المركز القانوني للمرأة في ابرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

ط/د. أعمرسعيد شابحة – د. عيسى امعيزة – جامعة الجلفة

الملخص:

عرفت منظومة الأحوال الشخصية في البلدان المغربية تحولات جذرية لاسيما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري، الذي عرف عدة تعديلات جوهرية في مجال الزواج أهمها مسألة سن الزواج إذ وحد المشرع الجزائري السن القانونية ب19 سنة كاملة لكلا الجنسين، بالإضافة إلى مسألة الولي في عقد الزواج، بعدما ألغى المشرع الجزائري لهذا الركن، على أساس الأهلية القانونية الكاملة للمرأة في إبرام عقد زواجها بنفسها على غرار باقي العقود الأخرى، وهذه نظرة تثير أكثر من مسألة للبحث، تدور حول ما إذا كان المركز القانوني المكرس للمرأة في القانون الأسرة بشأن الزواج كان منقوصا، وحول ما إذا كانت التعديلات المدخلة عليها قد كرست لها مركزا قانونيا مساويا لمركز الرجل في مجال ابرام عقد الزواج؟

الكلمات المفتاحية:

المساواة، الرجل، المرأة، سن الزواج، الولي، قانون الأسرة، المركز القانوني، سيداو.

Abstract :

The personal status system in the Moroccan countries has undergone radical changes, especially in the Algerian family law, which defined several fundamental amendments in the area of marriage, the most important of which is the issue of the age of marriage. Algerian law limited the legal age to 19 years for both sexes .Algerian court to establish the guardian on the basis of the full legal capacity of women to conclude their marriage contract ?

key words:

Equality, men, women, age of marriage, guardian, Algerian family law, Legal status, CEDAW.

مقدمة:

إن المركز القانوني للمرأة لقي اهتماما و استقطبا عالميا، وذلك في جميع المجالات السياسية و الاجتماعية والإقتصادية، خاصة في مجال الأحوال الشخصية، فبعدما لقي إهتمام المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان بصفة عامة بنصه على المساواة بين الجنسين ونبذ التمييز ضد المرأة، تم إصدار اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز سنة 1979 التي تعمل على تعزيز المركز القانوني للمرأة، وجعل العلاقات الأسرية تقوم على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات والمسؤوليات، والجزائر كباقي الدول قامت بالمصادقة على هذه الإتفاقية بموجب المرسوم رقم 51/96، مما دفعها إلى تعديل الكثير من قوانينها لإقرار مبدأ المساواة بين الجنسين في جميع المجالات: قانون العقوبات، قانون الجنسية، القانون المدني، قانون الأسرة الذي كان تعديله بموجب المرسوم رقم 02/05 الصادر في تاريخ 27 فبراير 2005.

محاولا بذلك ايجاد نوع من التوازن داخل الأسرة الجزائرية، وذلك بتجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في المركز القانوني لكليهما، حيث يتساوى كلا الجنسين في الحقوق والواجبات، وبذلك حرص من خلال تعديله لبعض مواد قانون الأسرة على إلغاء التمييز بين الرجل والمرأة لا سيما النصوص التي كانت تتضمن في روحها بعض التمييز والإقصاء للمرأة داخل الأسرة، فعمد المشرع في ذلك تعديل الأحكام الخاصة بالولاية، وهذا إنطلاقا من كون المشرع يساير تغير المجتمع الجزائري من عدةنواحي.

وفي هذا الإطار تأتي إشكالية هذا البحث بالصيغة التالية:

– هل كفل قانون الأسرة مساواة المرأة في ابرامها لعقد الزواج؟

– هل كانت التعديلات المدخلة على قانون الأسرة قد كرست للمرأة مركزا قانونيا مساويا لمركز الرجل في ابرام عقد الزواج أو كان منقوصا؟

وللإجابة على هذه التساؤلات إرتأينا تقسيم البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: الوضعية القانونية لحرية المرأة في ابرام عقد زواجها:

المطلب الأول: الوضع في ظل قانون 11/84

المطلب الثاني: الوضع بموجب الأمر 02/05

المبحث الثاني: أثر الفقه الإسلامي و إتفاقية سيداو على النصوص المنظمة لحرية المرأة في ابرام زواجها

المطلب الأول: أثر الفقه الاسلامي على النصوص المنظمة لحرية المرأة في ابرام زواجها

المطلب الثاني: أثر اتفاقية سيداو على النصوص المنظمة لحرية المرأة في إبرام زواجها

المبحث الأول: الوضعية القانونية لحرية المرأة في ابرام عقد زواجها

تعد مسألة المساواة بين الرجل والمرأة في ابرام عقد الزواج، من ابرز قضايا الخلاف التي اثيرت حول المركز القانوني للمرأة المكرس في قانون الاسرة الجزائري 1984، وفي تعديل قانون 02/05 وذلك بالنسبة للعديد من القضايا أهمها حريتها في اختيار الزوج وفي الموافقة على الزواج.

