رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة 05/02 على ضوء الاتـفاقـيات الدولـية

الأستاذ/وحياني جيلالي،جامعة تلمسان

مـقدمـة:

الزواج من أهم التصرفات التي يقوم بها الإنسان في حياته, و لهذا كانت حاجة العلاقة الزوجية للعقد ملحة و ضرورية من أجل ضمان سلامة الأسرة و بناءها عن طريق الإرادة الحرة, فلا يعقد الزواج إلا بوجود طرفين و هما الزوج و الزوجة على أن تنطبق إرادة كل منهما مع الآخر، و نظرا للأهمية التي يكتسيها الرضا في عقد الزواج, أولته الاتفاقيات الدولية اهتماما بالغا بتأكيدها على حق الزواج بالنسبة للجنسين, و نصت هذه الاتفاقيات بصفة خاصة على حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل.

كما نص قانون الأسرة الجزائري على التراضي في عقد الزواج إلا أن رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة, تحكمه ضوابط تجعل رضا المرأة غير حر و غير كامل من منظور الاتفاقيات الدولية.

فما هو مضمون الاتفاقيات الدولية فيما يخص رضا المرأة في الزواج؟ و ما هو موقف المشرع الجزائري من مسألة رضا المرأة في الزواج؟ و ما هي القيود الواردة عليه من منظور الاتفاقيات الدولية؟

المبحث الأول: رضا المرأة في الزواج في المواثيق الدولية و قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: رضا المرأة في الزواج في المواثيق الدولية

لقد توالت المواثيق و الاتفاقيات الدولية التي تضمنت حق المرأة بالمساواة مع الرجل في الزواج وفي اختيار الزوج برضاها الحر و الكامل, ابتداء من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948[1], والذي تضمن كافة حقوق الإنسان المدنية و السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية, التي يتمتع بها كل فرد سواء كان رجلا أو امرأة.

[1] انضمت إليه الجزائر و صادقت عليه بموجب المادة 11 من دستور 1963 ج.ر 64 المؤرخة في 10-09-1963

حيث نص في مادته الثانية[1] أن الجنس من أسس التميز المحضورة, و أكد في مادته السابعة[2] على جملة من الحقوق المساوية للمرأة و الرجل, و نص في المادة 16 على تساوي الجنسين في حق الزواج وفي وجوب قيامه على الرضا الخالي من الإكراه في اختيار الزوج[3].

و في السابع من نوفمبر 1962 أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة وجوب الرضا بالزواج و بينت الحد الأدنى لسن الزواج و ضرورة التسجيل الرسمي لعقوده, و ذلك بالقرار رقم 1763 المتضمن الاتفاقية الخاصة بالرضا في الزواج, و هذا ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة الأولى لهذه الاتفاقية و القاضية بان الزواج لا ينعقد قانونا إلا برضا الطرفين التام و الحر, و بتعبيرهما عنه بصفة شخصية و علانية وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج و بحضور الشهود.

و في السابع من نوفمبر 1965 أقرت الجمعية العامة توصية الرضا في الزواج و الحد الأدنى للسن الواجب لإبرام العقد الخاص به, كما أوصت الدول الأعضاء التي لم تلتزم بعد ببنود الاتفاقية بضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتطبيقها, و ذلك بما يتوافق و نظامها الدستوري و عاداتها التقليدية و الدينية من خلال اعتماد التدابير التالية:

- لا ينعقد الزواج قانونا إلا بتوافر رضا الطرفين التام و الحر و تعبيرهما عنه بصفة شخصية وعلانية و بحضور السلطة المختصة بالزواج و الشهود.
- لا يجوز الزواج بالوكالة إلا عند اقتناع السلطة المختصة بأن كل طرف قد أعرب عن رضاه التام والحر أمام السلطة المختصة و بحضور الشهود.

نفس التوصيات أعلن عنها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية[1] لسنة 1966 وكذا العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية[2], و البروتوكول الاختياري الملحق بها لنفس السنة.

---

[1] تنص المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق و الحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز, كالتمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس, دون أي تفرقة بين الرجال و النساء."

[2] تنص المادة السابعة: "كل الناس سواسية أمام القانون و لهم الحق جميعا في حماية متساوية من أي تمييز يخل بهذا الإعلان."

[3] تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: "للرجل و المرأة متى بلغا سن الزواج الحق في تأسيس أسرة بدون أي تمييز بسبب الجنس أو الدين و لهما حقوق متساوية عند الزواج و لا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في الزواج رضا كاملا لا إكراه فيه."

بحيث تقرر في المادة الثالثة من الاتفاقية الأولى على حضر كل تمييز يكون أساسه الجنس, وفي المادة العاشرة أوجبت أن يتم الزواج بالرضا الحر للطرفين المقبلين على إبرامه مع إعطاء الأسرة أوسع حماية و مساعدة ممكنة[3].

كما نص العهد الخاص بالحقوق المدنية و السياسية لعام 1966 على تمتع الأسرة بحماية المجتمع والدولة, و الاعتراف بحق الرجال و النساء الذين هم في سن الزواج في تكوين أسرة مع ضرورة أن يتم الزواج بالرضا الكامل و الحر للطرفين.

من بين الجهود الدولية لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين نجد إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1967.

أقرت الجمعية العامة بالإجماع هذا الإعلان و الذي نص في مادته الأولى على القاعدة الأساسية لعدم التمييز, كما نص هذا الإعلان في الفقرة الثانية من المادة السادسة على انه: "يراعى وجوب اتخاذ التدابير المناسبة لتامين مبدأ تساوي مركز الزوجين, و بصفة خاصة يجب أن تعطى للمرأة مثل الرجل حق اختيار الزوج بكامل حريتها و التزوج بمحض رضاها الحر و التام."

ثم جاءت اتفاقية سيداو CEDAW سنة 1979 و هي الاتفاقية الخاصة للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة, و التي تعد ذروة الجهود التي قامت بها الأمم المتحدة و الأجهزة التابعة لها بما فيها المنظمات غير الحكومية لصياغة الحقوق المتساوية للمرأة, و التي صادقت عليها الجزائر[4] في 1996 بإدراج مجموعة من التحفظات, و تعتبر هذه الاتفاقية أهم ما توصل إليه المجتمع الدولي في حماية المرأة و ضمان مساواتها مع الرجل, و من بين ما تناولته هذه الاتفاقية هو النص على حرية المرأة في اختيار الزوج و عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر و الكامل, و هذا تطبيقا للمادة 16 الفقرة الأولى التي

---

[1] ابرم العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية في 1966 و دخل حيز النفاذ في 03-02-1976,و صادقت عليه الجزائر في 16-05-1989, ج.ر رقم 20 المؤرخة في 17-05-1989 بالتحفظ على المواد 1-8-13و 23.

