

أحكام نكاح القاصر بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

أ. فتية يعقوبي

أ.د. ربيعة حزاب

جامعة وهران 01 - الجزائر

جامعة وهران 01 - الجزائر

الملخص:

لا ريب أن النكاح أو الزواج، يعتبر من أخطر العقود التي يقدم عليها الشخص لما فيه من سكونية وطمأنينة، و ما يتضمنه من أثر مقصدي عظيم يتمثل في استمرارية النسل الإنساني على الأرض، وبالرغم من اختلاف الفقهاء في تحديد أركان وشروط عقد النكاح، فإن المتفق عليه أن لا يقوم للنكاح قائمة دونما أركانه وشروطه، وهذا في حالة عقد النكاح في صورته الأصلية العادية، ولكن قد يقع وأن يكون أحد طرفي هذا العقد العظيم، قاصرا لم يكتمل رشده و أهليته بعد، ولم ينضج بعد، وبالتالي فإن هذه الحالة تقتضي أحكاما وإجراءات خاصة، مما أدى بالشريعة الإسلامية إلى توفير تلك العناية الخاصة بهذه الفئة، فأوكلت النظر في أمورهم وتبويرها إلى من يهتم بها ويحفظها ويتصرف فيها بما ينفعها، و هو الولي.

الكلمات المفتاحية: عقد النكاح - القاصر - نقص الأهلية - الولي.

Abstract :

Marriage is considered one of the most dangerous contracts that a person provides for the sake of tranquility and security and the implications of the great purpose of the continuity of human offspring on the ground.

Al though the jurists differed concerning the number and conditions of the marriage contract, it is agreed that the marriage should not be held without the conditions and conditions of marriage.

This is in case of marriage contract in its original form, but it may be that one of the parties to this great contract is incomplete.

And after that has not yet matured and there for this situation requires special provisions and procedures, wich led to the islamic sharia to provide that special care for this matter, where they were entrusted with looking at their affairs and managing them to those who care about them and protect them and act in them for the benefit of them ,the guardian.

Key words: Marriage contract- minor-lack of civil-guardian.

مقدمة:

لطالما كانت سعادة الأسرة، في حسن اختيار كل زوج لزوجته، قائما على العقل والدين والأخلاق، غير متأثر بعاطفة أو مصلحة مؤقتة أو منفعة زائلة، ويتجسد ذلك الاختيار في عقد شرعي مقدس، متمثلا في عقد النكاح أو الزواج، وهو سنة شرعية من سنن الأنبياء والمرسلين ومن اهتدى بهداهم من الأولين والآخرين، وسنة كونية لا غنى للإنسان عنها، بل حاجته إليه ماسة فهو الأساس إذن في بناء المجتمعات وصلاح الأمم، فيها تسكن النفوس وتتكاثر الأبدان وتتوالى الأجيال، ويصدق العزيز الرحيم حين يقول في كتابه العزيز: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون".¹

وفي حديث رواه الإمام مسلم: "فمن علقمة رضي الله عنه، قال: كنت أمشي مع عبد الله بن مني فلقبه عثمان رضي الله عنه فقام معه يحدثه، فقال له عثمان يا أبا عبد الرحمن ألا نزوجك جارية شابة؟ لعلها تذكرك ببعض ما مضى من زمانك قال: فقال عبد الله: لئن قلت ذاك، لقد قال لنا صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء".²

وإن اختلف الفقهاء في تعداد أركان وشروط عقد النكاح، فإن المتفق عليه، أن لا يقوم لعقد النكاح قائمة دونما أركانه وشروطه، وهذا في حالة عقد النكاح في صورته الأصلية العادية، ولكن قد يقع وأن يكون أحد طرفي هذا العقد العظيم، قاصرا لم يكتمل رشده بعد، ولم ينضج بعد، وبالتالي فإن هذه الحالة تقتضي أحكاما وإجراءات خاصة، فقد أولت الشريعة الإسلامية عناية خاصة بهذه الفئة، فأوكل النظر في أمورهم وتدبيرها إلى من يهتم بها ويحفظها ويتصرف فيها بما ينفعها، وذلك لنقص أهليتهم وتدبيرهم.

وبالتالي، أمكن لنا من طرح الإشكالية الآتية: كيف عالج الفقه الإسلامي مسألة نكاح القاصر، وهل سايره المشرع الجزائري في ذلك؟

و محاولة منا الإجابة على هذه الإشكالية، قمنا بتقسيم الدراسة إلى مبحثين ،حيث
عنونا المبحث الأول ب: الإطار الفقهي والقانوني لأهلية القاصر في عقد النكاح ،وقد
قسمناه بدوره إلى مطلبين ،نتاولنا في المطلب الأول،الإطار المفاهيمي لأهلية القاصر ،وفي
المطلب الثاني تطرقنا إلى حكم نكاح القاصر .

أما في المبحث الثاني والمعنون ب مركز الولي في نكاح القاصر ، قسمناه بدوره إلى
مطلبين ،عنونا المطلب الأول ب مفهوم الولاية في عقد النكاح ،وفي المطلب الثاني نتاولنا
أثار وأحكام الولي على القاصر في نكاحه في الفقه الإسلامى والتشريع الجزائرى .

المبحث الأول:الإطار الفقهي والقانوني لأهلية القاصر في عقد النكاح:

تقتضى القاعدة العامة في العاقد أو المتعاقد أهلية التصرف، وتختلف هذه الأهلية
باختلاف العقود وكذلك التصرفات المبرمة والمباشرة من الإنسان،حيث يرى الفقه أن
الشخص الذي يكون أهلا لعقد معاوضة قد لا يكون أهلا أو مؤهلا لعقد تبرع ما كهبة أو
وصية ،أو وقف وكفالة وغيرها ³.