المطلب الأول الوضع في ظل قانون 11/84

لا يمكن للمرأة ان تمارس حريتها في اختيار الزوج إلا بتوفر أهلية الزواج، فقد اعتبر المشرع الجزائري بأن اهلية الزواج تكتمل بالنسبة للرجل بتمام 21 سنة، وبالنسبة للمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة [1]، ولقد لقي هذا النص معارضة قوية من بعض الجمعيات المناهضة لحقوق المرأة والمدافعة عن مساواتها، حين رأت أن هذا النص يتعارض وأحكام المادة 40 من القانون المدني التي تنص على أنه:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة"، فإن هذه السن عند اتخاذ مبادئ حقوق الانسان مصدرا لحرية المرأة في ابرام زواجها، قد لاتكون متفقة ومفهوم مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وفقا للمعايير العالمية لحقوق الانسان ، فبالنسبة للذكر نجد بان هذه السن تميز بين البالغ والقاصر، وبالرجوع إلى قانون الاسرة نجد أن المشرع قد اعتبر بان كل ذكر لم يبلغ سنه21 يعد قاصرا، وبالتالي فإنه لا يستطيع أن يتزوج إلا بموافقة ولي أمره فضلا عن حاجته إلى ترخيص خاص من القاضي، ولا يمكن لهذا الاخير اصدار الترخيص إلا لمصلحة أو ضرورة.

أما بالنسبة للمرأة، وفضلا عن اختلاف السن المطلوبة لزواجها عن السن المطلوبة لزواج الرجل، فحتى لو بلغت هذه السن وأصبحت راشدة، فلا يمكنها أن تتمتع بحريتها في الموافقة على الزواج دون حضور وليها، وذلك من خلال استقراء المادتين 09 /2 11 [3] من قانون الأسرة على ان الذي يتولى زواج المرأة الراشدة هو وليها، والقاضي ولي من لا ولي له، ويكون المشرع الجزائري بذلك قد اجاز للمرأة البالغة أن تباشر عقد زواجها بنفسها طبقا للمادة 9، على أن يكون بموافقة الولي طبقا للمادتين 13/11، وهذا من منطق أن الولي أدرى بشؤون موليته ويعمل على الحفاظ على مصلحته [4]. وهذا ماذهب إليه القضاء في قراره بأنه:" ليس للمرأة أن تزوج نفسها وأن حضور وليها إلى جانبها هو شرط أساسي وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا يقضي به القاضي من تلقاء نفسه"[5].

فهنا المحكمة العليا كانت واضحة في اتجاهها الداعم لموقف المشرع في تأكيدها على الولي في عقد الزواج . وقضت أيضاً بأنه":متى كان من المقرر شرعاً أن الزواج الصحيح لايقوم إلا على أركان مبينة بوضوح، ويَقول ابن زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلابولي وصداق وشاهدي عدل، وأيضاً لا يزوج البنت أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول، ومن ثَم فإن القَضاء بِما يُخالف أَحكام هذا المبدأ يُعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية [6] ، ومن ثمَّ أكدت المحكمة على وجوب رضى المرأة.

المطلب الثاني: الوضع بموجب الأمر 02/05:

في محاولة من المشرع الجزائري لوضع حد لأي إعتراض على قانون الأسرة، قام سنة 2005 بتعديل أحكام هذا القانون، وذلك بجعله أهلية الرجل والمرأة في الزواج تكتمل بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة [7]، وعليه فقد حرص المشرع على وجود نوع من التناسق بين نصوص القانون المدني وقانون الأسرة، وذلك بتحديد 19 سنة كأهلية للزواج لكلا الجنسين [8]، من جهة، ومن جهة اخرى تأكيده على عدم التمييز بين الجنسين في إبرام عقد الزواج، وقد جاء في بيان أسباب التعديل:" توحيد سن الزواج بالنسبة إلى الذكر والأنثى وتحديده ب19 سنة تطابقا مع سن الرشد المدني" [9]. غير أن المشرع منح القاضي سلطة الترخيص بالزواج لأحد الطرفين متى وجدت مصلحة أو ضرورة، غير أن ما يؤخذ على المشرع عدم تحديده لمفهومي الضرورة والمصلحة، الأمر الذي يجعل الباب واسعا أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية.

وفي نفس الاطار، نجد المشرع أغفل تحديد حد أدنى للسن القانونية لايجب منح الترخيص القضائي دونها، كما أنه لم يحدد عقوبة الموظف المختص بإبرام عقد الزواج في حالة عدم تحقق شرط السن القانونية للزواج [10].

كما عمل على تعديل وإلغاء بعض النصوص المنظمة للولاية، وذلك لعدة إعتبارات، حيث باتت المادة 4 من ق أ ج تنص:" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة..".

أما المادتين 9 و9 مكرر من ق أ فتنصان على التوالي:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الأتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، إنعدام الموانع الشرعية للزواج"، فالمشرع فرق بين ركن الزواج المنحصر في الرضا، وما عداه يندرج تحت الشروط، بما فيها الولاية.