[2] ابرم في 1966 دخل حيز النفاذ في 23-03-1976, صادقت عليه الجزائر في 16-05-1989, ج.ر رقم 20 المؤرخة في 17-05-1989, مع التحفظ على المواد 1-22 و 23.

[3] تنص المادة الثالثة من الاتفاقية الخاصة بالحقوق الاجتماعية و الاقتصادية على أن: "تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية تامين الحقوق المساوية للرجال و النساء في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية المدونة في الاتفاقية الحالية."

[4] انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 51/963 المؤرخ في 2 رمضان عام 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996, المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية سنة 1979، و مصادقتها على اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة مع التحفظ على المواد ف2 من المادة9 و ف 2 من م 15 و م 16 و المواد 92 ف 1

تنص على أن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة, للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية, و تضمن بوجه خاص على أساس تساوي الرجل والمرأة الحق في حرية اختيار الزوج و في عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر و الكامل.

و بهذا يتضح أن حق المرأة في اختيار الزوج و عدم إبرام عقد الزواج إلا برضاها الحر و الكامل مسألة أساسية طبقا لما هو منصوص عليه في هذه الاتفاقية الدولية, بحيث يكون للمرأة مثل الرجل وبالتساوي اختيار الزوج أو توكيل أو تفويض غيرها لهذا الغرض.

و تكون الدول الأطراف في الاتفاقية منتهكة و مخالفة لبنودها في الحالات الآتية:

- إذا قيدت حرية المرأة في اختيار الزوج أو أجازت زواجها بغير رضاها الحر و الكامل.
- إذا لم تتخذ التدابير المناسبة للقضاء على التمييز القائم ضد المرأة, أو اتخذت تدابير تنطوي على التفريق أو التقييد من حريتها في اختيار الزوج, و عقد زواجها بالنظر إلى أنوثتها و كان من شأن ذلك المساس بمبدأ تساويها مع الرجل[1], و هذه الاتفاقية تركز على الرضا الحر و الكامل للمرأة في عقد الزواج.

و يكون الرضا كاملا بان تكون المرأة راضية بكل تفاصيل هذا العقد, بدءا من اختيار الزوج إلى غاية يوم الزواج.

أما الرضا الحر في الزواج هو أن لا تخضع المرأة لأية ضغوط أو تأثيرات مهما كان نوعها أو مصدرها وذلك عند إفصاحها نية قبول الزواج أو رفضه[2].

من خلال هذه الاتفاقيات نجد أن القانون الدولي صريح في المساواة المطلقة و صريح في رفع كل القيود عن المرأة في الزواج, فلها كامل الحرية في اختيار شريك حياتها بدون أية قيود, وبعد انضمام الجزائر إلى جميع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان منذ سنة 1989, تزايد الضغط عليها من اجل تعديل قانون الأسرة و تعزيز حقوق المرأة, ومن بينها حقها في الزواج برضاها الحر و الكامل.

[1] خالد مصطفى فهمي, حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية و الشريعة الإسلامية, دراسة مقارنة, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, ص70

[2] طالبي سرور, حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الانسان, مذكرة ماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية, جامعة بن عكنون, الجزائر, 2000, ص 59

المطلب الثاني :رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إن ما يلفت الانتباه في تعديل قانون الأسرة 11/84 بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 هو تركيز المشرع الجزائري على عنصر الرضا حيث ذكره في المواد 4 , 6 , 9 , 10و 33 من هذا القانون, فمسألة حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل كانت من جملة الانتقادات التي وجهت للقانون 11/84 منذ صدوره سنة 1984, حيث هناك من اعتبر أن عنصر الرضا في هذا القانون هو مجرد إجراء شكلي في إبرام عقد الزواج, و هذا ما يتنافى مع أحكام المادة 40 من القانون المدني الذي لا يميز بين الرجل و المرأة في مجال إبرام التصرفات القانونية[1], وانه قانون تمييزي يمس بمركز المرأة إذ انه لا يعترف بالأهلية الكاملة لها[2], و بهذا تعرضت المواد رقم 9 و11 من القانون رقم 11/84 لانتقادات شديدة من طرف الكثير من الحقوقيين و الجمعيات النسوية بالإضافة إلى التقارير الدورية التي تصدرها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة, حيث كانت المادة 9 في ظل هذا القانون تنص على: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق."

كما أن المادة 11 من نفس القانون كانت بدورها تنص على انه: "يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فاحد أقاربها الأولين و أن القاضي ولي من لا ولي له."

فالواضح من خلال قراءة هاتين المادتين أن المشرع في ظل القانون 11/84 لم يسمح للمرأة أن تنفرد بإبرام العقد, وهذا ما اعتبره الكثير مساسا صارخا بحق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل.

و عليه استجاب المشرع الجزائري للأصوات المطالبة بتعديل هاته المواد التمييزية الماسة بحقوق المرأة و بمركزها في الأسرة, بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

و الملاحظ في هذا التعديل هو مبالغة المشرع الجزائري في التأكيد على مبدأ الرضائية في عقد الزواج ويبدو هذا واضحا في المادة 04 من قانون الأسرة, التي عرفت عقد الزواج على انه "عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي...".

---

[1] Nadia Ait Zai les amendements du code de la famile, l'égalité un principe mal compris, 24-25 juin 2000.

[2] لوعيل محمد الامين المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ط2 سنة 2006 ص

أما في المادة 6 فقد ذكره كشرط ضروري في مجلس العقد لانعقاد الزواج بالفاتحة حيث تنص هذه المادة على: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا, غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

في حين أن المادة 9 المعدلة اختزلت أركان عقد الزواج في ركن واحد و هو ركن الرضا حيث نصت هذه المادة على: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين."

فمن خلال تحليل هذه المادة نجد أن عقد الزواج يتميز عن باقي العقود الأخرى بكثير من الخصائص لا سيما كونه عقد رضائي, يتم بمجرد تبادل الرضا بين رجل و امرأة من اجل تكوين أسرة على وجه الدوام, فليست المصالح المادية و المنافع هي التي تجمع بينهما[1].

