International Journal of Human Settlements Vol. 5 Nr. 2 2021
ISSN: 2588-1779

THE ROLE OF THE WILL IN THE MARRIAGE CONTRACT IN LIGHT OF MAGHREB LEGISLATION

Amel ALLAL
Senior lecturer A, Tlemcen University, e-mail: berallal@ yahoo.fr

Nadia Nihel BOUAYAD-AGHA
Senior lecturer B , Tlemcen University, e-mail: bouayadterki@yahoo.com

Abstract:
Wedding is a legitimate consensual contract between a man and a woman. Whose one of their goals is to found a family which is based on affection, clemency and cooperation, also to protect the mentally of both spouses and preserve a family links. All the Maghreb legislations have agreed that consent is the constitutive element of the wedding contract and advocated the existence of two concordant and genuine wills free from defects of will. The contract of wedding appears only in the usual terms and it is depended in will of his parties, composed only of men and women, who must be entitled to marry. Otherwise, the wedding contract is void.

Key words: Wedding– Consent – Will – Fraud – Coercion.

مقدمة:

لقد اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج، واختلفوا في تسميته، فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول أو الصيغة أو العنصر النفسي في عقد الزواج، وهذا الاختلاف هو لفظي فقط أما المعنى فهو واحد.

لقد نصت المادة 16 من ميثاق حقوق الإنسان صراحة على أنه: "**لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه**"، ونصت المادة 10 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنه: "**لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين**"، وهو ما أكدته المادة 16/ب من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (**سيدوا**) التي تنص على أنه: "**تفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل**".

ونجد أن معظم التشريعات العربية قد سارت في هذا النهج وكمثال عن ذلك المشروع المغربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية الذي نص في مادته 23 على أنه: "**ينعقد الزواج بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام**".

كما أن المشرع الجزائري نص في المادة 09 من قانون الأسرة على أنه: "**ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**"، بعدما كان يقضي في النص الأصلي قبل التعديل على أنه: "**يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق**".

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

وهذا يدل على أن المشرع الجزائري قد جعل من الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج، إضافة إلى الركن البيولوجي، على اعتبار أن اختلاف الجنس بين الزوجين أمر بديهي في نظر المشرع.

ولقد سعي المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة إلى العمل على تعزيز مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات الأسرية بصفة عامة والزواج بصفة خاصة، وانتهج المشرع التونسي نفس المنهج

الإشكالية:

مكانة الإرادة في ركن عقد الزواج وهل لها نفس المكانة إذا كان المقبل على الزواج قاصرا أو بالغا؟

إجابة على هذا التساؤل سنقسم دراستنا إلى:

المبحث الأول: مكانة الإرادة في ركن عقد الزواج

المبحث الثاني: إرادة البالغة ومختلي العقل والقاصرة في إبرام عقد الزواج.

المبحث الأول: مكانة الإرادة في ركن عقد الزواج

ذهبت كل التشريعات المغاربية إلى أنّ الرضا ركن أساسي في عقد الزواج حيث نصت المادة 9 من قانون الأسرة[1] على أنه: "**الزواج لا ينعقد إلا بتبادل رضا الزوجين**"، وهو ما تمسكت به المدونة المغربية[2] في المادة 10 بقولها: "**ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر**". وأيضا المشرع التونسي في الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية[3] بقوله: "**لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين**".

ومن خلال استقراء هذه المواد نستنتج أن الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج، تأثرا بالمذهب الحنفي وهو تبادل الإيجاب والقبول، وهو ما يصطلح عليه في الفقه الإسلامي بالصيغة. كما أنه لابدّ أن يكون بين زوجين من جنسين مختلفين وهذا مقتضى الركن البيولوجي.

وعليه سنتعرض في هذا المبحث إلى مكانة الإرادة من الركن البيولوجي (المطلب الأول)، ثم إلى مكانة الإرادة في ركن الرضا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مكانة الإرادة من الركن البيولوجي.

إن اختلاف الجنس بين الزوجين، خاصية هامة في الزواج وهذا ما تبنته جلّ التشريعات المغاربية، وهذا هو الزواج في شكله الطبيعي كما شرعه الله سبحانه وتعالى في كلّ الكائنات الحيّة، فالإسلام يقدس رابطة الزواج، ولا يعترف بالزواج بين شخصين من نفس الجنس[4]، بل هو فعل من أفعال الفاحشة المحرمة، وهو المنصوص عليه المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري: "**الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...**" وهذا مقتضى الركن البيولوجي، فبذلك اختلاف الجنس بين الزوجين خاصية هامة في الزواج. الإسلام يرفض كل تغيير لقيم الدين وأحكامه في الزواج، ويرفض العلاقات الجنسية بين أفراد الجنس الواحد.

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

فهي محرمة، سواء كانت بين رجل ورجل وهو اللّواط، أو كانت بين امرأة وامرأة وهو السّحاق، لقوله عليه الصلاة والسلام: «سحاق النساء زنى بينهن»[5]، وقال أيضا «لعن الله من عمِل عمل قوم لوط»[6].

الفرع الأول: إرادة الخنثى في الزواج

الخنثى هو من له ما للرجال والنساء جميعا[7]، فبذلك هو شخص شاذ في تكوينه لا يعرف جنسه بعد، أذكر هو أم أنثى.

1- زواج الخنثى غير المشكّل:

من اللحظة التي تظهر فيها الأمارة التي أدت إلى ترجيح الذكورة أو الأنوثة، أمكن للخنثى الزواج بناء على الجنس المتغلب لديه. فإن ظهرت ذكورته تزوج بامرأة، وإن ظهرت أنوثته تزوجت برجل[8].

2- زواج الخنثى المشكّل:

وهو الخنثى الذي لا يمكن معرفة جنسه بأية علامة، إما لعدم وجودها أصلا أو لظهورها متكافئة[9]. لكن الطب الحديث ميّز بين نوعين من الخنثى:

أ- الخنثى الكاذبة:

وهي التي تكون غذتها التناسلية إما مبيضا أو خصية ولا تجتمع معا، ولكن تكون الأعضاء التناسلية غامضة، وكثيرا ما تكون على خلاف الغدة التناسلية.

