؤيدة لقاعدة سن الزواج وارتفاعها في قانون الأسرة تتجلى كما قدمنا. في اقتناع الفتاة أو الفتى شخصيا بأن مصلحتها وفائدتها في الزواج المقبلة عليه. وفي تخفيض نسبة عدد المواليد[3]

هذا ونرد على الرأي الأول أنه لا يوفر سندا ثابتا لخصائص القواعد التشريعية ومن ثم فهو لا يستقيم مع القاعدة التي تميز القواعد القانونية عن بعض القواعد الأخرى. إذ أن القاعدة القانونية هي قاعدة ملزمة أي أن إتباعها مفروض على الأشخاص ولو بالقوة

---

[1] فلو رجعنا إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري لوجدنا تعليلا لهذه المادة إذ تقول هذه المذكرة: " وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذي تلاه" مجموعة الأعمال التحضيرية. ج 1. ص 196

[2] "Nous lisons dans l'exposé des motifs de la loi du 29 juin 1963 que « l'absence d'un âge minimum est une caractéristique du mariage, mais que cet âge ne peut demeurer sans limites pour des raisons morales et physiques » car « le mariage d'un homme avec une jeune fille impubère ou une fillette n'est pas un mariage mais un véritable viol, aussi bien physique que moral et qu'aux conséquences morales et physiques s'ajoutent les conséquences tragiques de telles unions » C.I. Loi n° 63-224 du 29/06/1963, J.O.R.A. 1963, N° 47 pp 681 et s.

[3] Sur les conséquences de cette loi sur le plan démographique C.I.D. Sari "L'indispensable maîtrise de la croissance démographique en Algérie Maghreb-Machrek 1990 n° 129, pp. 23 et s. R. Ben Khelil "Planification familiale et santé de la reproduction en Algérie: Impact du programme national sur la maîtrise de fécondité" Alger, 1996. K. Kouaouci "Familles, femmes et contraception: Contribution à une sociologie de la famille algérienne" CENEAP-UNFPA, Alger 1992. I. / Oufricha "Femmes algériennes: la révolution silencieuse" Rev. Maghreb Machrek 1998, n° 162 pp. 57-58.

وذلك بإيقاع الجزاء المادي على من يخالفها. ولذلك كل قاعدة لا تقترن بجزاء يضمن احترامها لا تعد قاعدة قانونية. وإنما قاعدة مجاملات أو عادات أو تقاليد[24].

إذن ليس في الإمكان تأييد هذا الرأي أو ذاك. ولكن من زاوية أخرى يقتضي الأمر معرفة عما إذا كان مستقيما مع النصوص القانونية جعل الزواج في حكم العقد الموقوف إن تم إبرامه من قبل شخص لا تتوفر فيه الأهلية التي نصت عليها المادة السابعة من قانون الأسرة ؟

أولا لابد من الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي يصنف الزواج ضمن التصرفات التي تحتمل النفع والضرر[25]. أي التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإن الصغير المميز غير الأهل ناقص الأهلية لا يملك الحرية التامة في التصرفات القولية كالزواج. فيكون هذا التصرف متوقف على إجازة الولي[26] إذن. فالأمر يتعلق هنا بالعقد الموقوف. وهو العقد الذي لم تترتب عليه آثاره بسبب نقص أهلية العاقد[27]

وبمعنى أدق. "فالعقد الموقوف لا يعد باطلا. بل يعد موقوفا على رضى صاحب الحق الذي تعلق حقه به. أو على إجازته[28] كما يقال في الاصطلاح"[29]. فإذا أجازه

---

[24] أنظر. سمير عبد السيد تناغو. النظرية العامة للقانون. منشأة المعارف. الإسكندرية. ص 59 وما بعدها.

H.L et J. Mazeaud Leçons de droit civil. T I Introduction a l'étude du droit. 8ème ed Par F. Chabas Montchrestien. 1986. p 16

[25] أنظر. بدران أبو العينين بدران. الشريعة الإسلامية. تاريخها ونظرية الملكية والعقود. مؤسسة شباب الجامعة. ص 502

[26] أنظر. محمد حسنين. نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر. 1988. ص 42-44. عبد الرزاق أحمد السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 4 ط 3. دار المعارف. القاهرة. 1967. ص 178. وهبة الزحيلي المرجع السابق. ص 109.

[27] انظر. عبد العظيم شرف الدين. تاريخ التشريع الإسلامي واحكام الملكية والشفعة والعقود. منشورات جامعة قاريونس. 1978. ص 662.