الجديد في هذه المادة أنها جعلت للزواج ثلاثة أركان و هي الزوج و الزوجة و التراضي, عند من يرى التقسيم الشرعي للأركان و عند من يرى الوقوف عند القراءة القانونية للنص دون المنظور الشرعي, فان المادة 9 المعدلة حصرت ركن الزواج في ركن وحيد و هو التراضي[2], فأغلب الفقهاء ذهبوا إلى القول بان أركان الزواج منحصرة في الإيجاب و القبول, و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في التعديل الجديد, حيث غير الوضع تماما على ما كان عليه في ظل القانون 11/84 ,فلم يبق من الأركان الأربعة التي نصت عليها المادة 9 قبل التعديل إلا ركنا واحدا, و هو الرضا أما بقية الأركان الأخرى فقد أدرجت ضمن شروط صحة الزواج, و من هنا نستنتج أن عقد الزواج أصبح يقوم على ركن واحد وهو الرضا فإذا اختل هذا الركن لم ينعقد العقد أصلا و يكون باطلا بطلانا مطلقا من الناحية القانونية, وهذا ما نصت عليه المادة 33 فقرة 1 المعدلة حيث جاء فيها ما يلي: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

و هذا ما لا يخالف الناحية الشرعية حيث أن الرضا هو الركن الوحيد المتفق عليه بين الفقهاء فإذا انعدم الرضا لا ينعقد العقد, أما الأركان الأخرى فهي من المسائل الخلافية بين الفقهاء[3]

---

[1] عرض الاسباب المرفقة بالامر الرئاسي, الذي عرض على مجل الحكومة

[2] بن داود عبد القادر, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد,موسوعة الفكر القانوني, دار الهلال للخدمات الاعلامية, ص83.

[3] رشيد بن شويخ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ط1 سنة 2008

و يكون التراضي بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح وهذا ما جاءت به المادة 10 من قانون الأسرة.

و قد كرس المشرع حماية حق المرأة في الزواج برضاها الحر, من خلال تعديله للمادة 11 من قانون الأسرة التي كانت تنص قبل التعديل على أن "يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها, فاحد أقاربها الأولين, و القاضي ولي من لا ولي له".

علما أن الولي كان يعد ركنا في عقد الزواج في ظل القانون 11/84, في حين أسندت المادة 11 المعدلة عقد الزواج إلى المرأة الراشدة نفسها لا إلى وليها, و اكتفت باشتراط حضور الولي الذي قد يكون شخصا أجنبيا عن الأسرة تختاره المرأة الراشدة بنفسها, و هذا بنصها على انه "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها او احد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

و هنا نسجل انه مادامت المرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد فقد جعل المشرع العقد للمرأة وهي التي تتولاه و تباشره إذا كانت راشدة بلغت سن 19 سنة و ليس للولي منه إلا الحضور, ثم جاء ما يلغي هذا الحضور الرمزي للولي حينما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة مهما بعدوا عنها, فلا قيمة لمعيار القرابة أو النسب, مادام الولي في نظر المشرع هو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص تختاره[1] وبهذا انتقلت الفتاة الراشدة من صفة طرف في العقد إلى صفة عاقدة, بحيث ينبغي أن تدلي بموافقتها على الزواج شخصيا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق[2].

و بهذا جرد المشرع الولي من كافة السلطات الفعلية و في مقدمتها سلطة الإجبار و سلطة الاعتراض على الزوج, و هذا ما يبرر إلغاء المادة 12 من القانون رقم 11/84, و التي كانت تنص على انه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها, فإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون, غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت."

فلم يعد لهذه المادة أي لزوم بعد تجريد الولي من سلطة الإجبار و سلطة المنع من الزواج.

[1] عبد القادر داودي أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي و ق.أ.ج دار البصائر للنشر و التوزيع الجزائر بدون رقم الطبعة سنة 2010 ص112

[2] تشوار حميدو زكية, بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الامر 02/05 , المعدل لقانون الاسرة مجلة العلوم القانونية و الادارية و السياسية كلية الحقوق جامعة تلمسان عدد 12 ص59

و تكريسا لمبدأ الرضائية في عقد الزواج و حماية لحق المرأة في زواجها برضاها الحر فقد ألغى المشرع الوكالة في عقد الزواج, بموجب المادة 18 المعدلة التي تنص صراحة على إلغاء المادة 20 والمادة 12 من القانون رقم 11/84, الذي كان يبيح أن ينوب عن الزوج وكيلا له في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة, و نظرا إلى أن هذا الإجراء يتنافى و الهدف المرجو من إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية, و الذي يتوجب عليه التأكد من توفر شروط هذا العقد و من بينها و أهمها الرضا الذي يكون العقد باطلا دون توفره, و بالغاءه المادة 20 اوجب المشرع أن يصدر الإيجاب من احدهما والقبول من الآخر, و إلا نكون أمام حالة التلاقي بين الإيجاب و القبول فيكون الزواج باطلا[1], وهذا لان الزواج من العقود التي تبنى على الاعتبار الشخصي, و التي تستلزم توفر الرضا التام و الحرية الكاملة فإن مفهوم الوكالة قد لا ينسجم كثيرا مع طبيعة هذا العقد, و إلغاء الوكالة هو توخي للحيطة من طرف المشرع ضمانا لرضا المرأة التام, و هناك من انتقد عدم السماح للمرأة بالزواج بالوكالة في حالة لو لم تسعفها الظروف لمباشرة العقد بنفسها, أمام الموثق آو ضابط الحالة المدنية, كونها مسافرة مثلا في بلد أجنبي[2].

انطلاقا مما سبق فإن إلغاء الوكالة هو تكريسا لمبدأ الرضائية في عقد الزواج دون تدخل أي وسيط مما يعني أن حضور الزوجين يكون إجباريا أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية, هذا و يجب أن يعرب كلاهما عن موافقتهما بحرية, أي أن تكون الإرادة خالية من العيوب سواء غلط أو تدليس أو إكراه[3].

بناء على ما سبق, نستنتج أن المشرع في تعديله لقانون الأسرة أكد على حق المرأة في الزواج برضاها الحر و التام, وفقا لما نصت عليه الاتفاقيات المذكورة سالفا و هذا تحقيقا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة, حيث يعتبر الرضا مظهرا من مظاهر المساواة في قانون الأسرة.