وعدلت المادة11:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.- دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" [11].

يتضح من نص المادة أن المشرع أفرد الفقرة الأولى للراشدة، والثانية للقاصرة، فاعتنق المذهب الحنفي في شأن الراشدة مستندا إلى معيار العقل، حيث لم يذكر الثيب وخرج عن المذهب المالكي، إلا أنه لم يأخذ بالرأي الراجح لدى الحنفية، لأن الولاية على القاصرة في عقد الزواج هي ولاية إجبار بينما اعتبرها قانون الأسرة ولاية إختيار [12].

ويبدوا أن الغرض من ذلك، تحقيق مبدأ حرية الإختيار للراشدة، ومبدأ الحماية للقاصرة. وأوردت هذه الفقرة بجملة من الأحكام أوجزها فيما يلي [13]:

* اعتبر المشرع القاصر كل من لم يتم السن التاسعة عشر طبقا للمادة 7 من ق أ ج كما يدخل في حكم القاصر كل فاقد عقل أو ناقصه، بحسب أحكام المواد 82، 86، 81،83،84،85.

* أخضع زواج القصرإلى ترخيص قضائي وإذن ولي.

* أسند ولاية زواج القصر إلى الأب فالأقا رب الأولين دون أن يعيّن الترتيب مع العلم أن الترتيب واجب ذكره لعدم تنازع الأولياء على الولاية الأمر الذ يحيلنا إل نص المادة222 ق أ ج .

* استعمل كلمة " **القصر** "ليشمل الذكور والإناث معا وليستند إلى عامل التمييز دون اعتبار البكارة والثيوبة معا وهذا أقرب إل الرجحان، ولو عمل القانون بمعيار البكارة، كما أجاز لأي بكر أن تتحرر من ولاية الجبر مهما بلغ سنها.

أمام هذا الحكم لم يعد للولاية دور تلعبه كشرط من شروط الزواج طالما أن المرأة تختار الولي، كما أن الولي مسلوب من حق التعبير متى كان ذلك ضروريا محققا لمصلحة المرأة. من حيث بسط المساواة بين الجنسين فإن المادة هذه لم تحققها بقدر ما وضعت المرأة في غير مأمن ، متى لم تتحقق الغايات المرجوة من الزواج فلو أساءت الإختيار، مثلا بحكم قلة تجربتها، لتعذر عليها اللجوء إلى أبيها احتماء به، طالما أنها أقصته من الولاية واختارت وليا غيره وهذا ما يخشى منه، لأن الولي كقاعدة عامة لم يكن يوما ضد إرادة أولاده في بناء مستقبلهم بل كان دائما رقيبا موجها لهم، لأنه لا يمكن القول بتوافر الشفقة على البنت في غير أبيها، ولأن عنصر الشفقة من الأصول على الفروع عنصر فطري، لا يتحقق في غير الوالدين. وغالبا ما ينتهي هذا النوع من الزواج بآثار سيئة وتفكك عائلي [14].

وألغيت المادة 12، وعدلت المادة 13:" لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موفقتها". وعليه فالمشرع الجزائري جعل الولاية شرط صحة في عقد الزواج، غير أنه ترك الإختيار للمرأة لممارسة الولاية، بحيث تمكنها لأبيها أو لأحد أقاربها أو لأي شخص تختاره، وما حضور وليها إلا إجراء شكلي لا يترتب عليه بطلان العقد [15].

نستخلص مما سبق النصوص أن المشرع الجزائري لم يتخل عن شرط الولاية في الزواج بصورة نهائية، لاقتصار التعديلات التي قام بإدخالها في مجال الولاية على الأخذ بالولاية الاختيارية بدلا من الولاية الإجبارية لذلك فإن هذه التعديلات ومع انها تمت من أجل مواءمة أحكام هذا القانون مع اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979، فإنها لم تخرج بدورها عن جانب الاجتهاد في الفقه الإسلامي وهي بالتالي لم تكرس للمرأة أي مركز قانوني مساوي لمركز الرجل في مجال إبرام الزواج خارج الاجتهاد الفقهي [16].

المبحث الثاني: أثر الفقه الاسلامي واتفاقية سيداو على النصوص المنظمة لحرية المرأة في إبرام زواجها

يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق في المطلب الأول إلى أثر الفقه الاسلامي على النصوص المنظمة لحرية المرأة في ابرام زواجها وفي المطلب الثاني نتطرق لأثر اتفاقية سيداو على النصوص المنظمة لحرية المرأة في ابرام زاواجها.

المطلب الأول: أثر الفقه الاسلامي على النصوص المنظمة لحرية المرأة في ابرام زواجها:

إذا كانت المرأة في ابرامها لعقد زواجها، تتصل اتصالا مباشرا بالولاية، وهي في الاصطلاح تعني:" سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة، سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة"[17]، والولي في عقد الزواج هو :" من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو ايصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"[18].