[28] وللعلم. فإنه لا يترتب على العقد الموقوف مدة وقفه توارث. ولا نفقة زوجية. ولا طاعة من الزوجة لزوجها. أنظر. بدران ابو العينين بدران. المرجع السابق. ص 176

[29] أنظر. صبحي محمصاني. النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية. بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة. ج. 2. مكتبة الكشاف. بيروت. 1948. 14-15

صار العقد نافذا وترتب عليه أحكام الزواج اللازم[30] أما إذا لم يجزه، اعتبر العقد باطلا وعد كأنه لم يكن ما لم يتبعه دخول حقيقي[31]

وأن هذا الضرب من العقود قد أشارت إليه المادة 83 من قانون الأسرة حينما نصت على أن "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته... وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر."

فإن كانت هذه هي أحكام العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي فهل يمكن تطبيقها بصدد المسألة التي تشغل بالنا هنا ؟

إننا لا نعتقد في ذلك. إذ أن الزواج الذي يبرمه ناقص الأهلية دون مراعاة الإذن المتطلب في المادة السابعة من قانون الأسرة لا يعد عقدا موقوفا على الأجازة أي أن تنفيذه غير معلق على إجازة صاحب الحق وهو غالبا ما يكون الولي في هذه الحالة وإنما على إذن القاضي

كما أن هذا العقد يعتبر عقدا غير صحيح لأنه موقوف الانعقاد وليس موقوف النفاذ[32] إذ أن المشرع قرر على وجوب الحصول على الإذن قبل إبرام الزواج. أو

انظر، بدران أبو العينين بدران. المرجع السابق. ص 175

[31] إذ "ان حصل دخول قبل الإجازة. كان معصية. ولكن تترتب عليه عند الحنفية آثار الزواج الفاسد. يسقط الحد ويثبت النسب. ويجب الأقل من المسمى ومهر المثل لكن لا عدة في زواج موقوف قبل الاجازة. ولا في بعض" (أنظر، وهبة الزحيلي المرجع السابق. ص 109) ولا فرق بين الزواج الفاسد والزواج الموقوف. إذ أن الأول "لا يعتبر بحال من الأحوال ولا يلحقه تصحيح. اما الموقوف فتلحقه الإجازة ولو بعد الدخول فيصير نافذا تترتب عليه كل آثار الزوجية من وقت ابتداء العقد. لأن الإجازة اللاحقة تنسحب على العقد من وقت إنشائه فينقلب نافذا من وقت إنشائه. وهذا وليلاحظ انه إذا دخل الرجل بالمرأة في العقد الموقوف بعد رده وبعد علمه بالرد يكون فعله زنى لا شبهة فيه فيترتب عليه ما يترتب على العقد الباطل" أنظر. محمد مصطفى شلبي المرجع السابق. ص 342.

[32] خلافا للمالكية والحنفية. يرى الشافعية والحنابلة أن الأهلية عنصرا من عناصر الانعقاد فتخلفها يجعل العقد باطلا أنظر شمس الدين السرخسي المبسوط شرح الكافي مطبعة السعادة. مصر. 1331 هـ. ج 24. ص 182. ابو عبد الله الحطاب. مواهب الجليل شرح سيدي خليل مطبعة السعادة. 1328. ج 3. ص 61 وما بعدها. الرافعي فتح العزيز شرح الوجيز. ج 8. ص 106 وج 10. ص 275. محمد حسنين. المرجع السابق ص 18

بمعنى آخر يجب ان يكون الإذن سابقا لإبرام عقد الزواج ولا لاحقا له وعليه حتى ولو أجازه الولي لا يصير نافذا ولا تترتب عليه أحكام الزواج اللازم. لأن هذا الولي الذي ليس له أن يأذن ناقص الأهلية بإجراء الزواج. ليس له أيضا أن يجيزها بعد إجرائها بدون إذن سابق. إذ أنه لا يمكن بحال من الأحوال تطبيق في هذا المضمار القاعدة الفقهية القائلة بأن "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة" أو "الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء".

كما أن الدخول لا يصححه ولا يجعله نافذا. إذ أن حتى الفقه الإسلامي. كالمالكية والحنفية. الذي يقول بصحة العقد الموقوف[33] يرى بأنه إذا تم الدخول في العقد قبل حصول الإجازة. فإنه لا يترتب على هذا الدخول شيء بشأن صحة العقد[34]

ومما سلف جميعه. يمكن أن يقال. بأنه ما قلناه بالنسبة للزواج الموقوف لا ينطبق برمته على حالة ناقص الأهلية في التشريع الجزائري. فقواعد قانون الأسرة إنما ترمي إلى جعل حد إلى هذا النوع من الزواج منذ البداية ولا يمكن الخوض فيه إذا لم يكن إذن القاضي سابقا لإبرامه. ومسألة الزواج الموقوف الذي يمكن أن ينشأ هنا يمكن تلافيها عن طريق رفض الإجازة.