و هذا ما جاء في التقرير الدوري المقدم من طرف الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة و الذي جاء فيه " أصبح الزواج في قانون الأسرة عقدا توافقيا يتطلب موافقة زوجي المستقبل و قد ترتب على ذلك الإلغاء التام لممارسة

---

[1] تشوار جيلالي, محاضرات في قانون الأسرة

[2] رشيد بن شويخ المرجع السابق ص 71

[3] Djilali Tchouar , Droit de la famille (quels principes d'égalité) Etudes de droit , mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, Konouz éditions, Tlemcen 2013 p 20

الزواج بالإنابة, و بالفعل فان المادة 09 تنص على أن عقد الزواج يبرم بموافقة الزوجين معا و تعتبر الموافقة بحكم القانون عنصرا مؤسسا للزواج, و في حالة عدم الحصول على موافقة احد الطرفين أو الطرفين معا يكون الزواج عرضة للإلغاء, وبإمكان أي شخص معني بمن في ذلك الطرفين أن يطلبا إبطاله عن طريق العدالة[1].

في ظل هذه الترسانة من المواد القانونية التي تكرس حق المرأة في الزواج برضاها الحر, كان بإمكان الجزائر أن تسحب التحفظات التي أبدتها على الفقرتين أ و ب من اتفاقية سيداوه, لولا الضوابط الشرعية المنصوص عليها في أحكام الشريعة الإسلامية, و التي اعتبرتها الاتفاقيات الدولية قيودا على حرية المرأة وحقها في الزواج برضاها الحر و الكامل.

ثالثا: القيود الواردة على حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل في قانون الأسرة من منظور الاتفاقيات الدولية

المطلب الأول :ضوابط حق المرأة في الزواج برضاها و الحر الكامل

من خلال استعراضنا لمضمون الاتفاقيات الدولية فيما يخص حق المرأة في الزواج برضاها الحر والكامل نجد أنها تقوم على مبدأين أساسيين و هما: الحرية و المساواة بين الجنسين, في حين أن رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة الجزائري باعتبار أن اغلب مواده مستمدة من الشريعة الإسلامية مقيد بضوابط شرعية, والمتمثلة في حضور الولي عقد الزواج وفقا للمادة 11 و منع زواج المسلمة بغير المسلم طبقا للمادة 30 من قانون الأسرة, مما جعل الاتفاقيات الدولية تعتبر هاتين المادتين قيودا واعتداءا على حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل, و هذا ما يظهر من خلال تقارير اللجان الدولية لا سيما لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المستحدثة بموجب المادة 18 من اتفاقية سيداو والتي تعتبر الإطار الشامل الذي احتوى على جميع حقوق المرأة بصفة خاصة, و قد أكدت المادة 18 منها على التزام الدول بتقديم التقارير إلى لجنة سيداو, وفي هذا السياق قدمت الجزائر تقاريرها إلى اللجنة ابتداءا من التقرير الاولي في 1998/09/01 الذي أكدت فيه الجزائر بان المبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الجنسين محترم بدقة, على صعيد الحقوق السياسية و المدنية و أن الأحوال الشخصية المنظمة لقانون الأسرة الذي تستلهم الشريعة الإسلامية جزئيا, و

[1] انظر تقرير الجزائر الثالث و الرابع أمام لجنة السيداو CEDAW/C/DZA/3-4/

لهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز و المساواة بين الجنسين على نحو تدريجي دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية.

و في رد لجنة سيداو على التقرير[1] الأولي للجزائر في دورتها العشرون في نيويورك يوم الخميس 21 يناير[2]1999, أكدت أن قانون الأسرة الجزائري يتسم بالرجعية, فهو اسند للمرأة دورا صغيرا في الشؤون الأسرية, كما أكدت على أن الشريعة و الإسلام لا يجب أن يتخذ كذريعة لحرمان المرأة من حقوقها وان قانون الأسرة لا يتماشى مع الاتفاقية, و لا يمكن للأعراف و التقاليد و الدين, أن تبرر استمرار التمييز الذي تمارسه الجزائر ضد المرأة.

أما في ردها على التقرير الثاني[3] المقدم من الجزائر في جلستها 668/667 المعقودتين في 2005/01/11 أبدت اللجنة قلقها من عدم تحسن بعض المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية, كما لاحظت أن تحفظ الجزائر على المادتين 02 و المادة 16 يتعارض مع هدف الاتفاقية و مقصدها وفي هذا الشأن أعربت عن قلقها من التعديلات المقترح إدخالها على قانون الأسرة لا يشمل تعدد الزوجات وحق المرأة في الوصاية القانونية.

ثم عادت اللجنة في ردها على التقرير الجامع للتقريرين الثالث و الرابع في 2005/05/18 إلى حث الجزائر على تسريع الإصلاحات التشريعية, لا سيما تلك المتعلقة بقانون الأسرة ليتسنى لها سحب تحفظاتها على المواد 02 المادة 4/15 و المادة 16 من الاتفاقية, أكدت على عدم تعدد الزوجات وحظر التعدد ممارسة و قانونا, و إلغاء شرط حضور الولي في عقد الزواج.

إذن كل ردود لجنة سيداو على التقارير التي قدمتها الجزائر تحث على إلغاء كافة أشكال التمييز قانونا و ممارسة خاصة فيما يتعلق بقانون الأسرة, لا سيما إلغاء الولي و حضر التعدد وإلغاء أي تمييز في عقد الزواج يمس بحق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل, و في هذا الشأن أثار المجلس الاقتصادي و الاجتماعي للأمم المتحدة[4] مسالة منع زواج المرأة

[1] انظر تقرير الجزائر الأولي أمام لجنة سيداو CEDAW/C/DZA/11/09/1998

[2] انظر رد لجنة سيداو على التقرير الأولي للجزائر CDAW/C/SR.406/1/Add.1

[3] انظر لجنة سيداو و الرد على التقرير الثاني للجزائر CDAW/C/SR.667.668

[4] تقرير المجلس الاقتصادي و الاجتماعي تجاه الجزائر الدورة 44، جنيف 3-21 ماي 2010 E/C12/DZA/CO/4.

