مكانة المرأة في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري

The position of women in the marriage contract in the Algerian family law

الباحث: بن عيسي أحمد [1] الدكتور: بن فردية محمد [2]

[1] جامعة غرداية (الجزائر)

benaissi.ahmed@univ-ghardaia.dz

[2] جامعة غرداية (الجزائر)

mohabenferdia32@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/07/25	2022/08/12	2022/09/27

الملخص:

يهدف هذا المقال إلى تسليط الضوء على مكانة المرأة في ركن عقد الزواج وشروطه بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري، خاصة بعد تعديله بموجب الأمر05-02 المؤرخ في2005/02/27، ومن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع هو قناعتنا التامة بأهمية البحث حول موضوع الأسرة، وبالتحديد مكانة ومركز المرأة داخلها، خاصة مع التضارب الفكري في قضايا المرأة بين مرجعية الشريعة الإسلامية والأيدلوجيات الأخرى، مما يدفعنا إلى الرد على كل من يدعي ظلم المرأة والإجحاف في حقها، ويؤكد رغبتنا في دراسة هذا الموضوع وتناوله من وجهة نظر قانونية.

لهذا أردنا البحث في مكانة المرأة ومركزها القانوني خاصة في ركن وشروط الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

الكلمات المفتاحية: حقوق المرأة، مركز المرأة القانوني، عقد الزواج، قانون الأسرة الجزائري، الشريعة الإسلامية.

Abstract:

This article aims to shed light on the position of women in the cornerstone of the marriage contract and its conditions in relation to the

المؤلف المرسل: بن عيسى أحمد *benaissi.ahmed@univ-ghardaia.dz*

Algerian family law, especially after it was amended by Ordinance 05-02 of 27/02/2005. And the position of women within it, especially with the intellectual conflict in women's issues between the reference of Islamic Sharia and other ideologies, which prompts us to respond to all those who claim injustice and unfairness against women, and confirm our desire to study this topic and address it from a legal point of view.

key words: Women's rights, Women's Legal Center, Marriage contract, Algerian family law, Islamic law.

مقدمة:

الأسرة هي الخلية الأولى والأساسية في بناء التجمع البشري، ولا يستقيم المجتمع إلا باستقامتها، وهي تنشأ من ذكر وأنثى، قال سبحانه وتعالى:﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1]. لذلك فإنه لا بد من نظام وقانون يحكم الأسرة وينظمها، وقد وضعت الكثير من المجتمعات والدول قوانين لتنظيمها، وتحديد مسؤوليات كل فرد فيها.

وفي الجزائر صدر قانون الأسرة[2] رقم84-11 سنة1984، والذي عرف نقاشا واسعا، وأهم المسائل التي ثار الجدل حولها كانت الأحكام التي تمس مكانة ومركز المرأة؛ بدءا بأهلية المرأة في إبرام عقد الزواج، وكذا دور الولي في عقد الزواج وما ارتبط به من ولاية إجبار وغياب دور المرأة في عقد زواجها.

وقد ساهم تصديق الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة1979 والمعروفة باتفاقية سيداو أو كوبنهاجن، بموجب الأمر96-03 المؤرخ في1996/01/10 رغم التحفظات التي أبدتها الجزائر بهذا الخصوص، في زيادة الضغط على الجزائر لأجل إعادة النظر في الأحكام التي تمس المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة خصوصا، وبقية القوانين الأخرى عموما. لا سيما ما جاء في المادة16 من هذه الاتفاقية بخصوص المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات في عقد الزواج وآثاره وإنهاؤه.

فقام المشرع الجزائري بتعديل قانون الأسرة بموجب الأمر(05-02)[3] المؤرخ في2005/02/27، والذي جاء بمجموعة من التعديلات معظمها رمت بالأساس إلى مسايرة التطور الحاصل في المجتمع، ورفع التحفظات التي أبدتها الجزائر بخصوص اتفاقية سيداو،

والعمل على رفع مكانة المرأة داخل الأسرة. وهذه التعديلات تجلت بصفة أساسية بمجموعة من المسائل أهمها: جعل الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج، المساواة في أهلية الزواج بين الرجل والمرأة، تقييد دور الولي بتولي المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها.