ويجدر التوضيح بأن زواج ناقص الأهلية لا يمكن استئصاله بصفة نهائية. ولكن أراد المشرع بمقتضى النصوص التي جاء بها في هذا الشأن التضييق من نطاقه عن طريق الإذن القضائي السابق. أما بالنسبة للزواج الموقوف بسبب نقص الأهلية فإن كل مجهود للتضييق من حالاته أو للقضاء عليه نصيبه الفشل بل أن انخفاض الوازع الديني وانتشار جريمة الزنى. كل ذلك مما يساعد بالعكس على انتشاره. وخاصة وأن المشرع قد اعتبر الزواج صحيحا إذا انتفى منه ركن الولاية بعد الدخول[35]

إذ أن هذا الاتجاه الفقهي يرى ان العقد الصحيح ينقسم الى نافذ وموقوف. بحيث فعندما العقد الموقوف هو عقد صحيح لتوفر عناصر الانعقاد والصحة ولكن ينقصه هنا عنصر النفاذ وهي الأهلية

أنظر. بدران أبو العينين بدران. المرجع السابق. ص 185-180

أنظر. المادة 33 من قانون الاسرة.

ويلاحظ في النهاية أن القانون الجزائري للأسرة لم يرد فعلا فيه نص خاص بشأن الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج. ومع ذلك فإن هذا لا ينفي القضاء بإبطاله وفقا للقواعد العامة المقررة فيه والتي تضمنتها المواد 9 و32 و33 منه إذ أنه لا يمكن تصور الأهلية الكاملة للزواج عند انتفاء السن المقررة في المادة السابعة من ذات القانون. كما لا يمكن تصور صحة الرضا في غياب هذه السن.

وبتعبير أدق. فإن وجود التراضي لا يكفي لينتج أثره. بل لابد ان يكون هذا التراضي صحيحا. وهو لا يكون كذلك إلا إذا صدرت الإرادة من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لإبرام الزواج. ومن ثم. فإن بالسن الكامل تكتمل الاهلية وأما إذا كان سن الشخص ناقصا فتكون إرادته مختلة وتصرفه يقع باطلا لنقص الأهلية ولو كان ذلك فيه نفعا له. بحيث تنص المادة 32 من قانون الأسرة على أن "يفسخ النكاح. إذا اختل أحد اركانه..."[30] والمادة 9 من ذات القانون تعتبر رضا الزوجين ركنا للزواج. وأن المادة 33 منه نصت على حالات الإجازة دون ذكر ضمنها حالة وجود الخلل في الرضا. ومن هنا اعتبر المشرع الرضى الركن الأساسي للزواج. بل ركن الانعقاد وإذا اختل فإن هذا الخلل المتمثل في نقص أهلية المتعاقد سيؤثر حتما على الزواج ذاته الذي لا يمكن إجازته بعد الدخول. لان هذه الإجازة قد إقتصرها المشرع عند انتفاء ركن الولاية أو الصداق أو الشهادة دون ركن الرضا.

وبناء على ما جاء في هذه المواد فإنه يقع باطلا كل زواج تم إبرامه من قبل شخص لم تتوفر فيه الأهلية المنصوص عليها في المادة 7 من قانون الأسرة ولم يحصل مسبقا على الإذن القضائي

وأن هذا التحليل القانوني يرتكز على تعليل منطقي ومعقول. إذ أن المشرع لما قيد زواج ناقص الأهلية بالإذن القضائي ولم يوقفه على إذن الولي أو على إجازته. إنما يكون قد عبر في الوقت ذاته على أن أحكام الأهلية وإن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة إلا أنها تمس الأشخاص في مجموعهم. مما يقتضي القول بأنها تعتبر من المسائل المتعلقة

---

[30] D'ailleurs le texte redige en langue française dispose clairement que le mariage est declare nul si l'un de ses elements constitutifs est vicie ».

بالنظام العام. وعلى هذا فلا يجوز لناقص الأهلية أن يتزوج ما لم يكن قد تحصل مسبقا على إذن قضائي لذلك الغرض.

ومما سلف جميعه. يمكن أن يقال. بأن العدالة والمساواة بين الأشخاص والانسجام الذي يجب أن يتحقق بين النصوص القانونية كل ذلك يدفع إلى القول بضرورة تعديل قانون الأسرة في هذه المسألة تعديلا يقتضي بإضافة نص قانوني ينص صراحة على بطلان الزواج الذي تم إبرامه من قبل شخص لم تتوفر فيه السن المحددة قانونا مع تعليق منح الإذن على شهادة طبية تثبت قدرة المقبل على الزواج نفسيا ومعنويا وجسميا عليه وعلى تحمل تكاليفه