المسلمة بغير المسلم, عند نظره في تقرير الجزائر الثالث و الرابع من قبل اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية, حيث لاحظت اللجنة انه على الرغم من تعديل قانون الأسرة إلا انه لا زال يسمح بتعدد الزوجات, ولم يلغي شرط الولي وان المادة 30 من قانون الأسرة تحظر زواج المرأة المسلمة بالرجل غير المسلم, و عليه أوصت اللجنة الجزائر بإجراء تعديل آخر على قانون الأسرة لتضمن الغاء تعدد الزوجات, و إلغاء شرط الولي وان يعترف بالزواج الذي يقع بين المسلمة و غير المسلم اعترافا قانونيا كاملا و بدون استثناء.

و في هذا الاطار جاء في تقرير المقررة الخاصة المعنية بالعنف ضد المرأة أسبابه و عواقبه المقدم من طرف السيدة يآكين ارثورك, المقدم في الدورة السابعة لمجلس حقوق الإنسان التابع للامم المتحدة فبعدما أشارت بعدد التحسينات التي عرفها قانون الأسرة في تعديل 2005, انتقدت الجزائر على إبقاء الولي و عدم حضر تعدد الزوجات و منع المرأة من الزواج بغير المسلم.

و من بين التوصيات التي قدمتها المقررة الخاصة إصلاح قانون الأسرة لضمان الاحترام التام لمبدأ عدم التميز على أساس نوع الجنس, و كحد ادني ينبغي لهذا الإصلاح أن يتضمن إلغاء جميع الأحكام التي تحرم المرأة من المساواة, مثل تحريم تعدد الزوجات إلغاء الشرط القانوني المتعلق بمنصب ولي الأمر في الزواج, اعتماد ما يلزم من تغييرات قانونية تعترف بزواج المرأة المسلمة من غير المسلم.

نستنتج مما سبق ذكره, أن تقارير اللجان المستحدثة بموجب الاتفاقيات الدولية لا سيما لجنة سيداو أجمعت على أن وجود الولي و منع زواج المسلمة بغير المسلم, تعتبر قيودا على حرية المرأة في الزواج وهي شكل من أشكال التميز الذي يمس بمبدأ المساواة.

و من هنا نناقش هذين العنصرين على ضوء ما جاء في الشريعة الإسلامية لمعرفة هل فعلا تعتبر قيودا على حق المرأة في الزواج برضاها الحر, و هذا من خلال التطرق إلى الولي و منع زواج المسلمة بغير المسلم في قانون الأسرة على ضوء الشريعة الإسلامية.

1- الـولي:

قبل التعرض إلى موقف المشرع الجزائري من الولاية في الزواج لا بد من التطرق إلى آراء المذاهب الفقهية حول حق المرأة مباشرة عقد زواجها بنفسها, و يجب الإشارة هنا إلى أن الولاية في الزواج تعد من المواضيع التي كانت محلا لجدل كبير و نقاش في الفقه الإسلامي, فمباشرة المرأة لعقد الزواج أصالة لا يتعلق بحكم ثابت في الشريعة الإسلامية, بل هي قضية خلافية و هذا ما سوف نتطرق إليه من خلال استعراض مختلف الآراء الفقهية في الشريعة الإسلامية.

- الولاية في الشريعة الإسلامية:

اتفق الفقهاء على أن المرأة إذا بلغت و تحقق فيها صفة الرشد كان من حقها أن تباشر أي عقد من العقود أو تصرف من التصرفات شأنها في ذلك شأن الرجل سواء بسواء , إلا أنهم إستثنوا من هذا الإتفاق مباشرة المرأة لعقد النكاح حيث اختلف الفقهاء في أحقية المرأة لمباشرة هذا العقد[1] إلى اتجاهين:

- الاتجاه الأول:

يمنع هذا الاتجاه المرأة من مباشرة عقد النكاح مطلقا سواء كان بنفسها أو لغيرها, فبالنسبة لأصحاب هذا الاتجاه يعد الولي شرطا من شروط صحة النكاح, حيث أن عقد زواج المرأة لا يصح بدون ولي, فذهب الأئمة الثلاثة مالك و الشافعي و ابن حنبل في المشهور عنه إلى انه يجوز للمرأة أن تباشر عقد الزواج بنفسها و لا لغيرها, بل إذا أوكلت رجلا غير وليها بتزويجها لا يصح هذا الزواج لأنها لا تملك تزويج نفسها إذ لا تستطيع تمليك غيرها ما لا تملكه[2] واستدل أصحاب هذا الاتجاه بالقرآن و السنة و المعقول:

- فمن القرآن قوله تعالى: "و انكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم و إيمائكم".[3]

و قوله عز و جل أيضا:

" و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا."[1]

[1] ناصر احمد ابراهيم النشوي, موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, ص 267

[2] احمد اباش, الاسرة بين الجمود و الحداثة, منشورات الحلبي الحقوقية ط 1 ص44

[3] سورة النور32

- و وجه الاستدلال في هاتين الآيتين أن أمر تزويج النساء لو كان عائدا إليهن لما وجه الأمر بالنكاح أو النهي عنه إلى الأولياء, فدل ذلك على أن الزواج لا إلى النساء[2] كما قال تعالى:

" و إذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضو بالمعروف"[3]

و وجه الاستدلال في هذه الآية هو نهي الأولياء عن منع النساء من نكاح من يخترن من الأزواج, فالخطاب بالنهي عن العضل موجه للأولياء, و لو كان أمر تزويج المرأة عائدا إليها لما كان في نهي الأولياء عن العضل فائدة[4].

- أما أدلتهم من السنة ما روته عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:

" أي ما امرأة نكحت بغير إذن وليها, فنكاحها باطل فنكاحها باطل, فنكاحها باطل, فإذا دخل بها, فلها المهر بما استحل من فرجها, فان استجاروا, فالسلطان ولي من لا ولي له."[5]

و قوله صلى الله عليه و سلم:

" لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرأة نفسها, فإن الزانية هي التي تزوج نفسها."[6]

و هذه الأحاديث هي دليل على بطلان النكاح الذي لا ولي فيه و يستفاد منها ايضا أن ولاية إبرام عقد الزواج قد حصره الشرع في الأولياء دون النساء[7]

أما من المعقول فقد منعت المرأة من مباشرة عقد الزواج لأنه لا يؤمن من انخداعها أو وقوعها منها على وجه المفسدة, لا سيما أنها تخضع لحكم العاطفة, التي قد تغطي عليها جهة المصلحة[1]

---

[1] سورة البقرة آية 221

[2] انظر الجامع لأحكام القران للقرطبي 62/32, المحلي ابن حزم 54/9 ماخوذ عن كتاب عبد الله عبد المنعم العسيلي, الفروق الفقهية ين الرجل و المراة في الاحوال الشخصية, دراسات مقارنة, ص 157

[3] سورة البقرة آية 230

[4] عبد الله عبد المنعم العسيلي, المرجع السابق, ص 138.