ب- الخنثى الحقيقية:

وهي التي تجتمع فيها مبيض وخصية معا، وهي حالات نادرة جدا. فإذا كان الفقه القديم قد حرّم زواج الخنثى المشكّل[10]، صونا لقيم الدّين وحفاظا على قداسة رابطة الزّواج، خوفا من أن يكون في زواج الخنثى المشكل ما يؤدي للوقوع في المحظور، فإنه من العدالة الاجتماعية أن تحل مشكلة الخنثى عن طريق الاستعانة بالتقدم العلمي في مجال الطب[11]، بإجراء عملية جراحية لأعضائه التناسلية لتوطيد وتغليب سمة العضو المتغلّب لديه. ولا شك أن هذه العمليات لا تتم إلاّ بعد فحوصات طبية دقيقة تمكّن من تحديد معطياته الجسميّة لإجراء الجراحة دون خطر أو تجاوز.

فالأفضل أن يترك أمر تحديد جنس الخنثى لرأي الطب بعد دراسة الحالة من حيث التكوين الظاهري لأعضاء التناسل والتكوين الصبغيّ، وإن أمكن إصلاح الجهاز التناسلي ليكون أقرب إلى الطبيعي، وإن تعذّر إصلاح الجهاز التناسلي، فيتم الاعتماد على الشكل الظاهري للأعضاء التناسلية كما في القديم، لكن بالاستئناس بالصيغة الوراثية وهذا هو الفارق[12]، وإن عملية تصحيح جنس الخنثى الكاذبة جائزة شرعا لما فيها من رفع الضرر وتندرج تحت أحكام التداوي المباح.

وإذا كان تصحيح جنس الخنثى الكاذبة وفق ما سبق بيانه بالعمليات الجراحية، أمرا جائزا ومباحا لما فيه من رفع الضرر عن هذه الطائفة وتحقيق أحد أهم أهداف الزواج ألا وهو النسل، خصوصا وأن تصحيح

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

جنس الخنثى الكاذبة لم يعد أمرا صعبا مع تقدم العلم وطب الجراحة، فإن عملية تصحيح جنس الخنثى الحقيقية تعد أهم تحدّ يواجه الطب الحديث، لأن تكوين الخنثى الحقيقية أعقد وأخص مما كان معروفا عند الفقه القديم بالخنثى المشكل[13].

كل هذا يؤكد أهمية اختلاف الجنس والركن البيولوجي كأهم عنصر في الزواج الذي فطره الله تعالى في خلقه من جهة، ومن جهة أخرى فيسر قلة تناول هذا الموضوع في كتب الفقه والقانون ذلك أن الزواج في أصله وطبيعته يعتبر اختلاف الجنس أمرا طبيعيا[14] لا حاجة إلى التّفصيل فيه.

الفرع الثاني: أثر التغيير الجنسي على الإرادة في الزواج:

إن التنوع في الجنس البشري هو الوسيلة المثلى، للإبقاء على جنس الإنسان لعمارة الأرض من خلال التزاوج بين النّوعين، وفق الطّرق السوية المعروفة، فكل من الذكر والأنثى خصائصه وسماته التي أودعها الله فيه، فلا يجوز التدخل فيها بما يغيرها أو يعطّل وظائفها، إلاّ من ابتلي بتداخل أعضاء الذكورة والأنوثة وهو الخنثى الذي سبق بيانه. لكنّ الواقع قد أوجد أشخاصا أصبحوا نساء بعدما كانوا رجالا، والعكس صحيح! مما يشير إلى وجود طائفة رابعة من البشر من حيث التكوين الجنسي[15]، فما هي هذه الفئة وكيف تم تحويل جنسهم الأصلي وما أثر ذلك على الزواج؟

1- التخنث والتقاطع الجنسي:

يعرف بعض الفقه التخنث أنه: "**ذلك السلوك الذي يتقمّص فيه أحد الجنسين دور الجنس الآخر، يلبس فيه الرجال زيّ النساء، بالتشبه بهن في تليين الكلام والمشي وسائر الحركات، ويقابله الاسترجال عند النساء أي تزيّيهن بزيّ الرجال والتشبّه بهم في لباسهم وسلوكهم وكلامهم...**"[16].

وقد ظهر مؤخرا مصطلح آخر – عند الغرب – هو الجندر (Gender) والحقيقة أنه مصطلح قديم في اللغات اللاتينية ويعني الجنسين: الذكر والأنثى[17].

إلا أنه في الآونة الأخيرة تغير مفهوم هذا المصطلح، وأصبح يعني عند الفقه الغربي: "**شعور الإنسان الشخصي بالذكورة أو الأنوثة، وهو ما يعرف عندهم بالهويّة الجندرية**"، وذهبوا إلى القول بأن: "**الهوية الجندرية قد تختلف مع الخصائص العضوية للشخص، فيرى الشخص نفسه من الجنس الآخر، ويحقد على جنسه فيصل به الأمر إلى تغيير خصائصه العضوية رغم أنها طبيعية**"[18].

ويرى الأستاذ تشوار أن التخنث ليس هو التقاطع الجنسي، لأن أسباب التخنث طبيعية في أصلها، وهي إبهام جنسي أصلي، فالخنثى ضحية وهو ما يبرر عملية تصحيح جنسه.

أما المتقاطع الجنسي، فلا غلط في تكوينه، بل إنه يتمتع بجنس مورفولوجي مميّز ومحدّد، إلا أنه نفسيا لا يشعر بالرضا عن جنسه بل يرى المقاطع الجنسي نفسه ينتمي إلى الجنس المضاد[19]، وهو جنسه

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

البسيكولوجي وليس المورفولوجي، وفي سبيل تحقيق ذلك تسعى هذه الفئة بأي ثمن للظهور بمظهر الجنس الذي يميلون له، وهو ما انتشر لدى الغرب بعمليّات تحويل أو تغيير الجنس.

2- التغيير الجنسي:

هو استبدال جنس الشخص بجنس آخر، أي تغيير الجنس الطبيعي للشخص بجنس اصطناعي مضادّ لجنسه الأصلي[20].