وتنقسم الولاية في الفقه الاسلامي إلى ولاية الاجبار وولاية الاختيار، فكما أشرنا فإن عقد المرأة زواجها بنفسها من المسائل التي أختلف حولها الفقهاء قديما وحديثا، نظرا لإختلاف الأدلة التي تناولها، حيث إختلف الفقه حول جواز تزويج الولي للراشدة البكر على رأيين:

1– الرأي القائل بصحة الزواج بدون ولي:عند جمهور الفقهاء:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المرأة لا تزوج نفسها على كل حال، وأن النكاح لا يكون إلا بولي وهو شرط صحة مطلقا للصغيرة والكبيرة والثيب والبكر، فالزواج بدون ولي يعتبر نكاحا باطلا ولا يصح ويفسخ قبل الدخول وبعده [19].وجاء في بداية المجتهد: " أن النكاح لا يصح إلا بولي، ولا ينكح المرأة إلا وليها"[20].

ومن الادلة التي استندوا إليها في قولهم بعدم صحة الزواج بدون ولي، بالقرآن والسنة و المعقول.

القرآن: فمن الكتاب قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى**﴾" [21].

وقوله تعالى: ﴿**وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا** ﴾ 22. قوله تعالى: ﴿ **وإذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَراضو بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ**﴾ [23].

السنة: استدل الموجبون للولي في عقد الزواج بأدلة كثيرة من السنة المطهرة نذكر منها:

أ– عن ابن عباس قال:" لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "[24].

ب– عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت (رضي الله عنها)" أيما إمرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل..." [25].

الإستدلال: قالوا: إن الحديثين اثبتا حقا للولي في العقد دون غيره، فدل على على ركنيته وفرضية وجوده في العقد بدليل القول ببطلان العقد من وجوده [26].

ج– وقوله صلي الله عليه وسلم:" لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[27].

المعقول: قالوا: إن في تشريع الولي حفظ لكرامة المرأة، وتحقيقا لمعنى الكفاءة ورفع الضرر عنها، فوجوده خير ضمان لإلتزام الزوج بحقوق زوجته والمطالبة بحقها عند الخصومات، فهو بمثابة الوسيلة للمصلحة، أي حفظ حق الزوجة في الحال والمآل [28]، إذ يقول إبن قدامة:" ولأن المرأة إنما منعت الإستقلال بالنكاح لقصور عقلها، فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة، وهذا مأمون فيما إذ أذن فيه وليها"[29].

ويُضاف إلى هذا، أن الشريعة الإسلامية قد أجازت للمرأة البالغة العاقلة الأهلية الكاملة في مجال العقود والتصرفات المالية .غير أن لعقد الزواج خصوصيته، فالآثار الناتجة عن سوء الإختيار في عقد الزواج أشد وأخطر من تلك المترتبة عن العقود المالية، فالضرر في هاته الأخيرة هو ضياع المال فيقتصر على المرأة وحدها، في حين الضرر في عقد الزواج يتعدى المرأة إلى أهلها وعائلتها .حيث يقول في هذا الإطار العلامة الطاهر بن عاشور":أن يتولى عقد المرأة ولي لها ليظهر أن المرأة لم تتولَ الركون إلى الرجل وحدها دون علم ذويها، لأن ذلك أول الفروق بين

النكاح وبين الزنا والمخادنة والبغاء والاستبضاع، فإنها لا يرضى بها الأولياء في عُرف الناس الغالب عليهم، ولأن تولي الولي عقد مولاته يهيئه إلى أن يكون عوناً على حراسة حالها وحصانتها .وأن تكون عشيرته وأنصاره وغاشيته وجيرته عوناً له في الدب عن ذلك [30].

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه نجد أن قبل تعديلها ينص على أن الزواج يتم برضا الزوجين وبولي الزوجة [31]، وبصرف النظر عن تعارض هذا النص ومبدأ المساواة بمفهوم اتفاقية سيداو، حيث هذا المفهوم يقضي بفرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل، فهو اختيار تشريعي يتفق ورأي الجمهور من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة القائل بأن الولي ركن لإنعقاد الزواج، وبدونه لا يصح الزواج، ولا فرق بين البكر و الثيب، وقد عبر الشيرازي عن هذا الحكم الشرعي فقال:" لا يصح النكاح إلا بولي، فإن عقدت المرأة فلا يصح" [32].

لذلك يمكن القول في الأخير أنه مما لاشك فيه أن هذا التشدد وهذه الأهمية لمؤسسة الولي تجد أساسها في مجموعة من المقاصد الشرعية والمبررات الواقعية، ذلكَ أن الغرض من الولاية هو الحفاظ على مصالح المرأة، وليست قيدا يمنعها من ممارسة حريتها أو حدا لهذه الحرية، خاصة وأن المرأة غالبا ما يصعب عليها التعرف على طبائع الرجال، فتعين مساعدتها من قبل وليها، نظرا لكونه أقرب الناس إليها وأكثرهم شفقة وحنانا عليها، والأصل في الولاية أنها شرعت للإحسان للمرأة بخدمة مصالحها وحماية حقوقها في إطار تحقيق المقاصد الكبرى لعقد الزواج، إلا أنها فهمت اليوم على أنها امتهان وحط من قيمة المرأة، ومظهر من مظاهر الدونية، وهو ما يفسر تزايد المطالبين بإلغائها، وسبب هذا الفهم الخاطئ هو قصور النظر القانوني الذي يتناول الولاية في إطار ضيق لا يتعدى حقوق المتعاقدين، قياسا لعقد الزواج على عقد البيع أو الشركة، وهو منطق من صميم التخطيء، إذ أن عقد الزواج عقد لا يقاس عليه [33].