[5] رواه البخاري و مسلم عن الزهري, عن عروة عن عائشة رضي الله عنها.

[6] حديث رواه ابن ماجة و أخرجه الدار القطني

[7] مصطفى شلبي, احكام الاسرة في الإسلام, دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري, و القانون, دار النهضة العربية للطباعة والنشر بدون استثناء, ط 2 , سنة الطبع 1977, ص 258.

- **الإتجاه الثاني:**

لم يجعل أصحاب هذا الاتجاه من الولي شرطا لصحة الزواج و هذا لصحته, بعبارة المرأة البالغة العاقلة, فقد أجاز هذا الاتجاه للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها, و هذا ما قال به الإمام ابو حنيفة حيث أجاز للمرأة أن تعقد زواجها و تباشره بنفسها و وجه الجواز عنده, أن المرأة تصرفت من خالص حقها و هي من أهله لكونها عاقلة مميزة و لهذا كان لها التصرف في المال و اختيار الأزواج[2]

و قد استدل الحنفية بأدلة من القرآن و السنة:

فمن القرآن قوله عز و جل:

" فإذا طلقتهم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضو بينهم بالمعروف"[3]

ففي هاتين الآيتين فإن الله تعالى يوجه خطابه مباشرة إلى النساء و ليس إلى الرجال إذ هن المعنيات أساسا بإبرام عقد الزواج[4]

- **أما من السنة فتوجد الكثير من الأحاديث الصحيحة في وجوب استئذان البكر مع مراعاة ما يغلب عليها من حياء, فلم تنص على ضرورة تصريحها بذلك و طلب ذلك بالسنة للثيب أي التي سبق لها الزواج و منها الحديث الذي رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما, أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:**
  " الأيم أحق بنفسها من وليها, و البكر تستأذن في نفسها و إذنها صماتها"[5]
  و هذا الحديث يوضح ان للمرأة الحق في تزويج نفسها كما أنها كونها بالغة عاقلة, يجعل لها الولاية على نفسها بالتصرف بالمال[1], و استئذان البكر في هذا الحديث الشريف هو في نظر الأحناف من باب الاستحباب فقط[2].

---

[1] عبد الله عبد المنعم العسيلي, مرجع سابق.

[2] محمد سمارة, احكام و آثار الزوجية, شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية,ط1 سنة 2008 ص85.

[3] سورة البقرة الاية 232.

[4] محمد الكشبور, الوسيط في شرح مدونة الأسرة,كتاب الاول عقد الزواج و آثاره, ط 2, ص 302.

[5] اخرجه الترميذي ,كتاب النكاح عن رسول الله صلى الله عليه و سلم, باب ماجاء في استامار البكر الثيب, حديث 1108 ,ص 262

أما دليلهم من المعقول فهو أن تزوج المرأة الحرة المكلفة نفسها هو تصرف في خالص حقها و هي من أهليه و لم تلحق الضرر بغيرها, في تصرفها بنفسها كما يصح تصرفها في مالها لأنها بلغت عن عقل و حرية[3].

و في ظل هذا الاختلاف الفقهي حول مسألة مباشرة المرأة لعقد زواجها سوف نتطرق إلى موقف قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل و بعد التعديل من مسالة الولي و مدى تقييده لحريتها وحقها في الزواج.

المطلب الثاني :لموقف قانون الأسرة 02/05 بعد التعديل:

لقد وجهت انتقادات حادة لقانون الأسرة الجزائري 11/84 و هذا لعدم مسايرته للتطور الذي عرفه المجتمع الجزائري, من الجوانب الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية و عدم انسجامه مع الاتفاقيات الدولية, الهادفة إلى تطوير حقوق الإنسان و ترقية المرأة و حمايتها و من بين المسائل التي كانت محل انتقاد, والتي أثارت نقاشا و جدالا حدا طيلة العشرين سنة من تطبيق قانون الأسرة 11/84, مسالة الولي الذي اعتبره هذا القانون ركنا في عقد الزواج فبخصوص هذه المسألة هناك اتجاهين متنافرين, اتجاه يدعو إلى إلغاء الولاية الكلية, فأصحاب هذا الرأي يرون أن الولاية على المرأة تعتبر إنقاصا من أهليتها و انتهاكا لكرامتها فالبنسبة إليهم لا يعقل أن تكون المرأة قاضية, و يعتبر بحكم القانون ولي لمن لا ولي له بموجب المادة 11 من قانون الأسرة 11/84, بينما تحتاج هي من اجل زواجها وليا و هذا ما لا يتقبله العقل أو المنطق, و يعتبر مساسا لمبدأ المساواة بين الجنسين المنصوص عليها في الدستور و في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان بصفة عامة, و إتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة بصفة خاصة.

أما المتمسكين بالشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لقانون الأسرة فيرون بالإبقاء على الولي كركن في عقد الزواج, لأن إسقاطه يتنافى مع الشرع و يتعارض مع طبيعة المجتمع الجزائري و قيمه و تقاليده, أما بالنسبة للمدافعين على مبدأ المساواة بين الجنسين كذريعة لإلغاء الولاية في عقد الزواج, فهو فعلا مبدأ دستوري و لكن ليس على إطلاقه بل هو مقيد بالمادة الثانية من الدستور التي تنص على أن الإسلام دين الدولة.

و عليه حاول المشرع إيجاد حلا وسطا بين هذين التيارين المتنافرين من خلال تعديل المادة 11 بموجب الأمر02/05 التي أعطت للمرأة الحق في أن تعقد زواجها, ولم تلغي الولي و جعلت الولاية حقا للمرأة يجوز لها تفويضه و إختيار من

---

[1] عبد الله عبد المنعم العسيلي, ص161.

[2] محمد الكشبور, المرجع السابق, ص302.

[3] ناصر احمد ابراهيم النشوى, موف الشريعة الاسلامية من تولي المراة لعقد النكاح, دراسة فقهية مقارنة, دار الجامعة الجديدة الاسكندرية,ص 387

تشاء من الناس, حيث نصت هذه المادة على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون".

فالمشرع خرج عن جميع المذاهب حينما جعل الولاية لأي شخص تختاره المرأة حتى وإن كان من غير الأقارب و هو ما أكدته(او) التي تفيد في اللغة التخيير.