وقد اعتمدنا في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، حيث نصف مكانة المرأة، ونحلل مركزها القانوني في ركن وشروط عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري.

أما الإشكالية المطروحة في هذا المقال فتتمحور حول التساؤل التالي:

ما هي المكانة والأهمية القانونية للمرأة من خلال ركن وشروط عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري المعدل؟

وللإجابة على هذه الإشكالية فقد اتبعنا الخطة التالية:

المبحث الأول: مكانة ومركز المرأة في ركن الرضا

المطلب الأول: الرضا في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: الرضا في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: مكانة ومركز المرأة في شروط الزواج

المطلب الأول: مساواة أهلية المرأة بالرجل

المطلب الثاني: تقييد دور الولي

المبحث الأول: مكانة ومركز المرأة في ركن الرضا

الرُكْن لغة: الجَانِبُ الأَقوى للشَّيْءِ، وَقِيلَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾[4]؛ إِنَّ الرُّكْن القُوَّة[5].

وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون على أن الرضا ركن أساسي في عقد الزواج على اختلاف لفظي بينهم، فهناك من يسميه الإيجاب والقبول، وهناك من يطلق عليه اسم الصيغة، والمهم أنه الركن الأساسي في عقد الزواج لأنه يستلزم وجود العاقدين (الزوج والزوجة).

كما أن المشرع الجزائري وضع حداً فاصلاً بين ما يعد ركناً وما يعد شرطاً في عقد الزواج لما حصر أركان عقد الزواج في الرضا فقط، حسب المادة09 من قانون الأسرة الجزائري المعدل التي نصت على ما يلي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

المطلب الأول: الرضا في الفقه الإسلامي

يرى جمهور الفقهاء بأن: الركن هو ما به قوام الشيء ووجوده، فلا يتحقق إلا به، أو ما لا بد منه، وبعبارتهم الشهيرة، هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما تتوقف عليه ماهية الشيء، سواء أكان جزءا منه أم خارجا عنه.

أما الحنفية فعندهم أن: الركن ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون جزءا داخلا في حقيقته.[6]

يقول السيد سابق: (الركن الحقيقي للزواج هو رضا الطرفين، ولما كان الرضا وتوافق الإرادة من الأمور النفسية التي لا يطلع عليها، كان لا بد من التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، ويتمثل التعبير فيما يجري من عبارات بين المتعاقدين، فما صدر أولا من أحد المتعاقدين للتعبير عن إرادته في إنشاء الصلة الزوجية يسمى إيجاباً، وما صدر ثانيا من العبارات الدالة على الرضا والموافقة يسمى قبولاً)[7].

يقول الدكتور مصطفى السباعي: وأما صيغة العقد، فالأصل أن العقود لا بد فيها من الرضا والإرادة، ولما كانا أمرين خفيين لا يمكن الاطلاع عليهما إلا بما يدل عليهما من قولٍ أو فعلٍ فقد اعتبر الشارع (الإيجاب والقبول) دليلين ظاهرين على تحقق الإرادة والرضا في نفس كلٍ من المتعاقدين. ويقول الدكتور وهبة الزحيلي: (الإيجاب والقبول ركن بالاتفاق لأن بهما يرتبط أحد المتعاقدين بالآخر).

وركن الزواج عند الحنفية: الإيجاب والقبول فقط،

وأركان الزواج عند الجمهور هي: الصيغة (الإيجاب والقبول) المحل (زوجة وزوج) والولي.

والإيجاب عند الحنفية ما يصدر أولا من أحد العاقدين، سواء كان الزوج أم الزوجة، والقبول عندهم: ما يصدر ثانيا من الطرف الآخر.