إن عمليات تغيير الجنس محرمة شرعا لكونها مخالفة للمقاصد الشرعية والقواعد العامة في الفقه الإسلامي، لقوله تعالى: «**ولأضلنهم ولأمنينهم ولآمرنهم فليبتكن آذان الأنعام ولآمرنهم فليغيرن خلق الله ومن يتخذ الشيطان وليا من دون الله فقد خسر خسرانا مبينا**»[21].

وإن تغيير الجنس بصفة إرادية وتلقائية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام وما استقر عليه العلم حاليا، إذ الثابت علميا أن مختلط الجنس لا يمكن له أن ينتمي لجنس معين ولا يمكنه الزواج[22].

كما أن زواج متحوّلي الجنس باطل، ولا يرتب أثر من آثار الزواج فهو في حكم المنعدم وكأنه لم يكن.

المطلب الثاني: مكانة الإرادة في ركن الرضا

في القواعد العامة إن وجود التراضي يستدعي وجود إرادتين متطابقتين، إلا أن تطابق الإرادتين لا يكفي وحده للقول بوجود التراضي، حيث لابدّ أن تكون الإرادتان صحيحتان، وهذا هو مقتضى الرضائية في عقد الزواج، وهو ما يستخلص من نصوص التشريعات المغاربية المذكورة سابقا[23]، فلقد استغنت بنصوص صريحة عن الزواج الجبري أو ما يسمى بزواج الصغار الذي أخذ به جانب من الفقه الإسلامي وذلك راجع بالأساس أن عقد الزواج هو من نوع خاص، أي أن الاعتبار الشخصي يلعب فيه دورا هاما، وهو ما يدفعنا إلى القول أنه لا يمكن أن يحل محل الرضا أي تصرف آخر وإلاّ كان العقد باطلا.

الفرع الأول: تطابق إرادتا طرفي عقد الزواج:

ويقصد بها وجود التراضي في الزواج، إذ لابدّ أن يعبّر الطرفان عن إرادتهما في إبرام عقد الزواج.

1- تحديد طرق التعبير عن الإرادة:

نص المشرع الجزائري في المادة 10 من قانون الأسرة على كيفية التعبير عن الإرادة، إذ تنص على أنه: "**يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة**"

يفهم من نص المادة أن الأصل في التعبير عن الإرادة في عقد الزواج هو التعبير باللفظ، ويستثنى منه تعبير العاجز عن اللفظ.

وهو ما يعاب على المشرع في المادة 2/10 من قانون الأسرة أنه جعل الكتابة والإشارة في نفس المرتبة رغم اختلافهما في الدلالة. فبالنسبة للأخرس الذي يعجز عن التلفظ فيعبر عن إرادته في الزواج بالكتابة

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

إن كان ممن يحسن الكتابة[24]، أما إذا كان لا يحسن الكتابة، تكون إشارته كافية لانعقاد الزواج.إلّا أن المشرع المغربي خالف هذا الموقف وأعطى الأولوية للكتابة شريطة أن يكون المقبل على الزواج عارفا بها وهو ما يستخلص من نص المادة 10 الفقرة 02 من المدونة المغربية.[25]

أما المشرع التونسي فلم يبيّن في مجلة الأحوال الشخصية طرق التعبير عن الإرادة.

ومن هنا نستخلص أن المشرع المغربي كان أفصح بكثير عن التشريعين الجزائري والتونسي، حيث نص بنص صريح على شروط الإيجاب والقبول في المادة 11 من مدونة الأسرة بقوله: "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا:

1- شفويين عند الاستطاعة، وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة.

2- متطابقين وفي مجلس واحد،

3- ياتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ".

2- الوكالة في عقد الزواج:

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد ألغي المادة 20، فبذلك قد استغنى عن أحكام الوكالة في عقد الزواج، وأصبح لا يعترف بإبرام عقد الوكالة في الزواج سواء تعلق الأمر بالزوج أو الزوجة، ومن ثم لا يمكن اعتبار أن في التشريع الجزائري نقص ينبغي سدّه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 من قانون الأسرة والتي تعترف بالزواج عن طريق الوكالة، إذ كان معمول بالوكالة قبل تعديل 2005.

بينما بعض التشريعات قد حافظت على الوكالة في عقد الزواج كالمشرع التونسي في الفصل 9 من مجلة الأحوال الشخصية بقوله: "**للزوج والزوجة أن يتولّيا زواجهما بأنفسهما وأن يوكّلا من شاءا وللوليّ حق التوكيل أيضا**". كما أن المشرع المغربي لا زال محتفظا بالوكالة في الزواج وهو ما نص عليه في المادة 17 من مدونة الأسرة بقوله: "**يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه بإذن من قاضي الأسرة، المكلف بالزواج وفق شروط**". غير أن الفرق بين النص المغربي والتونسي يكمن في أن المشرع التونسي قد فتح باب الوكالة على مصراعيه، ولم يعلق اللجوء إليها على ظروف طارئة منعت أحد الزوجين أو كلاهما حضور مجلس العقد، في حين أن المشرع المغربي علق الوكالة بوجود ظروف خاصة وتخضع للسلطة التقديرية للقاضي.واشترط فيها أن تكون في ورقة رسمية، كما أجاز المشرع المغربي الوكالة العرفية شريطة المصادقة عليها من طرف المصالح المختصة.

أما الشرط المتعلق بالأهلية الواجب توافرها في الوكيل فهي قاعدة عامة تنصرف إلى كل التشريعات التي أخذت بالوكالة في عقد الزواج، أي أن يكون بالغا سن الرشد ومتمتعا بكل قواه العقلية.

الفرع الثاني: صحة التراضي في عقد الزواج:

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

لا يكفي أن يكون التراضي موجودا حتى يعتبر ركنا يقوم عليه عقد الزواج، بل لا بد أن يصدر عن إرادة صحيحة غير مشوبة بعيب، وأن تنصرف إلى قصد الزواج دون غيره.

1- عيوب الإرادة في عقد الزواج:

هناك فرقا أساسيا بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة، فعدم وجود الإرادة معناه أن من باشر التصرف كان منعدم الإرادة، أو أن إرادته لا تتجه إلى إحداث أثر قانوني وفي كلتا الحالتين يختل ركن التصرف فيقع باطلا، كما لو كان صبيا غير مميز أو مجنونا.