إن فوائد وجود الولي في عقد الزواج تنتفي مع هذا التوسع الغير مبرر في الأولياء و تجعل من اشتراطه أمرا شكليا فقط.

و هنا لم يرتب المشرع بطلان العقد قبل الدخول بالنسبة للزواج الذي تبرمه المرأة الراشدة دون وليها, و هذا يستنتج من روح المادة 33 المعدلة في القانون 02/05 التي ترتب بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا فقرة الأولى أو غاب شرطان اثنان فقط[1].

إذا اعتبر المشرع وجود الولي في عقد الزواج أمرا شكليا و جعله في نفس المرتبة مع الشاهد الذي يحتاج إليه في توثيق العقد فقط, كما أن المشرع لم يرتب بطلان العقد في حالة تخلف الولي بل رتب الفسخ قبل الدخول و التثبيت بعد الدخول, في حين رتب البطلان في حالة تخلف ركن الرضا, و هذا طبقا للمادة 33 من قانون الأسرة المعدلة و هنا لا معنى لفسخ عقد بسبب غياب الولي الذي لا يجبر على الزواج و لا يمنع منه, فالولي هو من يقوم مقام المتولي عليه على نفسه و على ماله, فالمشرع أعطاه نوع من الاعتبار قبل الدخول إذا رتب عليه الفسخ و لكنه تراجع عن ذلك بقبول تثبيته بعد الدخول[2]

بناءا على كل ما سبق ذكره يمكن القول أن المشرع في قانون الأسرة المعدل لم يعطي الولي سلطة إجبار المرأة على الزواج, و لا سلطة منعها أو الاعتراض على زواجها كما لم يمنحه حق التعبير عن إرادته سواء الموافقة أو رفض الزواج بل جعل وجوده رمزيا.

و يبدو من خلال هذا الوجود الرمزي للولي في قانون الأسرة المعدل كأنه تحضير الرأي العام لتعديلات مقبلة لقانون الأسرة, قد تلغي الولي نهائيا في عقد الزواج فهناك ما يبرر موقف المشرع الجزائري في هذا التعديل, منح المشرع الجزائري المرأة الحرية في اختيار من يتولى أمر زواجها حيث أثبتت الممارسة في ظل قانون 11/84 تعسف الأولياء و رفض حضورهم عند إبرام عقد زواج بناتهم, بسبب الخلافات السابقة بين الأولياء (الطلاق) مما كان يصعب من وضعية

---

[1] تشوار حميدو زكية , المرجع السابق, بعض حقوق المرأة المستحدثة بموجب الامر 02/05, ص 59

[2] اوعامري محمد , ملاحظات حول المادة 33 من قانون الاسرة ,اشكالية اركان و شرط عد الزواج,مجلة مخبر حقوق الطفل, جامعة وهران ع2 2011 , ص 81

المرأة عند إبرامها للعقد[1], كما أن خروج المرأة للتعليم ثم للعمل واحتلالها مناصب حساسة و أعلى مناصب المسؤولية في شتى القطاعات أسقط مبرر وجود الولي المتمثل في حياء المرأة و قلة خبرتها بالرجال, فهذا لا يمكن قصوره في العصر الحالي مع التطورات التي عرفتها المرأة, كما أن الكثير من الآباء في العصر الحالي لا يكترثون لمصالح بناتهم و لا يهمهم سوى المصلحة المادية, و قد لا يحسنون التزويج بالنظر إلى جهلهم و انحرافهم أو فسوقهم فهنا الولي يكون مضرا بمصلحة المرأة.

من هنا يمكننا القول أن تغير موقع الولي و دوره في تعديل قانون الأسرة كان يهدف الى تحقيق حرية المرأة في اختيار الشريك على غرار حريتها في إبرام أي تصرف قانوني آخر .

2-زواج المسلمة بغير المسلم:

تعتبر مسألة زواج المسلمة بغير المسلم، من المسائل التي تعرضت لانتقادات كثيرة من طرف مختلف التقارير الدولية التي تعدها اللجان المختلفة المعنية بحقوق الإنسان بصفة عامة، و حقوق المرأة بصفة خاصة.

فقد نصت المادة 30 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 في فقرتها الخامسة على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم و هذا حتى و لو كان صحيحا في نظر القانون الأجنبي في حالة ما إذا أبرم خارج الجزائر، فيعتبر باطلا طبقا للقانون الجزائري.

فهذه المادة انتقدت من وجهتين: فمن جهة تعتبر هذه المادة، مساسا بحق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل، فهي تعتبر تقييدا لحريتها في اختيار الزوج و من جهة أخرى تمس بمبدأ المساواة بين الجنسين، لأن هذا المنع يمس المرأة فقط، أما الرجل فهو غير معني بهذا المنع، فالقانون يسمح بزواج الرجل المسلم، بامرأة من ديانة سماوية أخرى.

و سنتعرض لمناقشة هذه المادة من خلال استعراض الحكمة من منع زواج المسلمة بغير المسلم.

أ- الحكمة من تحريم زواج المسلمة بغير المسلم:

لقد أجمع الفقهاء، على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، و هذا مصداقا لقوله تعالى:

"يا أيها الذين آمنوا ، إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات، فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهم فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم و لا هم يحلون لهن"[2]

ب- الحكمة من إباحة زواج المسلم، بغير المسلمة الكتابية و تحريم زواج المرأة المسلمة بغير المسلم:

[1] بن عزوز بن صابر, الشروط الشكلية لابرام عقد الزواج في التشريع الجزائري و المقارن,مجلة مخبر حقوق الطفل, جامعة وهران,ع2, 2011,ص 55

[2] سورة الممتحنة آية 10

يتساءل الكثير عن القصد من إباحة الكتابية، أي غير المسلمة للزواج بالرجل المسلم، و عدم جواز ذلك بالنسبة للمرأة المسلمة أي تحريم زواجها مع غير المسلم.

إذن فالإسلام كان متفقا مع مبدأ التسامح الديني، لما أجاز زواج المسلم بالكتابية الغير مسلمة،و كان موقفه في منع زواج المسلمة بغير المسلم، و لو كان كتابيا متفقا مع واقعيته و حرصه، على استقرار كيان الأسرة.