والإيجاب عند الجمهور هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل، لأن القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه، والقبول: هو اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج).[8]

أما إذا حصل خلل في ركن الرضا، فيبطل العقد (الزواج الباطل)، ولا يترتب عليه أي أثر، فلا يحل به دخول، ولا يجب به مهر، ولا تتقرر به نفقة، ولا يرد عليه طلاق، ولا تنتج عنه عدة، ولا يثبت به نسب، ولا أي شيء من حقوق الزوجية وواجباتها وآثارها، وإذا حدث دخول في هذا الزواج الباطل، وجب عليهما أم يتفرقا في الحال، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن تخلف الإيجاب والقبول في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أي آثار؛ فلم يحللوا به الدخول ولم يوجبوا فيه لا المهر ولا النفقة ولا الطاعة، ولا يثبت به النسب ولا التوارث بين الزوجين؛ واتفقوا على وجوب التفريق بين الزوجين إذا تم الدخول باعتباره زنا. وقد خالف في ذلك أبو حنيفة الذي لا يرى إقامة الحد لشبهة العقد ويترتب على الدخول حرمة المصاهرة، قال أبو حنيفة: لا يحد، لأن العقد وإن كان باطلا إلا أن له صورة العقود، فأورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، وقال أيضا بوجوب مهر المثل للمرأة، لأن كل وطئ في الإسلام لا يخلو من حد أو مهر، فإذا فات الحد للشبهة وجب المهر.[9]

المطلب الثاني: الرضا في قانون الأسرة الجزائري

جاء في المادة الرابعة من قانون الأسرة: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي.." ونصت المادة التاسعة من قانون الأسرة الجزائري المعدل على ما يلي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" فيفهم من هذه المادة أن المشرع حصر أركان عقد الزواج بتبادل رضا الزوجين (الرضا فقط)، ومن خلالها يتضح أن قانون الأسرة اعتبر أن للزواج ركنا واحدا فقط هو تبادل رضا الزوجين. فلا بد أن يعبر الطرفان على رضاهما، والتعبير عن الرضا أو الإرادة هو اتجاه إرادة المتعاقد إلى إحداث أثر قانوني، والرغبة الداخلية أو النفسية لا يمكن الاطلاع عليها إلا بالمظهر الخارجي وأن يكون هذا الرضا أو هذه الإرادة المعبر عنها صادرة من شخص غير مجنون وغير مكره[10].

وطبقا للمادة التاسعة فإن عقد الزواج أصبح يحكمه سلطان الإرادة سواء بالنسبة للمرأة الراشدة أم بالنسبة للقاصرة فلا سبيل للإجبار، بما يضمن حرية المرأة الراشدة في توقف انعقاد الزواج على عبارتها، ومكانتها في تحديد مركزها في هذا العقد. أما القاصر فليس للولي عليها سلطة الجبر، بل له عليها سلطة المنع بشرط ألا تتعارض مع ترخيص القاضي بالزواج بالنسبة للقاصر. ولهذا عمد المشرع إلى إلغاء الزواج عن طريق الوكالة بإلغاء المادة20 من القانون84-11. وجعل للمرأة الحق في إبرام عقد زواجها، ما يعني أنه أخذ بمبدأ المساواة بين الجنسين في كل الجوانب المتعلقة بإبرام عقد الزواج.

وليس المقصود به الرضا الذي هو ضد الإكراه؛ لأن ذلك لا يعد ركناً وإنما يعتبر شرطاً فقط. بل المقصود به هو تبادل الإيجاب والقبول الدالين على الرضا، الأمر الذي أكد عليه المشرع الجزائري في المادة10 التي فسرت معنى الرضا كالتالي: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"وبناءً على ما ذهب إليه المشرع الجزائري من قَصر أركان الزواج في الرضا فقط -المعبر عنه بالإيجاب والقبول- فإننا اقتصرنا حديثنا على هذا الركن فقط. ومن خلال المادة10 من قانون الأسرة يتبين لنا أن ركن الرضا في عقد الزواج يتمثل في الإيجاب والقبول. وهذا ما يتفق تماماً مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي.[11]

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري وافق مذهب الحنفية في ما ذهب إليه في جعل ركن الزواج الإيجاب والقبول المعبر عنهما بالصيغة التي تنشأ العقد، والحقيقة أن الرضا (الذي يقصد به الإيجاب والقبول) هو العنصر الذاتي في ماهية العقد وهو ما يجعل منه الركن الوحيد في عقد الزواج، وهو ما انتهى إليه الفقه الإسلامي تسانده في ذلك أغلب التشريعات العربية.