أما الإرادة المعيبة، فهي إرادة موجودة ولكنها لم تصدر عن نية واختيار، فلا تحول دون وجود التصرف، وإنما تجعله قابلا للإبطال، وعيوب الإرادة تنحصر في الغلط والإكراه والتدليس، غير أن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يضع قسما خاصا بعيوب الإرادة، وإنما أشار إلى بعضها في نصوص متفرقة[26] المادة 08 مكرر (الجديدة) والمادة 13 (المعدلة)، مما يوجب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، إضافة إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من قانون الأسرة.

أ- الغلط:

الغلط يعدم الإرادة فيبطل العقد بطلانا مطلقا، فقد يقع الغلط إما في ماهية العقد، أو في طبيعته أو في محله. فالأول كأن تنصرف إرادة أحد الطرفين إلى إبرام عقد الزواج، فيما تنصرف إرادة الطرف الثاني إلى علاقة حرة. أما الغلط في طبيعة العقد هو أن يعتقد أحد الطرفين أن الزواج مجرد علاقة صداقة عاطفية، دون أن يدرك ما يرتبه عليه من واجبات اتجاه الطرف الآخر.

وأما الغلط في محل العقد فهو غلط الشخص في المرأة المتفق الزواج بها.لكن هذا العيب من عيوب الإرادة لم ينص عليه التشريع الجزائري ولا التشريعين المغربي والتونسي رغم أنه أولى من التدليس والإكراه.

ب- الإكراه:

هو عيب من عيوب الإرادة، وهو عبارة عن ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه.

المشرع الجزائري نص على عيب الإكراه في نص المادة 13 من قانون الأسرة وقام بحصره الولي سواء كان أبا أو غيره، فلا يمكن لهذا الطرف أن يجبر من هو في ولايته على الزواج والعيب الكبير أن المشرع قام بحصر عيب الإكراه إلا في هذه الحالة المتعلقة بالقاصرة وذلك بقوله: "**لا يجوز للوليّ، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها**".

جـ- التدليس:

وهو اصطناع أحد المتعاقدين وقائع كاذبة أو إخفاء عيب قد يؤدي بالطرف الآخر عدم إبرام عقد الزواج.

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

وبالنسبة للمشرع الجزائري لم يورد أحكاما خاصة بالتدليس، إلا ما تعلق بحالة تعدد الزوجات وإخفاء الزوج حقيقة أنه متزوج، وهو ما يتضمنه نص المادة 08 مكرر من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "**في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق**"، وهو موقف يعاب عليه المشرع حيث كان من الأجدر أن يرتب الفسخ أو الإبطال.

غير أن المشرع المغربي، كان أكثر وضوح ودقة بشأن عيوب الإرادة حيث نص في المادة 12 من المدونة المغربية على أنه: "**تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و66 بعده**"

حيث تنص المادة 63 من المدونة على أنه: "**يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض**"

أما المادة 2/66 من المدونة تنص على أنه: "**يخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر**". أما المشرع التونسي فقد تغافل كلية عن تبيان أحكام عيوب الإرادة في عقد الزواج.

وبذلك إذا كانت الإرادة مشوبة بعيب من العيوب سالفة الذكر فإن العقد في هذه الحالة حكمه البطلان النسبي، لأن من خلاله أراد المشرع أن يحمي مصلحة خاصة ومن ثمة لا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه لأنه لا يمسّ بالنظام العام، كما أنه لا يمكن أن يبقى الزواج متردّدا بين الصحة والبطلان مدة طويلة في حالة إذا شابت الإرادة عيب من عيوبها، إذ أنه لا يمكن تطبيق القواعد العامة بشأن هذه المسألة على عقد الزواج، إذ أنّ المدة محددة في القانون المدني بخمس سنوات.

2- الزيجات الصورية وأثرها على الإرادة:

لا يكفي وجود الرضا وسلامته من عيوب الإرادة بل لابدّ أن تتجه فيه الإرادة إلى الزواج، فإذا لم تنصرف إلى الزواج تحديدا كان زواجا صوريا وحكمه البطلان المطلق، لأن في هذا النوع من الزواج يكون عدم التطابق بين الإيجاب والقبول من حيث نية الأطراف، كالزواج المحلل الذي يكون هدفه هو تحليل المرأة المطلقة ثلاث لزوجها الأول، وأيضا الزواج الأبيض والزواج من أجل الحصول على الجنسية فقط، وهو ما تذهب إليه كل التشريعات المغاربية.

وأخيرا، إذا تخلف ركن الرضا في عقد الزواج اعتبر الزواج باطل طبقا لنص المادة 33فقرة 01 من قانون الأسرة بقولها: "**يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا**"، وطبقا لنص المادة 57 من مدونة الأسرة المغربية التي

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

تنص على أنه: "**يكون الزواج باطلا إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه... وإذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول**".

أو يعتبر منعدما فلا يرتب أي أثر قبل الدخول ولا يحل به الدخول. أما بعد الدخول فلابدّ من التفرقة بين الزوجين وإلا اعتبر ذلك زنا وأوجب إقامة الحدّ.

المبحث الثاني: إرادة البالغة و مختلي العقل والقاصرة في إبرام عقد الزواج

لقد اتفقت التشريعات المغاربية على ضرورة توفر الإرادة في عقد الزواج، ويظهر ذلك من خلال استقراء المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على اكتمال أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، أما المشرع المغربي من خلال نص المادة 19 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: "**تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية**". كذلك المشرع التونسي نص على اكتمال الأهلية بثمانية عشرة سنة في الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية (وهو يخص الزوجين البالغين العاقلين).

وبالنسبة لمختلي العقل، فنص عليهم المشرع الجزائري في المادة 81 من قانون الأسرة، والمشرع المغربي في المادة 23 من مدونة الأسرة، أما المشرع التونسي في الفصل 7 من مجلة الأحوال الشخصية.