الخاتمة:

من خلال ما سبق ذكره، فإن حق الزواج بالنسبة للجنسين، من الحقوق الطبيعية و هي، حقوق الإنسان التي نصت عليها جميع المواثيق الدولية ابتداء من الإعلان العالمي، لحقوق الإنسان، مرورا بالعهدين الدوليين لسنة 1966 وصولا إلى الاتفاقية الشاملة و الجامعة، لكل حقوق المرأة و هي اتفاقية، مكافحة جميع أشكال التميز ضد المرأة لسنة 1979.

فكل هذه الاتفاقيات نصت على حق المرأة، في زواجها برضاها الحر و الكامل، أي الرضا الخالي، من أي إكراه أو عيب من عيوب الإرادة، و كاملا أي، غير مقيد.

أما قانون الأسرة الجزائري، باعتبار، أغلب مواده مستمدة من الشريعة الإسلامية، بدوره ركز على عنصر الرضا في الزواج، و هذا من خلال تكرار مصطلح الرضائية، في العديد من المواد، في تعديل قانون الأسرة، بموجب الأمر 06/05 المؤرخ في 2005/02/27، إلا أنه أحاطه بضوابط شرعية، متمثلة في اشتراط الولي، و هنا حاول ملائمة قدر الإمكان، قانون الأسرة فيما يخص هذه المسألة، مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية، حيث استغنى عن الراجح من أقوال الفقهاء، أي رأي الجمهور الذي يرى في وجود الولي شرط صحة في عقد الزواج، و أخذ برأي الحنفية، الذي يقول بحق المرأة في عقد زواجها بدون ولي، إلا أن الاتفاقيات الدولية رأت في ذالك قيدا على حق المرأة في الزواج برضاها الحر.

كما أن التقارير الدولية المختلفة كلها انتقدت، قانون الأسرة الجزائري، على منعه زواج المرأة المسلمة بغير المسلم، الذي نصت عليه المادة 30 من قانون الأسرة، فزواج المسلمة بغير المسلم، محرم بإجماع الفقهاء على عكس الولي، الذي يعتبر مسألة خلافية في الشريعة الإسلامية.

و من هنا نلاحظ أن قانون الأسرة، أعطى الحق للمرأة في الزواج، برضاها الحر و الكامل، في إطار ضوابط نصت عليها الشريعة الإسلامية، في حين أن الاتفاقيات الدولية و على رأسها، اتفاقية مكافحة جميع أشكال التميز ضد المرأة

لسنة 1979، فمقارنة حقوق المرأة بالنسبة لهذه الاتفاقيات هي الحرية الطلقة، و المساواة بمفهوم التماثل ما بين المرأة و الرجل، فالحقوق التي تضمنها هذه المواثيق، هي غربية المنشأ و المصدر، و هي متأثرة بمبدأ سلطان الإرادة، الذي هو نتاج الفلسفة الفردية، التي ظهرت في القرن الثامن عشر، مع تنامي الحرية في المجتمع، فحقوق الإنسان التي تضمنتها هذه المواثيق، تبلورت في العالم الغربي، الذي هو مزيج لثقافات تختلف عن الثقافات الإسلامية، و منها الثقافة الجزائرية، و أولى هذه الخلافات، تظهر في المسائل ذات الصلة بالدين الإسلامي، إذ لم يعد للدين في معظم الدول الغربية أهمية في القانون الداخلي، و في القانون الدولي، و لهذا نجد مثلا أن اختلاف الدين بين الزوجين، لم يكن بمانع من موانع الزواج في الدول الغربية على خلاف الدول الإسلامية، ففي الدول الإسلامية، لا زال الدين الإسلامي، يحتل مكانة كبيرة في مسائل الأحوال الشخصية، لاسيما في مسائل الزواج و بالتالي فهو يصطدم، مع قانون الأسرة فيما يخص، رضا المرأة بالزواج و بهذا يجب أن تتمسك الجزائر، بتحفظها على المادة 16 من اتفاقية مكافحة جميع أشكال التميز ضد المرأة.

قائمة المراجع:

الكتب:

- أحمد آباش، الأسرة بين الجمود و الحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية ط11 سنة 2011
- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية.
- تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، ملقاة على طلبة السنة الرابعة ليسانس حقوق.
- خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، ط1 سنة 2008.
- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر و التوزيع، الجزائر 2010.
- عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل و المرأة في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن ط 1
- عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين، جدلية التقليد و التجديد في القانون التونسي المقارن، مركز النشر الجامعي، تونس 2007.
- لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ط2.
- محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، كتاب أول، عقد الزواج و آثاره، ط2.
- محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ط1 سنة 2008.
- محمد محدة، الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية ط2، دار الشهاب الجزائر، 2000.
- مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار النهظة العربية للطباعة و النشر، ط2، سنة 1977.

- ناصر أحمد ابراهيم النشوي، موقف الشريعة الاسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.

مذكرة ماجستير:

- طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية، مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان، مذكرة ماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة بن عكنون الجزائر، 2000.
- مقالات:

- أوعامري محمد، ملاحظات حول المادة 33 من قانون الأسرة، اشكالية أركان و شروط عقد الزواج، مجلة مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، ع2، 2011.
- بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لابرام عقد الزواج في التشريع الجزائري و المقارن، مجلة مخبر حقوق الطفل جامعة وهران، ع2، 2011.
- تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، كلية الحقوق جامعة تلمسان عدد 12.
- Djilali Tchouar, droit de la famille (quels principes d'égalité) étude du droit mélanges en hommage à Abdelah Benhamou, Konnouz editions –Tlemcen 20013-
- Nadia AIT ZAI, les amendements du code de droit de la famille – L'égalité un principe mal compris- 24-25 juin 2000.

القوانين:

- قانون 11/84 المؤرخ في 1984/11/09 المتضمن قانون الأسرة.
- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

الاتفاقيات الدولية:

- الإعلان العلمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.
- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية سنة 1966.
- العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966.
- اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.

التقارير:

- تقرير الجزائر الأولي أمام لجنة سيداو CEDAW/C/DZA/11/09/1998
  التقرير المتضمن، رد لجنة سيداو على التقرير الأولي للجزائر CEDAW/C/SR.406/1/Add.1
  التقرير المتضمن رد لجنة سيداو على التقرير الثاني للجزائر
  CEDAW/C/SR.667.668
- تقرير الجزائر الثالث و الرابع أمام لجنة سيداو CEDAW/C/DZA/3.4/24-05-2010
  تقرير المجلس الاقتصادي و الاجتماعي، الدورة 44، جنيف، 3-21 ماي 2010 E/C.12/DZA/CO/4