أما عن أثر تخلف ركن الرضا فقد تناوله المشرع الجزائري في نص المادة33 فقرة1 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا" وهو ما يفهم منه أنه إذا اختل ركن الرضا يترتب عليه حكم البطلان، أي أن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا لاختلال ركنه الأساسي؛ إذ أنه لا يوجد زواج بدون رضا سليم واختيار ملؤه

الحزم والحرية[12]، كما أن عقد الزواج الذي تخلف فيه ركن الرضا لا يرتب أي أثر لا شرعا ولا قانونا وليس له أي وجود مطلقا ويجب على الزوجين أن يفترقا، إلاّ أنه كاستثناء على ذلك نصت المادة40 من قانون الأسرة الجزائري على ثبوت النسب رعاية لحقوق الطفل.

كما أن اتفاقية سيداو[13] وهي الاتفاقية الخاصة بمكافحة جميع أشكال التميز ضد المرأة سنة1979 والتي صادقت عليها الجزائر سنة1996مع إدراج مجموعة من التحفظات وتعتبر هذه الاتفاقية أهم ما توصل إليه المجتمع الدولي في حماية المرأة وضمان مساواتها مع الرجل، ومن بين ما تناولته هذه الاتفاقية أنها تنص على حرية المرأة في اختيار الزوج، وعدم إبرام عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل، وهذا طبقا للمادة16 الفقرة الأولى التي تنص على أن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة للقضاء على التميز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وتضمن بوجه خاص على أساس تساوي الرجل والمرأة الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل.

وبهذا يتضح لنا مما سبق أن حق المرأة في اختيار الزوج، وعدم إبرام عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل، مسألة أساسية طبقا لما هو منصوص عليه في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة، وأيضا كما هو منصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري حيث أن كلاهما يتفقان حول هذه النقطة الجوهرية.

المبحث الثاني: مكانة ومركز المرأة في شروط الزواج

الشرط لغة: الْعَلَامَةُ، والاشْتِراطُ: الْعَلَامَةُ الَّتِي يَجْعَلُهَا النَّاسُ بَيْنَهُمْ.[14] وَفِي التَّنْزِيلِ الْعَزِيزِ: ﴿فَقَدْ جاءَ أَشْراطُها﴾[15].

والشرط عند الأصوليون هو: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، كالوضوء للصلاة.[16]

أما عند جمهور فقهاء الشريعة فالشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس جزءا منه. وهو تقريبا ما قال به الحنفية بأن الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء، ولم يكن جزءا من حقيقته[17]. فالركن والشرط إذن مختلفان، لأن الركن يمثل جزءا من الشيء داخلا فيه، أما الشرط فهو خارج عن ماهيته وحقيقته.

أما عن مكانة المرأة فيما يخص شروط عقد الزواج فتمثلت في:

المطلب الأول: مساواة أهلية المرأة بالرجل

الأهلية في الزواج هي الصفة التي يمكن معها للرجل والمرأة أن يباشر كل واحد منهما عقد الزواج بنفسه أو بواسطة وكيل مستوف للشروط، ومن الضروري أن يكون الزوجين على درجة من النمو الجسدي والعقلي لتحقيق غايات الزواج، لذا تعمل مختلف التشريعات على تحديد أهلية الزواج بإناطتها سنا معينة، فيمنع الزواج قبل اكتمال الأهلية نظرا لعدم قدرة الشخص في هذه السن على تحمل أعباء الزواج.