وبالتالى فمن يكون أهلا للتملك قد لا يكون أهلا للإعطاء والتملك ،وكيف الحال لو كنا
أمام إبرام عقد عظيم ،كعقد النكاح أو الزواج ،أين تعتبر الأهلية من أهم شروط إبرام هذا
العقد ،والعقود الأخرى .

سنتطرق في هذا المبحث إلى مفاهيم لغوية وإصطلاحية للأهلية،والقاصر ،وفي
المطلب الثاني سنتطرق لحكم نكاح القاصر أو أثر نقص أهلية الصغير في عقد نكاحه .

المطلب الأول :الإطار المفاهيمي لأهلية القاصر

تتعدد التعاريف والمفاهيم اللغوية والاصطلاحية لكلا من الأهلية والقصر .

الفرع الأول:دلالة الأهلية

للأهلية معان ومفاهيم لغوية واصطلاحية.

أولاً: المدلول اللغوي للأهلية:

الأهلية: مؤنث الأهل، والأهلية للأمر: الصلاحية له ⁴.

وهناك من يعطي لها دلالة ومعنى: صلاحية الأمر وجدارته. ⁵

ثانياً: المدلول الاصطلاحي لأهلية عقد النكاح:

بداية، لابد من الإشارة إلى المدلول العام للأهلية، وهي مناط التصرف، وتختلف دلالتها فقها وقانونا، ففي الاصطلاح الفقهي تعرف على أنها: "تلك الصفة المقدرة شرعا في الشخص، تجعله محلا صالحا لخطاب تشريعي" ⁶، وبالتالي فهي من الناحية الفقهية، مطلوبة أساسا لتوجيه التكليف الشرعي و القانوني بالواجبات ولثبوت الحقوق وصحة العقود، وكذا التصرفات المدنية، وللمساءلة عن كل تقصير، ويعبر الفقه كذلك عليها بصلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وهي الأمانة التي أخبر الله تعالى بتحمل الإنسان إياها في قوله: "إنا عرضنا الأمانة على السماوات والأرض، فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان انه كان ظلوما جهولا" ⁷

و يثبت لنا من ذلك، أنها ثابتة للإنسان من تاريخ ولادته، أو صيرورته جنينا في بطن أمه فيكون أهلا للإلزام والالتزام.

أما من الناحية القانونية، فهي تلك القابلية والصلاحية لاكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات، وتنقسم إلى قسمان، أهلية أداء وأهلية وجوب، ونعني بأهلية الأداء تلك الصلاحية التي تمكن الشخص من التعبير عن إرادته، تعبيرا يرتب أثارا قانونية، أما بالنسبة لأهلية الوجوب فهي صلاحية تمكن الشخص من التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، حيث تثبت للجنين في بطن أمه. ⁸

الفـرع الثاني:تعريف القاصر

ويقتضي الوصول لتعريفه، تبيان مدلوله اللغوي ،وكذا الاصطلاحي الشامل لمعنيين،معنى فقهي و آخر قانوني.

أولاً:التعريف اللغوي للقاصر :

القصر هو خلاف الطول ،وقصر الشيء خلاف طال ،وكذلك قصر في الصلاة،ثم القصير خلاف الطويل و اتفق اللغويون أن القصر خلاف الطول من جهة ،وخلاف الأمر الطبيعي من جهة ثانية.⁹

و وجدنا كذلك، أن بعض اللغويين يعرفون القاصر من الورثة ،وهو من لم يبلغ سن الرشد .

و أما القاصرة: فيقال امرأة قاصرة الطرف، خجلة حبيبة لقوله تعالى: " وعندهم قاصرات الطرف عين"، والفتاة من لم تبلغ سن الرشد.¹⁰

ثانياً:التعريف الاصطلاحي للقاصر :

و للقاصر تعريفات فقهية وقانونية.

فبالنسبة للفقه الإسلامي فيعرف القاصر بعدة تعريفات،بأختلاف التسميات والحالات ،وعندهم يتفرع القاصر إلى ثلاث حالات:

الصبى:وهو ذلك الشخص الذي لم يبلغ، وتختلف مظاهر وعلامات البلوغ بظهور علامات مشتركة بين الذكر والأنثى، واختلاف بعضها.

الحدث :ويطلق على الصغير ،منذ ولادته إلى غاية بلوغه سن الرشد الجزائي .¹¹

التمييز :هو من يفهم الخطاب ويرد الجواب، دون ضبطه بسن معينة.¹²

و سواء كان القاصر ،مميزا أو صيبيا أو حدثا،فإن هذه الحالات تشترك في عدم التكليف الشرعي ،فحينئذ نستخلص ،أن القاصر يعرف فقها : "من لم يوجه له الخطاب الشرعي كاملا بسبب قصور عقله الملازم لصغر سنه"¹³

أو هو: "الشخص الذي يتمتع بقدرة قاصرة على فهم الخطاب لعدم اكتمال عقله"¹⁴

و أما من الناحية القانونية، عرف القاصر على أنه: "من لم يبلغ سن الرشد القانوني"¹⁵

و بالتالي فإن فقهاء الشريعة والقانون يتشاركون في إطلاق تسميات على القاصر كالصبي والمميز والحدث،والصغير وغيرها .

و تجدر الإشارة، إلى أن القوانين الوضعية لم تتعرض لتعريف القاصر تعريفا واضحا، وقد أشار المشرع الجزائري إلى تعريف ناقص الأهلية، في القانون المدني رقم 05-10 المعدل والمتمم¹⁶.