2– الرأي القائل بصحة الزواج بدون ولي: عند الحنفية:

أجاز الحنفية للمرأة البالغة العاقلة الراشدة بكرا كانت أو ثيبا من إمكانية إبرام عقد زواجها بمفردها من غير إذن وليها. ويستحب لها تفويض أمر زواجها إلى وليها حتى لا تنسب إلى الوقاحة، واستدلوا على صحة رأيهم بالقرآن والسنة والمعقول.

القرآن: قوله تعالى: ﴿ **وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي أن يستنكحها**﴾ [34].

وقوله تعالى: ﴿ **فلا جناح عليهما أن يتراجعا**﴾ [35].

وقوله تعالى: ﴿ **فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن**﴾ [36].

السنة:

أ– قوله صلى الله عليه وسلم:" الايم احق بنفسها من وليها" [37].

ب– وقوله صلى الله عليه وسلم:" لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن "، قالوا: يارسول الله كيف إذنها؟ قال: " أن تسكت" [38].

أما **المعقول**: أنها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح فلا تبقى موليا عليها كالصبي العاقل إذا بلغ، وإذا زالت ولاية الاب عن تصرف في مالها إذا بلغت فكيف لا يمكنها عقد زواجها بنفسها [39]

وتفريعا عما سبق، نخلص أن قانون الاسرة لا يعترف بولاية الاجبار حتى ولو كانت المرأة القاصرة طبقا لنص المادة 13 [40] التي تنص على أنه:" لايجوز للولي، ابا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

وقد تبنى بذلك ما ذهب اليه أبو بكر الاصم أن الصغيرة لا تزوج حتى تبلغ [41] لقوله تعالى: ﴿ **حتى إذا بلغوا النكاح**﴾[42]. (وتقتصر صلاحية الولي في زواج الصغيرة في تولي ومباشرة عقد الزواج باسم موليته الصغيرة وموافقتها، ويبدو أن وجود الولي في عقد زواج الصغيرة حسب قانون الاسرة هو تطبيق لقواعد النيابة الشرعية التي يملكها الولي في تمثيل الصغيرة ونقل رضاها بالزواج إلى مجلس العقد...)[43].

المطلب الثاني: أثر اتفاقية سيداو على النصوص المنظمة لحرية المرأة في إبرام زواجها:

تنص المادة 15 [44]:" 2- تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل..وتكفل للمرأة، بوجه خاص حقوق مساوية لحقوق الرجل في ابرام العقود...3- توافق الدول الأطراف على إعتبار جميع العقود وسائر انواع الصكوك الخاصة التي لها أثر قانوني يستهدف تقييد الأهلية القانونية للمرأة باطلة لاغية"، يستفاد من خلال هذا النص أن الأهلية القانونية التي تنادي بها هذه الاتفاقية، لا تتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية التي منحت بدورها للمرأة أهلية قانونية تامة، تؤهلها لإبرام مختلف التصرفات القانونية بما فيها عقد زواجها، وهي بهذا لا تتعارض من حيث المبدأ مع التشريع الجزائري بعد توحيد سن الزواج بين الرجل والمرأة في كل منهما [45].

غير أن نص المادة 16 [46] من نفس الاتفاقية، وهي تدعوا إلى المساواة بين الذكر والانثى في الزواج (عند العقد واثناء الزواج)، وحق اختيار الزوج، إنما هي دعوة تخالف الفقه الاسلامي في البند (أ) والبند (ب) منها، وهما بندان يتجاهلان مسألة الولاية في الزواج الموجبة من وجهة نظر فقهاء الجمهور المالكية والشافعية والحنابلة القائلة بعدم صحة الزواج بدون ولي، بمعنى أن هذا البند يطلق حرية المرأة في اختيار من ترضاه من الأزواج من غير إشراك وليها في تلك المسئولية، وعلى ما يبدو فإن الاتفاقية ومن وضعها لم يفهم دور الولي في زواج المرأة من أنه يقوم على مبدأ حمايتها والدفاع عنها في حال حصول جور أو ظلم عليها من زوجها، إن هذه المادة توكل المرأة إلى نفسها، وتقطعها من سند وليها لها، وتحرمها من وقوفه إلى جانبها عندما تحتاجه، فالزواج في ديننا محصلة توافق رأي المرأة مع وليها، كما إن الرؤية الإسلامية تفرق بين البكر والثيب في مسئولية اختيار الزوج وعقد الزواج، فالثيب التي سبق أن تزوجت، ثم أرادت أن تتزوج من جديد منحها الشرع حق تزويج نفسها مرة أخرى من غير موافقة وليها لما تحصل عندها من خبرة ودراية في شئونها، وأما البكر فإنها ما زالت بحاجة إلى من يرعى شأنها ويدبر أمرها

ويعينها عليه خصوصًا وأنها تخوض تجربة الزواج للمرة الأولى، ولذلك اشترط الإسلام موافقة وليها على زواجها عونًا ومشاركة لها في تحمل نتائج هذا الزواج، على أن تزويجها لا يصح إلا بموافقتها أيضا [47] ، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح البكر حتى تستأذن."[48].