الفرع الأول: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري: حين صدور قانون الأسرة سنة1984 جاء مسايرا للعرف في المجتمع الجزائري، والذي يقبل الزواج المبكر للفتيات، بل ويشجع عليه في بعض المناطق الداخلية. وفي الوقت نفسه ساير تطور المجتمع بعد الاستقلال، لأجل ذلك جعل سن زواج المرأة أقل من سن زواج الرجل، بحيث جعل أهلية الرجل للزواج 21سنة وأهلية المرأة 18سنة مع منح القاضي سلطة الترخيص بالزواج قبل بلوغ الرجل أو المرأة لهذا السن لضرورة أو مصلحة.

ونظرا لرغبة المشرع في توحيد سن الرشد القانونية بين القوانين، وجعلها مماثلة لما ورد في الشريعة العامة المتمثلة في القانون المدني والمحددة ببلوغ 19سنة، وسعيا منه لإحداث المساواة بين مركزي المرأة والرجل بصدد القدرة على إنشاء عقد الزواج قام المشرع في الأمر05-02 المادة7 منه بجعل سن الزواج واحدا للمرأة والرجل، حيث تكتمل أهليتهما للزواج ببلوغ 19سنة.

ولعل المشرع إنما عمد إلى رفع السن بالنسبة للمرأة من 18سنة إلى 19سنة (سن الأهلية المدنية) حتى يعطيها المبرر الكافي للقيام على نفسها في عقد الزواج باعتبار كمال أهليتها على أساس اكتمال الرشد الذي يفترض معه اعتبار إرادة المرأة كاملة الوعي وقادرة على أن تباشر كافة التصرفات القانونية، ومنها الزواج الذي عمد فيه المشرع إلى إلغاء الصلاحيات التقليدية للولي فيه طبقا للمادة11.

إلى جانب ذلك فقد اعترف المشرع للقاصر بأهلية التقاضي في مجال الحقوق والالتزامات الناجمة عن عقد الزواج بموجب المادة السابعة.

وأضاف المشرع الجزائري مزيدا من التوضيح بشأن زواج القصر حيث اشترط إضافة للضرورة والمصلحة أن يتأكد القاضي من قدرة الطرفين على الزواج، ونص على اكتساب القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات. نصت الفقرة2 من المادة7 من قانون الأسرة على أنه: "للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج" ومعنى ذلك أنه لا يجوز عقد زواج القاصر إلا بعد الحصول على رخصة مسبقة من رئيس المحكمة تسمح بإبرام عقد هذا الزواج، حيث يتم ذلك بناء على طلب ولي القاصر أو ممثله القانوني، وعلى القاضي (رئيس المحكمة) التحقق من وجود المصلحة أو الضرورة، والتأكد من قدرة الزوجين على تحمل أعباء الزواج.

وبذلك يكون المشرع قد عقد توازنا بين مركزي المرأة والرجل في مسألة أهلية الزواج (المساواة في سن أهلية الزواج من خلال هذا النص)، وإن كانت في نظر البعض مساواة شكلية[18]. ويكون قد أقر للزواج سنا موحدة وهي 19عاما يستوي فيها الرجل والمرأة الأمر الذي يتماشى وسن الرشد القانوني المنصوص عليه في القواعد العامة.

أما في الاتفاقيات الدولية فقد نصت المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام1989، على أن الطفل كل إنسان لم يتجاوز سن الثامنة عشر سنة ما لم يتجاوز سن الرشد، كما نصت الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) في الفقرة الثانية من المادة16، على أنه لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعي منها لتحديد سن أدنى للزواج، ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمر إلزامي.[19]

الفرع الثاني: أثر تخلف شرط الأهلية في عقد الزواج: بالنسبة لأثر زواج القاصر فقد نصت الفقرة3 من المادة7 على أنه: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". ولكن هنا يمكن أن تثار إشكالية وهي أن المشرع الجزائري أخذ في تحديد أهلية الزواج ببلوغ كل من الرجل والمرأة سنا معينة (19 سنة) طبقا للمادة7، ورخص من جهة أخرى بالزواج لمن لم يبلغ السن القانونية بحسب ما تتطلبه المصلحة وتقتضيه الضرورة، ويرجع في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي وفقا للمادة نفسها. غير أنه أكسب القاصر-الذي لم يبلغ السن القانونية للرشد- حق التقاضي فيما يتعلق بآثار

عقد الزواج من حقوق والتزامات وفقا للفقرة الأخيرة من المادة نفسها، ولم ينص على حقه في التقاضي فيما يخص الطلاق وآثاره.