أما بالنسبة للقصر الذين لم يبلغوا السن القانوني يتوقف على إذن خاص من طرف القاضي وما يسمى بالترخيص بالزواج طبقا لنص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، المادة 20، 21 من المدونة المغربية، الفصل 5 و6 من مجلة الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: إرادة البالغة العاقلة ومختلي العقل في إبرام عقد الزواج.

لقد اتفقت التشريعات المغاربية حول حق المرأة أن تنفرد بعقد زواجها فلها الأهلية الكاملة لإبرام عقد الزواج. أمّا بالنسبة لمختلي العقل فإرادتهم تكون ناقصة لابد من إجراءات خاصة.

الفرع الأول: إرادة المرأة العاقلة.

المرأة البالغة العاقلة هي التي اكتملت أهليتها ببلوغها 19 سنة طبقا لنص المادة 7 من قانون الأسرة، كما أن المشرع الجزائري أضاف في المادة 11 من قانون الأسرة أنه تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، مع التدقيق أن المشرع الجزائري لم ينص على موافقة الولي (كما كان معمول به قبل تعديل 2005)، وإنما اكتفى بحضوره في مجلس العقد، وهو يخالف موقف الشريعة الإسلامية، إذ يترك الحق في اختيار الولي للمرأة دون الأخذ بعين الاعتبار المرتبة في الولاية ولا القرابة، إذ يمكن لأي شخص ليس له أي علاقة أو قرابة بالمرأة أن يكون وليها، بل أكثر من ذلك فإنه لم يأخذ برأي الأحناف إذ أنه لم يسمح للولي الشرعي بحق المعارضة في حالة عدم وجود زوج كفء.

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

وبالإضافة إلى ذلك تنص المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة على أنه: "**إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل**"

أما المشرع المغربي نص صراحة في المادة 25 من مدونة الأسرة على أنه: "**للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها**" تحليلا لنص المادة فإن الزوجة الراشدة تعقد زواجها بنفسها لا تحتاج لولي ولا لأي شخص، تفويضا منها يمكن لأبيها أن يعقد زواجها، فالولاية هنا اختيارية وهي حق للمرأة، طبقا لنص المادة 24 من مدونة الأسرة. كما أن المشرع التونسي نص في الفصل 9 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه للزوج أو الزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلا من شاء وللولي حق التوكيل أيضا.

يعاب على المشرع الجزائري في تعديله للمادة 11 من قانون الأسرة أنه جعل الولي والذي هو أب المرأة في نفس مرتبة شخص غريب عنها وحضوره في مجلس العقد اختياري وليس إجباري وهذا لا يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: إرادة مختلي العقل في إبرام عقد الزواج.

إن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 81 من قانون الأسرة لم يبين مدى صحة زواج مختلي العقل وما حكمه، على خلاف المدونة المغربية التي كانت أكثر دقة من خلال نص المادة 23 منها والتي نصت على أنه: "**يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر. يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة**"

تحليلا لنص المادة، لا يمكن للقاصر أن يبرم عقد زواج مع الشخص المصاب بإعاقة ذهنية، أما بالنسبة للراشد البالغ لابدّ من معرفته حالة الإعاقة، ويرضى صراحة بإبرام عقد زواج رسمي مع الشخص المصاب بإعاقة.

بالنسبة للجزاء لم تنص التشريعات المغاربية على الجزاء المترتب على مخالفة هذه النصوص، مما يتوجب الرجوع إلى القواعد العامة.

المطلب الثاني: إرادة القاصر في إبرام عقد الزواج.

حدّد المشرع الجزائري وجلّ التشريعات المغاربية سن الزواج لكلا الجنسين، كأصل عام، وتماشيا مع الأعراف المتباينة في المجتمع ومع حاجة الإنسان أحيانا للزواج قبل السنّ القانوني لضرورة أو مصلحة مشروعة، جاءت التشريعات المغاربية باستثناء لهذا الأصل، مفاده جواز الترخيص للقاصر بالزواج، وهو ما يسمى بالإذن أو الترخيص بالزواج.

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

الفرع الأول: القاضي المختص بإعطاء الترخيص للزواج.

خلافا للعديد من الأنظمة التي اعتمدت على نظام تخصص المحاكم، فإن النظام الجزائري لم يعتمد عليه، لذلك أسندت المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري اختصاص الترخيص إلى القاضي لكن الإشكال الذي يطرح: أي قاضي يعني به المشرع الجزائري، قاضي الأسرة أو رئيس المحكمة؟ وبالنسبة لطلب الترخيص هل يقبل دائما؟ وأمام أي محكمة يقدم طلب الترخيص؟ وفي حالة رفض القاضي منح الترخيص أيستأنف فيه؟

إن المشرع الجزائري لم يكن دقيقا في وضعه لنصّ المادة 7 من قانون الأسرة، إذ هناك عدة غموضات وتساؤلات، من بينها القاضي المختص في ترخيص الزواج، على غرار القانون التونسي الذي لم يعين قاضيا معينا، بل استعمل عبارة "الحاكم"[27]. أما بالنسبة للقانون المغربي فلقد منح الاختصاص صراحة لقاضي الأسرة[28] وهو يعتبر أكثر وضوح والأحسن.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[29]، نجدها توضح نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"

فبذلك قاضي شؤون الأسرة هو المؤهل قانونا لمنح الترخيص بزواج القاصر، إلا أن المستقر عليه عمليا في المحاكم الوطنية، أن بعضها أخذ بهذه المادة، وأسند الاختصاص لقاضي شؤون الأسرة، وبعضها استأثر فيها رئيس المحكمة لنفسه بهذا الاختصاص، اعتبارا منه أن زواج القاصر أمر خطير وذو أهمية يستوجب قسطا معتبرا من الحيطة والحذر.

الفرع الثاني: تحديد السن

لم تحدد التشريعات المغاربية السن الأدنى الذي لا يجوز للقاضي النزول عنه لمنح الإذن ،ومن ثم تبقى السلطة التقديرية للقاضي وأيضا نطبق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**". وهو عدم النزول عن سن التمييز والمحدد ب 13 سنة[30]. وأيضا المادة 400 من مدونة الأسرة المغاربية التي تنص على أنه :"**كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة ،يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف**".