وكذا في قانون الأسرة المعدل والمتمم، رقم 05-02 ،وذلك من خلال المواد 81-86 منه،أين نصت المادة 82 منه على "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42،من القانون المدني،تعتبر جميع تصرفاته باطلة "¹⁷

ومن خلال استقراءنا لهذه المواد يتبين لنا ،أن المشرع الجزائري قد عرف القاصر بالذي لم يكمل 19 سنة ،وهو تعريف مطابق لمفهوم الطفل بشكل عام ، دونما الخوض في جدال عدم تفصيل المشرع الجزائري في جل القوانين لمسألة متى يكون الشخص قاصرا.¹⁸

وطالما أن عقد الزواج ،عقد منتج لأثار خطيرة ،كالنسب وغيره ومرتب للالتزامات بين الزوجين فلا بد من وجود قدرة للتعبير عن الشخص بنفسه ،وهي غير متوافرة في

القاصر، ولكن يختلف سن وعلامات القصر من مذهب فقهي لآخر، ومن قانون وضعي لآخر وهذا ما سنراه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: حكم نكاح القاصر وأثره:

يعتبر الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري، أن عقد النكاح -الزواج- من التصرفات التي تقتضي توافر أهلية كاملة لما ينشأ عنه من التزامات مالية و واجبات اجتماعية¹⁹، وبالتالي لا يتصور السماح لفرد الإقدام عليه، من غير نضج فكري، وقدرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية.²⁰

و لكن، و قبل التطرق لأحكام هذا الزواج المشوب، بنقص الأهلية وأثاره لابد من تبيان الاختلاف في محددات وعلامات البلوغ في الفقه الإسلامي وكذا في القانون.

الفرع الأول: محددات البلوغ:

أولاً: حدود البلوغ في الفقه الإسلامي وعلاماته:

من المتعارف عليه أنه، في المذاهب الفقهية المشهورة في الإسلام، نجد أنه قد يتحدد البلوغ إما طبيعياً، أو ببلوغ سن معينة، فيعرف البلوغ إذن بظهور علامات مميزة في الإنسان، وهي خمسة عند الشافعية والحنابلة²¹ بحيث يتشارك فيها الرجل

مع المرأة في ثلاث، وهي: الإحتلام، و الإنبات (نبات الشعر في مواضعه المعلومة) و السن، وتختص المرأة باثنتان، هما الحيض والحمل، وفي هذا يتطابق هذا الرأي مع مذهب الحنفية²².

خلافًا للمالكية، فنجد عندهم أن علامات البلوغ الطبيعية سبعة، خمس علامات مشتركة بين الجنسين وتختص الأنثى باثنتان، وهما الحمل والحيض.

و وجه الاستدلال عند المالكية من القرآن الكريم، في اعتبار الاحتلام علامة من علامات البلوغ، في قول الله تعالى: "وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا"²³، وفي هذا أدلة كثيرة من السنة النبوية المطهرة.

أما الأنثى، فعلامات بلوغها، حيضها و حملها على الراجح من الأقوال.

هذا بالنسبة لعلامات البلوغ، وفي هذا علاقة بالسن، فالحنفية يرون أن أقل مدة للبلوغ التي تظهر فيها إحدى علامات البلوغ، عند الذكر اثنتا عشر سنة، و للأنثى تسع سنين، وهو المختار عندهم.²⁴ ومعناه أن علامات البلوغ تظهر عند الذكر في حدود الثانية عشر من العمر، و الأنثى تظهر في سن التاسعة، و لكن قد يرد على هذا إستثناءات في حالة عدم حصول البلوغ

الطبيعي، فهنا يتدخل عامل السن لإثبات البلوغ، فيبلغ الذكر والأنثى في سن الخامسة عشر، وهو المفتى به عند الحنفية على أرجح الأقوال، خلافا لأبي حنيفة الذي يرى أن الذكر يبلغ في سن الثامنة عشر، والأنثى في سن السابعة عشر، ودليله في ذلك الإنبات.

أما بالنسبة للمالكية، فإذا لم تظهر علامات البلوغ لدى الجنسين، فيتفقون على تحديد سنة البلوغ بتمام ثمانية عشر سنة كاملة، خلافا للشافعية و الحنابلة، فيقولون بأن سن البلوغ هو خمسة عشر سنة، و دليلهم في ذلك: "عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه و سلم عرضه يوم أحد، و هو ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني. ثم عرضني يوم الخندق، و أنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني"²⁵.

وفي هذا، نرى والله تعالى أعلم، أن بلوغ الذكر و الأنثى، محدد بعلامات بيولوجية تظهر عليهما، فيشتركان في بعضها ويتميزان في البعض الآخر، و نرجح قول الشافعية والحنابلة والمفتى به عند الحنفية، والترجيح راجع لاستنادهم لدليل وسند قوي، بتحديد سن البلوغ بخمسة عشر سنة كاملة، ما رواه الشافعي رضي الله عنه، عن رد الرسول صلى الله عليه

وسلم لابن عمر ،ورده كذلك لسبعة عشر من الصحابة، وهم أبناء أربعة عشر سنة ،لأنه لم يراهم قد بلغوا ،فقد رأى الرسول صلى الله عليه وسلم بعينه أنهم مازالوا صغارا وقد يكون بسبب عدم الإنبات،ثم عرضوا عليه كذلك وقد بلغوا خمسة عشر سنة فأجازهم،وهذا دليل قوي على تحديد البلوغ ب خمسة عشر سنة قمرية .²⁶

ثانيا : كيفية معالجة المشرع الجزائري لحدود البلوغ وعلاقته بالأهلية:

إن المتتبع لتعديلات القانون المدني،وكذا قانون الأسرة ،المتتالية ،يجد أن المشرع الجزائري لم يهتم بتحديد محددات البلوغ وعلاماته،على غرار الفقه الإسلامي الذي اهتم به كثيرا، و لكن رغم ذلك نجد أنه قد حدد سن الغير مميز،وسن المميز وكذلك سن الرشد القانوني ،والذي من خلاله يسمح بمباشرة مختلف التصرفات القانونية.