ومع أن الجزائر قد تحفظت على هذه البنود من الإتفاقية، فالجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، قد اعتبرت بأن الحكم الوارد في المادتين(11/9) من ق أ، لا يسمح للمرأة أن تبرم عقد زواجها من دون ولي، مما يديم–من وجهة نظرها– الأحكام التمييزية في مسائل متصلة بالزواج والحياة الأسرية، وانتهت إلى مطالبة الجزائر في أن تعطي أولوية عالية لمراجعة هذه الأحكام الواردة في قانون الأسرة على حسب تعبيرها بما يتفق وأحكام المادتين (16/9) من الاتفاقية، وهي دعوة تتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي بشأن عدم صحة الزواج بدون ولي.[49]

خاتمة:

في الأخير نقول أن الأحكام المنظمة للزواج في قانون الأسرة الجزائري قبل إدخال التعديل عليها، إنما هي أحكام لم تكرس للمرأة أي مركز منقوص، وهي لم تخرج عن إجتهادات الفقه الاسلامي التي لم تكن تجيز للمرأة:" أن تنفرد بتزويج نفسها دون أهلها، وليس لوليها أن يتولى إتمام العقد بتزويجها دون استشارتها، حيث الإسلام يتوسط ذلك، فيحرص على المشاركة بين المرأة ووليها، فللمرأة أن تعرب عن رغبتها بالزواج، والولي هو الناطق الرسمي للمرأة يوصل إرادتها كما هي للشخص الذي يريد الزواج بها، بل هو أحرص الناس على أن تكون موليته في أيدي أمينة في المستقبل، وبهذا فإنه لم يخرج عن مبادئ الشريعة الاسلامية القائمة على المساواة بين الذكر والانثى في الحقوق والواجبات داخل الاسرة وخارجها، وهذه حقيقة تم وصفها في قوله تعالى :" ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم".البقرة 228.

لذلك فالتعديلات المدخلة على قانون الأسرة بهذا الخصوص، لم تكن تستهدف تكريس أي مركز قانوني للمرأة مساويا مع المركز القانوني للرجل، بقدر ما كانت تستهدف مواءمة أحكام قانون الأسرة مع إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة.

أخلص إلى جملة من النتائج و الخلاصات التي يمكن إجمالها في ما يلي:

– أن الخلاف حول قضية المرأة والأسرة بصفة عامة، خلاف مرجعي بالأساس، وهو خلاف قائم بين من ينطلق من مرجعية إسلامية ذات نظرة تكاملية شمولية للأسرة، قائمة على مبادئ العدل والإنصاف المساواة والمعاشرة بالمعروف من جهة، ومن ينطلق من مرجعية أممية أساسها المساواة المطلقة.

– أن المشرع استطاع، إلى حد بعيد، التوفيق بين مرجعيتين أساسيتين، المرجعية الفقهية الإسلامية والمرجعية الأممية الدولية، وهو ما يكرس ثنائية المرجعية المؤطرة لقانون الأسرة.

– تأكيدا لمبدأ الحرية والرضى، جعل المشرع الجزائري الولاية حقا للمرأة الرشيدة، تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها، واستثناء من ذلك مكنها من أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها.

-إن إلغاء الولي وتهميشه في عقد الزواج يعتبر تكريس لمذهب الفردية،ومن البديهي أن الزواج ليس عقد بين فردين وإنما بين أسرتين تُبنى علاقتهم على أساس المودة والاحترام والتعارف نظرا لما يمتاز به هذا الميثاق الغليظ الذي باركه الله عز وجل، فينتقل من مدلوله الصحيح إلى مفهومه الضيق،وما قد ينجر على هذه القاعدة من آفات اجتماعية تفتك بالفرد والمجتمع.

ومما سبق ذكره ومن خلال هذه الد راسة والنتائج المتوصل إليها، يمكن إدراج بعض التوصيات التي وجب على المشرع أخذها بعين الاعتبار والتي نوجزها فيما يلي:

1- على المشرع الجزائري أن يحاول إعادة إدراج الولي بصفته ركنا وليس شرطا في عقد الزواج في التعديلات القانونية اللاحقة.

2- ضرورة تحديد منهج المشرع الجزائري و أي من المذاهب الأربعة يؤخذ به في المسائل المتعلقة بالولي.