الفرع الثالث: معايير منح الإذن بالزواج.

نصت التشريعات المغاربية على المعايير التي ينبغي على القاضي مراعاتها عند منحه الإذن بالزواج، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 07 من قانون الأسرة على أنه: "...**وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدقدرة الطرفين على الزواج**" والمادة 20 من مدونة الأسرة المغاربية

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

التي تنص على أنه: "... **بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي**".

كذلك في الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ينص على أنه: "... **وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من الحاكم، ولا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين**"

وأضاف في الفصل 6 من نفس القانون أن زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم، وفي حالة امتناع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي. والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه، وهنا القاضي يقوم بتفحص الطلب على أساس المعايير المنصوص عليها قانونا ألا وهي الأسباب الخطيرة ومصلحة الزوجين الواضحة، خلافا للتشريع الجزائري فإن الموافقة تكون للولي فقط، أما المشرع المغربي فلقد نص في المادة 21 على أنه زواج القاصر يتوقف على موافقة نائبه الشرعي وتتم موافقته بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد. وفي حالة امتناع النائب الشرعي عن الموافقة يجوز للقاصر أن يوقع أمره إلى القاضي، وهذا الأخير سيقدر المصلحة محل الاعتبار مع استعانته بأهل الخبرة من أطباء ومساعدة اجتماعية.

أما من حيث تقييم المعايير التي ينبغي على القاضي أن يأخذها بعين الاعتبار وهو يمنح الترخيص بالزواج بالنسبة للمشرع الجزائري فهي: المصلحة بنوعيها مادية أو معنوية، الضرورة الدافعة إليه وأخيرا وجوب توافر القدرة على ممارسة الحياة الزوجية من طرف القاصر.

أ- المصلحة:[31]

وهي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده[32].

إن الفقه الإسلامي يرى أن اعتبار الشيء مصلحة أو مفسدة يعود بالنظر إلى الجهة الغالبة، فالزواج يحمل جانب نفع وجانب ضرر وما يكون غالبا منهما يكون مقصود الإسلام، والمصالح المعتبرة شرعا تقتضي حماية وحفظ أمور خمسة هي: الدين، النفس، العقل، النسل والمال. إذ لا يمكن للإنسان أن يعيش بدونها[33].

إذ تبين أن الولي والقاصر تجمعهما مصلحة واحدة من وراء هذا الزواج، ولم تكن مخالفة للنظام العام والآداب، فلابدّ للقاضي أن ينضم إليهما، أما لو تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي، فإن القاضي يتدخل بإعمال سلطته التقديرية وترجيح مصلحة القاصر بالدرجة الأولى، باعتباره معنيا بهذا الزواج وطرفا حياديا لا يرتجي مصلحة شخصية.

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

أما لو كانت مصلحة الولي والقاصر المجتمعتان متعارضتين مع مقتضيات عقد الزواج، فللقاضي حق رفض منح الإعفاء كون المصلحة متنافية مع أهداف الزواج الواردة في نصّ المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري، مما يترتب عنه لاحقا.

يجب أن تكون المصلحة أكيدة وأن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج، ولأن المشرع لم يبين هذه المصلحة فهي تستخلص من أقوال الأب والأم أو رأي الطبيب المختص، أو من لقاء قد يتم بين القاضي والقاصر أو القاصرة الراغبين في الزواج[34]، كما تتجلى المصلحة في الخوف من الوقوع في الزنا.[35]

ب- الضرورة:[36]

الضرورة نظرية متكاملة تشمل جميع أحكام الشرع، يترتب عليها إباحة المحظور وترك الواجب[37]، وتقوم على جملة من الشروط نذكر منها:

- ألا يخالف المضطر مبادئ الإسلام، كأن يقدم الولي على تزويج القاصر من كافر.
- أن يتوافر عذر يبيح الزواج، وهنا القاضي يعتبر السيد، إذ عليه التأكد من توافر سبب جدي أو خطير يدعوا إلى منح الرخصة.
- أن يقدر الضرورة ذو الاختصاص، فإذا كانت في مجال طبي فإن القاضي يستأنس بالشهادات، أما إن كانت اجتماعية فيؤول إليه التقدير مباشرة.
- خطف القاصر في نظر المشرع يفضى غالبا إلى هتك العرض، الأمر الذي يستوجب متابعة الخاطف جزائيا، غير أن المشرع نفى عنه العقوبة متى تزوج بمخطوفته[38]. استجابة للضرورة التي تدعو القاصرة إلى الزواج قبل السن القانونية، وتتجلى الضرورة هنا في طمس العار اللاحق بالقاصرة وأسرتها.

إن الضرورة والمصلحة كشرطين لمنح الإذن بالزواج غير كافيتين ما لم يكن طالب هذا الإذن قادرا على مواجهة الحياة الزوجية قدرة جسدية ونفسية، لأن العجز يعيق استمرار الحياة الزوجية، لذلك اشترط المشرع القدرة في طلب الإذن بالزواج.

جـ - القدرة:

إن للقدرة أهمية كبيرة في الحياة الزوجية إذ تعتبر أساسا لكافة التصرفات، لكن عندما اشترط المشرع القدرة في منح الترخيص لزواج القاصر، أي قدرة يقصد بها الجسدية أم العقلية، أم هما معا؟

اهتمام المشرع بعنصر القدرة يعود إلى الآثار المترتبة عن توافرها أو تخافها، إذ غالبا ما تنفك الرابطة الزوجية بتخلفها، ومن بين الوثائق المطلوبة حاليا في ملف طلب الترخيص بالزواج، الشهادة الطبية التي يحررها طبيب عام، يثبت فيها القدرة الجسدية للزوجة القاصرة[39].

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

كما أن السلامة العقلية شرطا من شروط التعاقد، وبذلك لابدّ من توفر القدرتين الجسدية والعقلية معا لإبرام عقد الزواج.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فلقد ألزم القاضي أن يبين الأسباب التي دفعته لمنح الإذن بناء على مصلحة الزوجين، فمن حيث الصياغة القانونية فلقد استخدم مصطلح يقوم بتغطية كل المعايير، وهي المصلحة التي ينبغي على القاضي أن يحددها عند منحه الإذن، كما أنه كان أكثر وضوحا من حيث أن القاضي لا يمكنه أن يعتمد على خبرته فقط، بل ينبغي عليه الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي وهو أمر وجوبي. وبالنسبة للمشرع التونسي فلقد أخذ بالأسباب الخطيرة ومصلحة الزوجين.