ففي الفترة الممتدة ما بين 1830-1930 و هي فترة بداية الإستعمار الفرنسي في الجزائر،فقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية ،خاصة المذهب المالكي هي المرجعية الدينية الأساسية في الجزائر ،بحيث كانت تبرم عقود زواج الراشدين والقصر وفق هذا المذهب،ولم تقف السلطات الفرنسية موقف المتفرج ،في مسألة زواج القصر،بل لجأت إلى إصدار قانون رقم30-323 الصادر في 1930/05/02 ،والذي تم بموجبه تحديد سن الزواج بخمسة عشر سنة ،واضعا بذلك حدا للزواج المبكر ،مع إجازة زواج القاصر برخصة ، وقد تلى ذلك ، الأمر رقم59-2745 الذي اعتبر رضا القاصر في إنشاء عقد الزواج رضا ناقصا ما

لم يتم برضا الولي.²⁷

و قد تلت هذه المرحلة الأليمة،مرحلة الإستقلال ،أين صدر قانون 1963-224 و قد حدد هذا القانون السن الأدنى للزواج بثمانية عشر سنة للرجل و ستة عشر سنة للمرأة²⁸،لتستقر بعد ذلك أحكام زواج القاصر بموجب القانون رقم

84-11²⁹، ملغيا في ذلك الأسباب الخطيرة المنصوص عليها في القانون القديم وعوضها بالضرورة والمصلحة، وقد حددت المادة السابعة منه أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، والمرأة ب 18 سنة والسبب في ذلك راجع للانفجار الديموغرافي الذي عرفته الجزائر، وتحسن المستوى المعيشي للجزائريين، وخاصة في المجال الاجتماعي والإقتصادي³⁰، ليعدل هذا

القانون في نهاية المطاف في سنة 2005، حيث تم بموجب هذا التعديل إضافة شرط القدرة للقصر ومنحهم حق التقاضي والترخيص القضائي، حيث نصت المادة السابعة منه على: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات."

و حينئذ يمكننا القول أن، أهلية زواج الرجل والمرأة أصبحت متساوية مع الأهلية المدنية المحددة ب 19 سنة كاملة، مع مراعاة اعتبارات عوارض و موانع الأهلية، وتم تحديد الفترة التي يعتبر فيها الشخص قاصرا وهي من 13 سنة إلى 19 إلا يوم حسب القانون المدني المعدل والمتمم، وما يظهر لنا أن قانون الأسرة ساير الشريعة العامة في سن الأهلية، فساوى بين أهلية الجنسين متأثرا بذلك بالضغطات الخارجية، و تأثير الجمعيات النسوية العاملة على تحقيق المساواة بين الجنسين، و كذلك مكن

القانون الأخير القصر من مباشرة عقد الزواج، مع طلب الترخيص من القاضي المختص متى ما وجدت ضرورة ومصلحة لذلك.

الفرع الثاني: حكم نكاح القاصر وأثره:

طالما أن الأهلية شرط ضروري لإبرام عقد النكاح، كأصل عام، وباعتبار أنه ليس بالضرورة أن يكون دائما المقبل على هذا العقد كاملا للأهلية، فقد نصادف صغيرا أو قاصرا، يكون طرفا في هذا العقد، و بالتالي سنحاول تبيان أحكام و آثار زواج القاصر من خلال الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

أولا: آثار نكاح القاصر في الفقه الإسلامي:

في هذه المسألة ثار خلاف فقهي، فيرى ابن شبرمة و أبو بكر الأصم وعثمان البتي رحمهم الله، بعدم جواز زواج الصغير والصغيرة حتى يبلغا، مصداقا لقول الله تعالى: "حتى إذا بلغوا النكاح"³¹، كذا إن زواج النبي صلى الله عليه و سلم بعائشة له خصوصياته، وأنه عرف متغير بتغير الزمان، وباعتبار ركن الرضا غير متوافر في القاصر، و حجتهم في ذلك عدم حاجة الصغير للنكاح.

ويرى ابن حزم الأندلسي الظاهري، بجواز تزويج الصغيرة، وبطلان نكاح الصغير حتى يبلغ، وإذا وقع فيفسخ، ولا عبرة عنده لو تم الدخول أم لم يتم.³²

ويخالفهم الجمهور في ذلك، فيقولون بصحة زواج الصغير القاصر، وزاد ابن المنذر على الإجماع، بجواز تزويج ونكاح الصغيرة من كفء مستدلين بالكثير من الآيات القرآنية، فقاموا على قوله تعالى: "واللاني ينسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاني لم يحضن"³³

فمادامت الصغيرة تعتد، فهذا دليل قوي على نكاحها، لأن العدة لا تكون إلا بعد زواج و طلاق، وكذا ما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج بالسيدة عائشة وهي بنت ست سنين، و بنى بها وهي ابنة تسع.³⁴

وهناك اتجاه يقول بأن الأصل في الأمر الإباحة، وأنه يجوز لولي الأمر تقييد المباحات للضرورة والمصلحة.³⁵

ثانيا: آثار نكاح القاصر في قانون الأسرة الجزائري:

باستقراءنا لقانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، وخاصة المادة السابعة بفقرتيها، وكذا المادة التاسعة مكرر، والمادة الثالثة والثلاثين، يتبين لنا أن المشرع اعتبر الأهلية شرطا لصحة عقد الزواج، بعدما كانت تعتبر ركنا في القانون القديم، كما أنه أبقى على إمكانية الترخيص للقاصر في إبرام عقد النكاح عن طريق القضاء، متى وجدت الضرورة والمصلحة في ذلك، والمقدرة على الزواج من الطرفين، وقد أعفى القانون القاصر من أهلية الزواج، كما أن المشرع أكسب القاصر أهلية التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج، سواء تعلق الأمر بحقوقه أو التزاماته.