3- على المشرع عدم ربط مسألة الولي بالسن فيما يخص القاصرة البكر والقاصرة الثيب من جهة و البالغة البكر والثيب من جهة أخرى، مع تحديد المذهب الذي اعتمده.

4- ضرو رة تدارك المشرع ووضع شروط معينة يجب أن تتوفر في الولي على غ ا رر باقي التشريعات العربية الأخرى، إذ ليس لأي شخص أن يكون وليا.

وفي الأخير نجدد القول أن الولاية ليست انقاص من قيمة كرامة المرأة كما يصور البعض، بل على العكس من ذلك؛ فالولاية ولاية مشاركة، حيث كأصل عام لا يجوز أن تنفرد المرأة بإبرام عقد الزواج بمفردها، بل يشارك وليها في ذلك. فبعد رضاها الحر والكامل من غير إكراه تفوض وليها ليقوم بإبرام العقد نيابة عنها.

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم.

أولا:

أ– الكتب الفقهية

1– أبو عبد الله الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج1، وزارة الأوقاف المغربية، 1992.

2– ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج1، كتاب النكاح، دار السلام للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1995.

3– سنن أبي داوود: أخرجه الامام ابي داود سليمان ابن الاشعب السجستاني الازدي، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، ج2، كتاب النكاح، باب الولي، حديث رقم: 2085.

4– الجامع الكبير: أخرجه الإمام أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: الدكتور بشار معروف، دار الغرب الاسلامي، بيروت، 1996، ط1، المجلد2، كتاب النكاح، حديث رقم: 1102.

5– سنن دار القطني: الحافظ الكبير علي بن عمر الدار القطني، حققه وعلق عليه: شعيب الارنؤط، حسن عبد المنعم شبلي، هيثم عبد الغفور، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، ج4، 2004، كتاب النكاح، حديث رقم 3535.

6– ابن قدامة: المغني، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983.

7– أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم: دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 2006، مجلد1، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت حديث رقم 66– 1421.

8– السرخسي: المبسوط ، دار المعرفة، بيروت، ج4، بدون طبعة، 1993.–

ب– الكتب القانونية

9– أحمد آباش: الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2011،

10– العربي بلحاج: شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا)،أحكام الزواج، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010.

11– محمد سلام مدكور: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهظة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1967

12– عبد القادر بن عزوز: أحكام فقه الأسرة –دراسة مقارنة–، منشورات قرطبة، الجزائر، ط1، 2007.

ثانيا: أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير:

13– بن عومر محمد الصالح: المساواة بين الجنسين في ابرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة الدكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان،2016/2015، ص 153.

ثالثا: دراسات وأبحاث ومقالات:

14- أحمد عبدو: رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسات قانونية، مركز بصيرة، القبة، الجزائر، العدد10.

15- نهى القاطرجي: قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، د را سة حالة لبنان، بحث مقدم لمؤتمر" أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقات والإعلانات CEDA1224(-

16- نهى القاطرجي: قراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو)، المؤتمرات الدولية حول المرأة، 3saaid.net

17- حسين بلحيرش، مقال بعنوان:" المركز القانوني للمرأة في ابرام الزواج في القانونين الجزائري والتونسي"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، عدد خاص.

18-نجاة بوعريب: بمقال بعنوان:" بعض مظاهر حقوق الانسان في مدونة الأسرة، المملكة المغربية، الرابطة المحمدية للعلماء، منشور في مركز الدراسات والبحوث في القضايا النسائية في الاسلام ،www.annisae.ma.

رابعا: المواثيق والإعلانات:

18- إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، أعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة، وعرضتها للتوقيع والتصديق والإنضمام لقرارها رقم 180/34، المؤرخ في: 18 سبتمبر 1979، منشورة بمؤلف: الدكتور محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، مجلد1، الوثائق العالمية، دار الشروق، القاهرة، ط3، 2006.

خامسا: النصوص القانونية

19 -القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم للأمر رقم 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، جريدة رسمية العدد 15 ، لسنة 2015.

20- الأمر رقم: 85/75 المؤرخ في: 20 رمضان 1395، الموافق لـ: 1975/9/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 07-05، مؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ: 2007/5/13، صادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/العدد 31، لسنة 2007.

الهوامش:

1- المادة (7) من القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة .

2- تنص المادة 9 من القانون 11/84 على أنه:" يتم الزواج برضا الزوجين ، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق".

3- تنص المادة 11 من نفس القانون على:" يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

4- العربي بلحاج: شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا)،أحكام الزواج، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010، ص 124.

5- المحكمة العليا: غ ق خ ، 1966/12/07، م.ج.ج1، 1986، ص 139.

6- المحكمة العليا: غ أش 24 /1984/09 ، ملف رقم 34438 ، م.ق ، 1999 ، العدد 01 ، ص – 1 /09/ 64 .

7- المادة 7 من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، جريدة رسمية العدد 15 ص 19.

8- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 117.

9- الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم 2005/146.

10- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 119-120.

11- عبد القادر حرز الله: ، ص 68.

12- فاسي عبد الله: المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص 55.

13- المرجع نفسه، ص 56.

14- المرجع نفسه، ص 49-50.

15- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 250.

16-حسين بلحيرش، مقال بعنوان:" المركز القانوني للمرأة في ابرام الزواج في القانونين الجزائري والتونسي"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، عدد خاص، ص182.

17- محمد سلام مدكور: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهظة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1967، ص170.

18- أبو عبد الله الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج1، وزارة الأوقاف المغربية، 1992، ص 241-242.

19- عبد القادر بن عزوز: أحكام فقه الأسرة –دراسة مقارنة–، منشورات قرطبة، الجزائر، ط1، 2007،ص 66.

20- ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج1، كتاب النكاح، دار السلام للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1995، ص8.

21- سورة النور، الآية: 32.

22-سورة البقرة، الآية: 232

23-سورة البقرة، الآية: 221.

24- سنن أبي داوود: أخرجه الامام ابي داود سليمان ابن الاشعب السجستاني الازدي، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت،ج2، كتاب النكاح، باب الولي، حديث رقم: 2085، ص 229.

25- الجامع الكبير: أخرجه الإمام أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: الدكتور بشار معروف، دار الغرب الاسلامي، بيروت، 1996،ط1، المجلد2، كتاب النكاح، حديث رقم: 1102،ص 392.

26- عبد القادر بن عزوز: أحكام فقه الأسرة –دراسة مقارنة–، منشورات قرطبة، الجزائر، ط1، 2007، ص64.

27- سنن دار القطني: الحافظ الكبير علي بن عمر الدار القطني، حققه وعلق عليه: شعيب الارنؤط، حسن عبد المنعم شبلي، هيثم عبد الغفور، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، ج4، 2004، كتاب النكاح، حديث رقم 3535،ص 325.

28- عبد القادر بن عزوز: أحكام فقه الأسرة –دراسة مقارنة–، منشورات قرطبة، الجزائر، ط1، 2007، ص66.

29- ابن قدامة: المغني، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983، ص 346.

30- بن عومر محمد الصالح: المساواة بين الجنسين في ابرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة الدكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان،2016/2015، ص 153.

31- المادة 9 من قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

32- حسين بلحيرش، مقال بعنوان:" المركز القانوني للمرأة في ابرام الزواج في القانونين الجزائري والتونسي"، المرجع السابق، ص185.

33- نجاة بوعريب: بمقال بعنوان:" بعض مظاهر حقوق الانسان في مدونة الأسرة، المملكة المغربية، الرابطة المحمدية للعلماء، منشور في مركز الدراسات والبحوث في القضايا النسائية في الاسلام www.annisae.ma، ص6.

34- سورة الأحزاب، الآية: 50.

35- سورة البقرة، الآية: 230.

36- سورة البقرة، الآية: 232.

37- أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم: دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 2006، مجلد1، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت حديث رقم 66-1421، ص 641.

38- المصدر نفسه، حديث رقم 1419، ص 641.

39- ثوامرية نعيمة: المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري- الزواج أنموذجا مذكرة الماستر، تخصص أحوال شخصية، 2015/2014، ص 20.

40- المادة 13 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في : 9يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005.

41- السرخسي: المبسوط ، دار المعرفة، بيروت، ج4، بدون طبعة، 1993،ص 212.

42- سورة النساء، الآية 6.

43- أحمد عبدو: رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسات قانونية، مركز بصيرة، القبة، الجزائر، العدد10، ص65.

44- إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، أعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة، وعرضتها للتوقيع والتصديق والإنضمام لقرارها رقم 180/34، المؤرخ في: 18 سبتمبر 1979، منشورة بمؤلف: الدكتور محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، مجلد1، الوثائق العالمية، دار الشروق، القاهرة، 2006، ط3، ص 440.

45- حسين بلحيرش: المركز القانوني للمرأة في ابرام الزواج في القانونين الجزائري والتونسي، المرجع السابق، ص 187.

46- تنص المادة 1/16 من اتفاقية سيداو:" ب- نفس الحق في اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل"

47- جمعية العفاف الخيرية: الآثار المترتبة على إلغاء التحفظات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة(سيداو)، بحث مقدم لدراسات اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، منشور على موقع مقالات ودراسات وابحاث اجتماعية المجتمعات الجزائرية والعربية، ص 8.نهى قاطرجي: قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، د را سة حالة لبنان، بحث مقدم لمؤتمر" أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقات والإعلانات، CEDA1224 ، جامعة طنطا، مصر 9/7 اكتوبر2008 ، ص6 ، منشور في نفس الموقع، نهى القاطرجي: قراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو)، المؤتمرات الدولية حول المرأة، saaid.netص3.

48- البخاري: صحيح البخاري،(17/7)، باب لاينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها.

49- حسين بلحيرش، المرجع السابق، ص 187.