الفرع الرابع: جزاء مخالفة سن الزواج

لم تبين التشريعات المغاربية حكم الزواج التام بدون رخصة بالنسبة للقاصر، فبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري المعدل لم ينص صراحة ولا ضمنيا عن الجزاء المترتب على مخالفة سن أهلية الزواج وعقد أي زواج قبل بلوغ السنّ المحددة[40]، وذلك على عكس القانون رقم 224-63 الصادر خلال سنة 1963 الذي نص في المادة الأولى منه :"**لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة كاملة ولا المرأة قبل 16 سنة كاملة أن يعقدا زواجا**". ولكن قد يقدم شخص على تزويج ابنه أو ابنته قبل بلوغه هذا السن، المطلوبة فحكم الزواج هنا هو البطلان المطلق. بحيث يحق لكل ذي مصلحة من الزوجين أو من غيرهما الطعن في هذا الزواج بالبطلان، كما يحق للنيابة العامة ذلك والدليل على ذلك ما جاءت به المادة 3 من قانون 224-53: "**كل عقد زواج أبرم بالمخالفة لأحكام المادة الأولى يكون باطلا إذا لم يلحقه دخول ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصيا أو ممن له مصلحة فيه أو من النيابة العامة**".

هذا يعني أن الزواج في هذه الحالة مخالف للنظام العام، ومفهوم هذا الشرط هو عدم الدخول، انتفاء البطلان إذا حصل دخول، لهذا فإننا نعتقد أنه ما دام قانون الأسرة لم ينصّ صراحة على إلغاء القانون رقم 224-63 ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزواج.[41]

فمن هنا يمكن استنتاج أن البطلان يعتبر كجزاء لمخالفة شرط السن، وأكثر من ذلك في حالة تعمّد الأولياء أو الزوجان أو أحدهما نهج أسلوب من أساليب التزوير في المحررات الرسمية (كعقود الميلاد أو عقود الزواج)، من أجل تزويج من لم يبلغ السنّ القانوني فإن المشرع لم يقتصر على إبطال العقد، بل تجاوزه إلى توقيع العقوبة.

كذلك المشرع المغربي لم ينص على حكم زواج القاصر بغير الإذن القضائي إذ أنه نص في المادة 63 من مدونة الأسرة المغاربية على بعض الحالات التي يمكن أن يفسخ فيها الزواج، وجاء في المادة 56 على أن الزواج غير الصحيح يكون إما باطلا أو فاسدا، ونصت المادة 57 على الحالات التي يكون فيها

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

الزواج باطلا، والحالة الأولى في حالة اختل أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10، كذلك إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول، والمحكمة لها أن تحكم ببطلان الزواج من تلقاء نفسها بموجب المادة 58 من مدونة الأسرة إذ تنص على أنه: "**تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا لأحكام المادة 57 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه، أو بطلب ممن يعنيه الأمر**". كما أن القانون التونسي لم يشر هو الآخر إلى الجزاء المترتب في حالة الزواج بدون رخصة بالنسبة للقاصر.

يستخلص من دراسة هذه المواد أن التشريعات المغاربية لم تنص صراحة عن الجزاء المترتب في حالة مخالفة سن الزواج وحالة الزواج التام بدون رخصة من طرف القاضي، وبالتالي يمكن استنتاجها من النصوص الواردة في قانون الأسرة ويكون جزاءها البطلان لمخالفة شرط السن، وقد يتجاوزه إلى توقيع عقوبات جزائية.

الخاتمة:

إن للإرادة دور هام، فالرضا يعتبر ركن أساسي ووحيد في عقد الزواج، فبدون إرادة الزوجين والأهلية يعتبر باطلا، وهو ما ذهبت إليها التشريعات المغاربية، إلا أنه هناك بعض الثغرات والنقائص التي يجب استدراكها خاصة بالنسبة للمشرع الجزائري لأن المشرع المغربي في بعض المواد كان أكثر دقة ووضوح إذ يعتبر موضوع الإرادة من المواضيع الحساسة التي كان على المشرع معالجتها بطريقة لا تدع مجالا للغموض والنقصان.

فبالنسبة للإضافة في تعديل 2005 للمادة 7 من قانون الأسرة لـ "أهلية التقاضي" يعتبر مصطلح إضافي أدى إلى وجود تساؤلات عديدة.

المشرع الجزائري سعى من وراء تعديله لقانون الأسرة إلى تحقيق المساواة بين الرجل و المرأة، خاصة ما يخص تعديل المادة 11 من قانون الأسرة و الذى يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمرأة الراشدة التي تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، فهنا الولاية أصبحت شبه معدومة لكي لا نقول معدومة، لأن الولي لم يصبح إجباري بل مجرد حضوره كافيا، ولم يبقى الأب بل مجرد شخص تختاره المرأة المقبلة على الزواج حتى أجنبي مقبول ولايته.

أيضا ما يعاب على المشرع الجزائري أنه في نص المادة 10 من قانون الأسرة لم يفرق فيما يتعلق بالعاجز عن النطق بين الكتابة والإشارة وجعلها في مرتبة واحدة. على عكس المشرع المغربي الذي أعطى الأولوية للكتابة.

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يضع قسما خاصا بعيوب الإرادة، و إنّما أشار إلى بعضها في نصوص متفرّقة، اعترف بعيب الإكراه في المادة 13 من قانون الأسرة، وقام بحصره في الولي سواء كان أبا أو غيره، فلا يمكن لهذا الطرف أن يجبر من هو في ولايته على الزواج والعيب الكبير أنه قام بحصر عيب الإكراه إلا في هذه الحالة المتعلقة بالقاصر. على عكس المشرع المغربي الذي كان أكثر وضوح ودقة بشأن عيوب الإرادة.

لم تنص التشريعات المغاربية على الجزاء المترتب في حالة مخالفة سن الزواج وحالة الزواج التام بدون رخصة بالنسبة للقاصر.