و يمنح القاضي الترخيص، بعد الاستماع لولي القاصر، وكذا الاستعانة بالخبرة الطبية أو حتى لو تطلب الأمر إجراء بحث اجتماعي، ويستطيع القاضي رفض الطلب، متى ما وجد احتمال وقوع ضرر، وبحكم أنه قد زاولنا عملنا لبضع سنوات في مكتب إبرام عقود الزواج، فقد لاحظنا أن نسبة عقود نكاح القصر ارتفعت، حيث شكلت نسبة 25٪ من مجموع عقود الزواج المقدرة ب 200 عقد، وذلك سنة 2013 بإحدى البلديات بولاية الشلف.

وما استنتجناه أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل و المتمم، لم ينص صراحة على حالة غياب شرط الأهلية في نص المادة 33، و آثار ذلك، وربما يرجع الأمر في ذلك إلى اعتبار الأهلية شرط في تسجيل عقد الزواج، أمام ضابط الحالة المدنية، أو أمام الموثق، لأن غيابها يبطل العقد، ولا يسجل العقد، ولا يبرم من أساسه و بالإسقاط، تنص الفقرة الرابعة من المادة 74 من قانون رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية على: "... الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر"³⁶، كما أن نفس القانون يشترط أن يكون سن الشاهد في عقد الزواج 19 سنة فما فوق دون تحديد جنس الشاهد، أي قد يكون ذكرا أو أنثى.

و بالتالي أمكن القول أن شرط الأهلية في عقد النكاح، والمستثنى برخصة القاضي، يعتبر من شروط النفاذ ففي هذه الصورة يكون العقد مستوفيا لركنه، و شروط صحته، ولا يترتب أثره بالفعل، إلا بشرط نفاذه وهي الترخيص القضائي للقاصر، متى ما وجدت المصلحة والمقدرة و الضرورة.³⁷

المبحث الثاني: المركز القانوني للولي على القاصر في عقد النكاح:

بعد أن رأينا أن نكاح القاصر وأحكام هذا النكاح غير مقتصرة على الأهلية و نقصها فقط، وإنما متعددة لمسألة الولاية على القاصر في شؤون تزويجه، وعندئذ فإننا نجد من الضرورة بمكان البحث في هذه المسألة.

فقد شرعت الولاية كأصل عام، حفاظا للحقوق الخاصة بالعاجزين عن التصرف و إبرام عقد الزواج لسبب متعلق بنقصان الأهلية، و رعاية لمصالح القصر وشؤونهم، فالولاية في عقد الزواج هي مساعدة للحماية والمحافظة على حقوق ناقص الأهلية كالقاصر وحتى فاقدها، وكذا حقوق ومصالح الأنثى القاصرة لسبب عدم بلوغها وعدم تجريب حياة الزواج
38.

ولهذا سنحاول تبيان معنى الولاية على القاصر في عقد الزواج و أحكامها و أثارها، حيث سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الولاية، وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى أثار و أحكام الولي على القاصر في نكاحه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم الولاية في عقد النكاح:

سنحاول من خلال هذا المطلب، محاولة الإمام بماهية الولاية نوعا ما من خلال، تبيان تعريفها وشروط الولاية، وكذا أنواعها.

الفرع الأول: تعريف الولاية:

أولا: الولاية لغة: ³⁹

الولاية: بالكسر السلطان، و الولاية بالفتح: النصرة.

و تعني كذلك: ولي الشيء، و عليه ولاية وولاية، أو هي المصدر وبالكسر الإمارة و السلطان.

و الولي: المحب والصديق والنصير. ⁴⁰

ثانيا: الولاية إصطلاحا:

تتعدد تعاريف الولاية و منها: "سلطة تخول لمن تثبت له القدرة عن إنشاء العقود والتصرفات بمعنى أنها تترتب عليها أثارها الشرعية بمجرد صدورها منه". ⁴¹

ويعرفها الدكتور وهبة الزحيلي على أنها: "الشخص الذي يتوقف عليه صحة العقد فلا يصح بدونه وهو الأب ووصيه والقريب العاصب والسلطان والمالك". ⁴²

وتقتضي الولاية شروطا وجب توافرها في الولي في عقد النكاح، وهناك شروط متفق عليها، ومختلف فيها في الفقه الإسلامي، فمن الشروط المتفق عليها كمال الأهلية والإسلام، ومن الشروط المختلف فيها شرط الذكورة والرشد، والعدالة والخلو من الإحرام (أي لا يكون محرما بحج أو عمرة) أو بهما معا.

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري 05-02 المعدل والمتمم، فلم يتطرق إلى تعريف الولي في عقد النكاح ولا إلى شروطه سواء المتعلقة بالأهلية أو الذكورة أو الدين أو العدالة والرشد و الإحرام، حيث نصت المادة 11 من نفس القانون على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له."