وعلى هذا فخلع المرأة التي لم تبلغ السن القانونية كأن تكون في سن السابعة عشرة أو الثامنة عشرة هل يعتبر خلعها خلع بالغة رشيدة، أم يعتبر خلع سفيهة محجور عليها؟.

وفق ما يفهم من نص المادة7 أن خلعها يكون باعتبارها بالغة رشيدة.وهذا مخالف للقواعد القانونية من ناحيتين:

الأولى: أنها محجور عليها بالفعل، لأن تصرفاتها المالية لا تسري إلا بإذن وليها.

والثانية: أنها لا تعدّ رشيدة بحكم القانون، لأن القانون لم يعط الرشد إلا لمن يبلغ التاسعة عشرة، ومن يلزمها ببدل الخلع.

وعلى هذا إذا خالعت في هذه الفترة يقع الطلاق ولا يجب المال، وهو ما لم يوضحه المشرع الجزائري[20].

أما بالنسبة لأثر تخلف شرط الأهلية عن عقد الزواج في قانون الأسرة، فقد أغفل المشرع الجزائري النص على ذلك؛ حيث ذكر في المادة33 من الأمر من الأمر رقم05-02 تخلف بعض الشروط المنصوص عليها في المادة09 مكرر؛ من صداق وشاهدين، بالإضافة إلى الولي، ولم يدرج ضمنها الأهلية.

وما يستخلص من النصوص القانونية، وخاصة منها ما يتعلق بما جاء في المواد07 و09مكرر و11، أن الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين، وهذا لا يكون صحيحا ما لم يستوف صاحبه سن الأهلية الكامل، وإلا لم يصح العقد وهو الأصل، وبما أن عقد الزواج عقد دائر بين النفع والضرر فإن المادة(83)[21] من قانون الأسرة الجزائري التي تسمح بزواج القصر؛ لكن بإجازة الولي.كما اشترط المشرع ضرورة الحصول على إذن قضائي سابق عن العقد أو لاحق به؛ إذ تعبر موافقة الولي على زواج من في ولايته، وقد بلغ سن الرشد، وهذا إجراء لابد من استكماله وإلا اعتبر غير صحيح.

أمام هذا الفراغ القانوني، يستحسن على المشرع النص صراحة على الحكم الواجب تطبيقه في حالة عدم توفر سن الرشد القانونية لإبرام عقد الزواج.

وعلى خلاف ذلك فإن القانون رقم 63-224 الصادر خلال سنة 1963 نص في الفقرة الأولى منه على أنه لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18سنة، ولا للمرأة التي لم تبلغ 16سنة أن يعقدا زواجا، ونص في المادة2 على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية أو القاضي (الموثق) والزوجين وممثليهما الذين لم يراعوا شرط السن القانونية، ثم نص في المادة الثالثة على أن كل زواج أبرم خلافا لأحكام المادة الأولى يكون باطلا، ما لم يلحقه دخول، ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصيا، أو من النيابة العامة، أو ممن له مصلحة فيه، ولكن لا يجوز الطعن في العقد إذا بلغ الزوجان السن القانونية أو حملت الزوجة التي لم تبلغ سن أهلية الزواج.

لهذا فإننا نعتقد أنه ما دام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 63-224 ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزواج،[22] وذلك طبعا مع مراعاة أهلية الزواج التي جاء بها قانون الأسرة المعدل (19 سنة لكل من الرجل والمرأة).

المطلب الثاني: تقييد دور الولي: يعرف الفقهاء الولاية بأنها القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد، ويسمى متولي العقد "الولي"، ومنه قوله تعالى:﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾[23].