الهوامش:

[1] قانون رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2] القانون رقم 03-70 الذي دخل حيز التنفيذ في 05 فبراير 2004، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، ج ر رقم 5184، المؤرخة في 2004/02/05.

[3] أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، منشور بالرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 9156 الجمهورية التونسية حاليا، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية.

[4] عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الندوة الجديدة، لبنان، 1994، ص.244.

[5] شمس الدين الذهبي، الكبائر، دار البيان، الطبعة الخامسة، سوريا، 1997، ص.48.

[6] المرجع نفسه، ص.48.

[7] مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، لبنان، 2005، ص.168.

[8] تشوار جيلالي، الجنس، الزواج والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، بن عكنون، 1995، الجزء 33، العدد الأول، ص.819.

[9] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين المسماة، ردّ المحتار على الدرّ المختار، شرح تنوير الأبصار، الجزء العاشر، كتاب الخنثى، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، المملكة العربية السعودية، 2003، ص.48.

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

[10] ابن عابدين، المرجع السابق، ص.449.

[11] تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.819.

[12] أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية – الأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية –، دار النفائس، الطبعة الأولى، لبنان 2000، ص.440.

[13] أحمد محمد كنعان، المرجع نفسه.

[14]الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2008، ص.29.

[15] شوار جيلالي، المرجع السابق، ص.818.

[16] أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.441.

[17] محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، دار المنارة، الطبعة الثانية، المملكة العربية السعودية، 1986، ص.41-42.

[18] أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.285.

[19] تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.817

[20] تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، بن عكنون، الجزء 3، 1998، العدد 4، ص.29.

[21] سورة النساء، الآية 119.

[22] تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرتق العذري والتغيير الجنسي نموذجا، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، العدد 6، ص.71.

[23] طبقا لنص المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 10 من المدونة المغربية.

[24] الغوتي بن ملحى، المرجع السابق، ص.42.

[25] تنص المادة 2/10 من المدونة المغربية على أنه: "يصحّ الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلّا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين"

[26] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، أحكام الزواج، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية 2012، ص.160.

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

[27] ينص الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية، وزيادة على ذلك فكل من لم يبلغ منهما ثمانية عشر سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد زواج، وإبرام عقد الزواج دون السنّ المقرر يتوقف على إذن خاص من الحاكم، ولا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين". نقح بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964 وبالقانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007.

[28] تنص المادة 20 من مدونة الأسرة على أنه: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن".

[29] تنص المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر".

الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخة في 1966/06/09 المعدل بالقانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 مدعم بالاجتهاد القضائي، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 2008/04/23، ويدعى حاليا قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[30] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص.67.

كما أنه تنص المادة 42 من القانون المدني على أنه: "يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو علة أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة" الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، عدد 78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، ج ر، عدد 44، المؤرخة في 2006/06/26.

[31] المصلحة لغة: كالمنفعة وزنا، وهي تتناول كل ما فيه نفع الناس، وعرفها فقهاء الإسلام أنها المحافظة على مقصود الشرع من الخلق، هو أن يحفظ على الناس دينهم ونفوسهم وعقولهم وأموالهم ونسلهم، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة يعتبر مصلحة.

أحمد فراج حسين، أصول الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، بيروت، 2004، ص.127.

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

[32] البوطي محمد سعيد، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، طبعة ثانية، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1973، ص.23.

[33] محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة النشر، ص.259.

[34] الكشور محمد، شرح مدونة الأسرة، الجزء 1، 2006، ص.170.

[35] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص.120.

[36] الضرورة لغة مشتقة من الضرر الذي لا دفع له.

[37] ابن قدامة المغني، دار الفكر، بيروت، دون سنة النشر، ص.597، الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع، دار الفكر، بيروت، دون سنة النشر، ص.176.

[38] تنص المادة 2/326 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "... وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبدعة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات التابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

[39] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.131، 132.

[40] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.28.

[41] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.28.

قائمة المراجع:

-ابن عابدين، حاشية ابن عابدين المسماة، ردّ المحتار على الدرّ المختار، شرح تنوير الأبصار، الجزء العاشر، كتاب الخنثى، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، المملكة العربية السعودية، 2003.

- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية – الأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية –، دار النفائس، الطبعة الأولى، لبنان 2000.

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

– أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

– البوطي محمد سعيد، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، طبعة ثانية، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1973.

– ابن قدامة المغني، دار الفكر، بيروت، دون سنة النشر.

– أحمد فراج حسين، أصول الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، بيروت، 2004.

– الكشور محمد، شرح مدونة الأسرة، الجزء 1، 2006.

–الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع، دار الفكر، بيروت.

– الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2008.

– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، أحكام الزواج، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2012.

–بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، 2007.

– عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الندوة الجديدة، لبنان، 1994.

– محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1998.

– شمس الدين الذهبي، الكبائر، دار البيان، الطبعة الخامسة، سوريا، 1997.

– مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، لبنان، 2005.

– محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، دار المنارة، الطبعة الثانية، المملكة العربية السعودية، 1986.

– تشوار جيلالي، الجنس، الزواج والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، بن عكنون، 1995، الجزء 33، العدد الأول.

– تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، بن عكنون، الجزء 3، 1998، العدد 4.

– تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرتق العذري والتغيير الجنسي نموذجا، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)

– محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة النشر.

– قانون رقم 05–02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

– القانون رقم 03–70 الذي دخل حيز التنفيذ في 05 فبراير 2004، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، ج ر رقم 5184، المؤرخة في 2004/02/05.

– أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، منشور بالرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 9156 الجمهورية التونسية حاليا، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية.

– الأمر رقم 66–154 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخة في 1966/06/09 المعدل بالقانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 مدعم بالاجتهاد القضائي، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 2008/04/23، ويدعى حاليا قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

–الأمر رقم 75–58، المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، عدد 78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون 05–10 المؤرخ في 2005/06/20، ج ر، عدد 44، المؤرخة في 2006/06/26.

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)