وبالإسقاط على الولاية، نجد أن المشرع الجزائري طالما أنه قد حدد سن الأهلية ب 19 سنة كاملة ، فهو شرط يتطلب وجوده في من يتولى شؤون تزويج القاصر ، و قد يكون سبب سكوته عن بقية الشروط المنفق عليها والمختلف فيها في الفقه الإسلامي ، مراعاة مصلحة المولى عليها أو المولى عليه.

الفرع الثاني: طبيعة الولاية على القاصر في عقد النكاح:

حتى نتمكن من معرفة أحكام نكاح القاصر من حيث الصحة و الفساد والبطان، لابد من التطرق إلى أنواع وأقسام الولاية، وهل تقتضي الولاية على القاصر، ولاية اختيار أم ولاية إجبار.

وتدرج الولاية على القاصر، في إبرام نكاحه ضمن الولاية على النفس، والتي نعني بها القدرة على إنشاء عقد الزواج بحيث تقسم إلى قسمين، ولاية قاصرة و ولاية متعدية، فالولاية القاصرة هي ولاية الشخص على نفسه مادام أهلا للتعاقد مع الغير، وهي ثابتة لمن تتوفر فيهم أهلية الأداء، وبالنسبة للولاية المتعدية فهي سلطة تمنح لشخص بمقتضاها يقوم بتصرفات لصالح المولى عليه، و نفضل إطلاق وصف أو تسمية الحق على تلك القدرة الممنوحة للشخص الذي يتولى التزويج بدلا من لفظ السلطة.

أولا: ولاية الإجبار: وهي تلك الولاية التي يكون فيها للولي حق تزويج المولى عليه(ها)، بمن يختاره هو، سواء رضي من يوجد تحت الولاية بذلك أم لا، وهي ثابتة بأحد الأسباب التالية كالقربة(البعيدة و القريبة)، والملك(ثابتة للسيد على العبد والمملوك)، والإمامة (ولاية الإمام العادل و السلطان والقاضي).⁴³

و ولاية الإجبار محل خلاف بين المذاهب الفقهية:

أ- **عند الشافعية:** قال الشافعية بثبوت ولاية الإجماع، على الصغيرة، والمجنون صغيراً أم كبيراً، والبكر البالغة العاقلة بدون استئذان ورضاها لأن البكر جاهلة بشؤون الزواج و إن كانت عاقلة.⁴⁴

ب- **عند الحنابلة:** يرى الحنابلة بثبوت ولاية الإجماع على الصغيرة بكراً، كانت أم ثيباً، و للصغيرة دون تسع سنوات، أما من كانت لها تسع سنوات وكانت ثيباً فإنها لا تجبر وإنما تستأذن في زواجها و تختار.

ج- **عند المالكية:** والمالكية تثبت ولاية الإجماع للأتي:

*البكارة: و البكارة علة ثبوت الإجماع على الزواج، و لو كانت بالغة لستين سنة فما فوق.

*الصغر: و تثبت ولاية الإجماع للصغير والصغيرة دون البلوغ، والمجنون جنونا مطبقاً، و السفية و لو كانت ثيباً.

د- **عند الأحناف:** و علة ولاية الإجماع عندهم، هي الصغر ونقصان العقل، وهي ولاية إجماع هنا فقط، لكون الأصل عندهم ولاية الاختيار.

ونرى في ذلك، أن كل المذاهب الفقهية الأربعة وأرائها في مسألة ولاية الإجماع أحكامها متقاربة في ذلك، فهم يثبتون ولاية الإجماع على الصغيرة مطلقاً وإن اختلفوا في ثبوتها وبكارتها، وكذا تحديد سن بلوغها من عدمه، فحتى الأحناف وإن كانوا لا يأخذون بولاية الإجماع مطلقاً، فهم يوقعونها على الصغيرة.

و بالتالي، فإن القاصر (الصغير) تثبت عليه ولاية الإجماع في إبرام عقد النكاح و هذا في الفقه الإسلامي.

و مسألة لمن تثبت ولاية الإيجار مختلف فيها عند الفقهاء، فالمالكية يرون بإثبات ولاية الإيجار لشخصين هما الأب والوصي، وفي هذا يقول ابن جزى المالكي: "أما الذي يجبر فالأب ثم وصيه".⁴⁵

و الوصي شخص يعينه الأب لخلافته على أمر من أمور الموصى عليه، فيقوم بتعليمه و تأديبه و تولي أمر نكاحه ،

وفي هذا، يتفق الحنابلة مع المالكية، في أن ولاية الإيجار تثبت لكل من الأب والوصي مع وجود اختلاف بين المذهبين، و في حالة ثبوت ولاية الإيجار للوصي يجب تحديد الزوج وتعيينه، وأما الشافعية فرتبوا ولي الإيجار كالأب: الأب، الجد، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم لأب، المعتقد، الحاكم و السلطان.

و يرى الأحناف بأن الأب والجد، وغيرهما من العصابات، ممن يجبرون الصغير القاصر على الزواج، وكذا ذوي الأرحام في حالة عدم وجود العصبية.

المطلب الثاني: أثار و أحكام الولاية على القاصر في عقد نكاحه :

اعتبارا من كون القاصر أو الصغير لا يمكنه مباشرة عقد زواجه بنفسه، لكونه ناقصا للأهلية، فإن هذه المسألة تتطلب معالجتها في الفقه الإسلامي و كذا في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: في الفقه الإسلامي: وإن اتفق الفقهاء في المذاهب الفقهية الإسلامية، على ثبوت ولاية الإيجار على الصغير-القاصر-، من جهة ومن جهة ثانية ترتيب وتحديد أصحاب ولاية الإيجار على الصغير، فإن أحكام زواج القاصر تتأرجح بين الصحة و الإبطال.

فقال المالكية على القياس، بعدم جواز تزويج الصغار مطلقا مع ترك هذا الحق للأب، خلافا للحنابلة الذين يجيزون نكاح الصغار من طرف الأب بشرط مهر المثل و غيره، متى ما وجدت المصلحة في ذلك، وله أن يزوجه أكثر بواحدة ويعتبر العقد صحيحا، مرتباً لكافة الآثار، وللولي كذلك تزويج الصغيرة ذات التسع سنين لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: "تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم لست سنين، و بنى بي وأنا بنت تسع سنين"⁴⁶، و قال الشافعية بصحة عقد نكاح الصغير المباشر من طرف وليه،

و به قال الأحناف و قاسوا في قولهم على نكاح اليتامى، و استدلوا بقوله تعالى: **وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى**⁴⁷، و يشترط

أبو يوسف ومحمد، حتى يكون نكاح الصغير صحيحا، أين يتم النكاح بمهر المثل وبكفاءة.⁴⁸

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري:

دونما الخوض في أهم التعديلات التي جاء بها قانون الأسرة من إسقاط الركنية على الولي، وتعديل مواد الولاية في عقد النكاح، و إلغاء المادة الثانية من نفس القانون، نتيجة ضغوطات الجمعيات النسوية، و مهاجمتها لقانون الأسرة رقم 84-11 المعدل والمتمم.

وطالما أن موضوعنا متعلق بالقاصر و الولاية عليه في عقد النكاح، فسنكتفي بتحليل المواد المتعلقة بالقاصر دونما الخوض في الخلفيات، فتتنص الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون الأسرة على: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له".

لتضيف المادة 13 من نفس القانون: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

ويظهر لنا و الله أعلم، أن المشرع في ترتيبه للولي قد أخذ بقول الحنابلة، في عقد نكاح القاصر وينتج آثاره باعتباره عقدا صحيحا، وألغى المادة الثانية عشر حتى تتلاءم مع أحكام الفقرة الأولى من المادة 11، ونحتار عندما نستقرأ المادة الثالثة عشر المتعلقة بإسقاط ولاية الإيجار عن القاصرة في عقد نكاحها ،والتي لم يتبنى فيها ولا أحد من المذاهب الفقهية، فحتى الأحناف القائلين بولاية الاختيار قد أخذوا بولاية الإيجار طالما أن الأمر يتعلق بنكاح الصغيرة ،و لسنا ندري أين هي الحماية التي

وفرها للقاصرة طالما أنه قد أسقط ولاية الإيجار عنها، نظرا لأنها لا تعلم من أمور النكاح شيئا ،و وليها أدرى بمصلحتها منها، وهنا يأتي دور القاضي الذي له السلطة التقديرية لتحديد مدى أهمية الزواج بالنسبة للقاصرة بالتحديد ،فله إجازة ذلك أو عدم الإجازة.⁴⁹

و قد أضافت المادة 33 الفقرة الثانية منها بقولها: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل."

ويكون الولي وجوبيا في حالة نكاح القاصر ،ففي حالة غيابه يفسخ العقد قبل الدخول، ولا صداق فيه، ويثبت العقد بعد الدخول ويصح بصداق المثل، وكأن المشرع صحح عقد نكاح القاصر في حال غياب الولي عند وجوبه أين يكون شرط لزوم للعقد ،بمهر المثل في حالة الدخول ،والخلوة الشرعية، ويفسخ قبل الدخول ،ولكن الإشكال في لو دفع المهر، وغاب الولي في عقد نكاح القاصر وتم الدخول ،فهل يتم دفع مهر آخر؟

الخاتمة:

ومما أختتم به دراستي هذه ،أن اهتمام الفقه الإسلامي بالقاصر راجع لضعف هذه الفئة و حاجتها الماسة للرعاية ، وتولي شؤونها ، وحضيت التصرفات الواقعة على نفس القاصر ،و خاصة النكاح كل الاهتمام من الفقهاء الشرح ،حيث يقوم الولي بتولي شؤون التزويج متى وجدت المصلحة في ذلك.

و لكن هذا القول لا ينطبق على مشرع الأسرة الجزائري الذي اعتمد على التلقيق المذموم من المذاهب الفقهية ، و إن منح القاصر الترخيص القضائي متى ما رغب بالزواج ، وكذلك منحه حق التقاضي ، و لكن ما غايته حينما نص على عدم إجبار القاصرة ، حيث أن هذه المسألة ليس لها دليل فقهي في الفقه الإسلامي ، لأنه و إن يختلف الفقهاء في بعض المسائل إلا أنهم يتفقون حول إجبار الصغير و الصغيرة ، و لا يمكن أن نقول أن المشرع تبنى قول الأحناف ، فحتى هم أجبروا تزويج الصغيرة و إن كان عنهم الخيار في الزواج كأصل عام.

الهوامش:

- 1- سورة الروم، الآية رقم 21.
- 2- مسلم، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، رقم الحديث 797. زكي عبد العظيم المنذري، مختصر صحيح مسلم، راجعه حسن عبد العال، طبعة 2010، بيروت، المكتبة العصرية، ص. 218.
- 3- أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات - دراسة فقهية و نقدية مقارنة، طبعة 2010، القاهرة، دار الجامعة الجديدة.
- 4- شوقي ضيف، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، سنة 2004، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ص. 32.
- 5- جبران مسعود ، الرائد معجم ألفبائي في اللغة و الأعلام، الطبعة الثالثة، سنة 2005، بيروت، دار العلم للملايين، ص. 176.
- 6- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، الجزء الثاني عشر، طبعة 2010، دمشق، دار الفكر ، ص. 551.
- 7- سورة الأحزاب، الآية رقم 72.
- 8- محمد منصور، نظرية الحق، طبعة سنة 2004، القاهرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص. 141.
- 9- محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثالثة، سنة 2009، لبنان، مؤسسة الرسالة، ص. 461.
- 10- شوقي ضيف، مرجع سابق، ص. 738-739.
- 11- كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، بدون رقم طبعة، القاهرة، منشأة المعارف، ص. 17.

- 12- أم كلثوم بن يحيى، أحكام القاصر دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانونين الجزائري والأردني ،رسالة دكتوراه،جامعة الأردن ،سنة 2007،ص25.
- 13_ عبد الله قاسي،المركز القانوني للقاصر في الزواج و الطلاق،رسالة دكتوراه،جامعة تلمسان،السنة الجامعية 2014-2015،ص.17.
- 14- كمال حمدي ، مرجع سابق،ص.17.
- 15- كمال حمدي، نفس المرجع،ص.20.
- 16- القانون رقم 05-10 الصادر في 20 جوان 2005 المتعلق بتعديل و تنميم القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية رقم 44،الصادرة في: 26 جوان 2005.
- 17- القانون رقم 05-02 الصادر في: 27 فيفري 2005 المتعلق بتعديل و تنميم قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية رقم 15 الصادرة في: 27 فيفري 2005.
- 18- جيلالي دلالي،فتيحة يعقوبي،تطبيق عقوبة الإعدام على خاطفي الأطفال وقتلهم،مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني السابع حول:الجرائم الماسة بالأطفال -البعد الوقائي والردعي في المنظومة القانونية،يومي 22-23 نوفمبر 2016، الشلف،كلية الحقوق والعلوم السياسية.
- 19- عبد العزيز سعد،قانون الأسرة في ثوبه الجديد ،الطبعة الرابعة ،سنة 2007،ص25.
- 20- وهبة الزحيلي،مرجع سابق ،ص.555.
- 21- وهبة الزحيلي،نفس المرجع،ص-ص.
- 22- أسامة عبد العليم الشيخ،البلوغ و أثره في الفقه الإسلامي،بدون رقم طبعة،سنة 2008،القاهرة،دار الجامعة الجديدة،ص.15 و 26.
- 23- سورة النور،جزء من الآية رقم 57.
- 24- محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام ،دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون،بدون رقم طبعة،سنة 1973 ببيروت،دار النهضة العربية،ص.781.
- 25- البخاري،كتاب الشهادات،باب بلوغ الصبيان و شهادتهم،رقم الحديث 1181.أحمد بن عبد اللطيف الزبيدي،مختصر صحيح البخاري،اعتنى به:حسن عبد العال،طبعة سنة 2010،بيروت،المكتبة العصرية،ص.263.
- 26- وهبة الزحيلي،مرجع سابق،ص.567.
- 27-الأمر رقم 59-274 الصادر في: 04-02-1959، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ:11-02-1959.

- 28- قانون رقم 63-224 المتعلق بالحد الأدنى للزواج، المؤرخ في: 29-06-1963، الصادر بالجريدة الرسمية رقم: 44 بتاريخ 02-07-1963.
- 29- القانون رقم 84-11 الصادر بتاريخ: 09-06-1984، جريدة رسمية رقم: 24 الصادرة في: 12-06-1984، المتعلق بقانون الأسرة الجزائري.
- 30- حسين مهدي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثره، شهادة ماجستير، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010، ص 19.
- 31- سورة النساء، جزء من الآية رقم 06.
- 32- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، الجزء الثامن، طبعة 2010، دمشق، دار الفكر، ص 190.
- 33- سورة الطلاق، جزء من الآية رقم 04.
- 34- مسلم، كتاب النكاح، باب تزويج الصغيرة، رقم الحديث 808. زكي الدين عبد العظيم المنذري، مرجع سابق، ص 220.
- 35- ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المجلد الثاني، طبعة 2002، القاهرة، دار الحديث، ص 05.
- 36- القانون رقم 70-20 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014، جريدة رسمية رقم 49 الصادرة في: 20 أوت 2014، المتعلق بالحالة المدنية.
- 37- نور الدين بولحية، عقد الزواج وشروطه، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الكتاب الحديث، ص 10.
- 38- علي بومدفع، حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة والقانون، مقال منشور على الموقع: <http://www.boumedfaa.com>، دون رقم الصفحة.
- 39- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ، طبعة سنة 2009، بيروت، المكتبة العصرية، ص 345.
- 40- الفيروز أبادي، مرجع سابق، ص 1344.
- 41- حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الشهاب، ص 407.
- 42- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، طبعة 2010، دمشق، دار الفكر، ص 189.
- 43- محمد البكري، الأحوال الشخصية، الجزء الأول، طبعة 1994، القاهرة، دار محمود للنشر، ص 293.
- 44- أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، طبعة 2002، القاهرة، منشأة المعارف، ص 95.

- 45- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، طبعة سنة 1986، بيروت، دار الفكر، ص.31.
- 46- وهبة الزحيلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص.163.
- 47- سبق تخريج الحديث.
- 48- سورة النساء، جزء من الآية رقم 03.
- 49- رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، الطبعة الأولى، سنة 2008، الجزائر، دار الخلدونية، ص.65-6