وقد اختلف الفقهاء في دور الولي في عقد الزواج، بين من يراه ركنا في العقد ولا يتم إلا بعبارته وهم المالكية والشافعية، ومن يراه شرطا في صحة العقد وهو قول الحنابلة، أما الأحناف فلا يرونه شرطا في صحة العقد أو ركنا فيه، و إنما شرطا في ركن الرضا الذي يرونه ركن عقد الزواج الوحيد، ولا نكاح لمن لا ولاية له، وللمرأة البالغة العاقلة عندهم الولاية على نفسها، وليس للولي ولاية إجبار إلا على القصر.[24]

الفرع الأول: الولي في قانون الأسرة الجزائري

أولا: الولي قبل التعديل: كان المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة سنة2005 يجعل المرأة خاضعة للولاية عليها في عقد الزواج سواء كانت قاصرة أو راشدة، حيث كان ينص في المادة11 قبل التعديل على ما يلي: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقربائها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، وفي المادة12 كان النص: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من

الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة9 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت." أما المادة13 فقد كانت تنص: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها".

وقد كانت هذه النصوص محل انتقاد واسع كونها تؤدي إلى استبداد الولي بالعقد، وتجنيه على ابنته، رغم ما توفره هذه النصوص من حماية للمرأة.

ثانيا: الولي بعد التعديل: أما الصياغة الجديدة لنص المادة11 فقد جاءت كالآتي: (تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختار). وتعتبر هذه المادة أكبر مكسب بالنسبة للمرأة جاء به قانون الأسرة في الأمر05-02، وحذف بسببه المادة12 وعدل المادة13، وهو مرتبط أساسا بالمادتين9 و9 مكرر التي تضمنت ركن الزواج وشروط صحته.

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري من خلال الأحكام قبل التعديل كان قد اختار الرأي المجمع عليه من الجمهور (المالكية والحنابلة والشافعية)، الذين اعتبروا حضور ولي الزوجة ركنا من أركان عقد الزواج، قال المالكية بأنه: "لا يمكن للمرأة أن تزوج نفسها أو غيرها بكرا كانت أو ثيبا صغيرة أو كبيرة رفيعة أو دنيئة إلا بولي يعقد نكاحها فإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له"، وقال الشافعية: "يجوز وكالة الرجل للرجل في النكاح إلا أنه لا يوكل امرأة". فقد اتفق الفقهاء السالف ذكرهم على أنه لا يمكن للمرأة البالغة تزويج نفسها أو غيرها.[25]

إلا أنه بموجب التعديل جنح المشرع الجزائري إلى المذهب الحنفي في مسألة دور ولي المرأة في عقد الزواج، حين أعطى للمرأة الراشدة حق تولي عقد زواجها بنفسها، ولم يعد للولي إلا شرف الحضور أثناء العقد، فقد أجاز الحنفية للمرأة أن تزوج نفسها أو تتولى عقد زواج غيرها من النساء؛ وإن كان من المستحب أن يتولى زواجها وليها، ولكن اشترطوا لصحة عقد الزواج الذي تتولاه المرأة بنفسها ولزومه كفاءة الزوج، وألا يقل المهر عن مهر المثل، فإن تزوجت بغير كفء أو بأقل من مهر المثل فللولي حق الاعتراض على العقد، وهذا قول الزهري والشعبي أيضا.[26]

إلا إن تعلق الأمر بزواج القصر فقد بقي للولي دور أساسي، وهو ما جاء في المادة11 من قانون الأسرة التي أصبح نصها كما يلي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. دون إخلال بأحكام المادة7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له."

أما المادة13 فقد أصبح نصها كالآتي: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها"، وبمقتضى هذا النص ألغى المشرع ولاية الإجبار التي يوحي نص الفقرة الثانية من المادة7 بوجودها، ويتضح بذلك أن مقصود المشرع هو أنه لا يعتد بإرادة القاصر في عقد زواجه بنفسه، ولكن ليس للولي أن يبرم العقد دون إرادة القاصر، وهو ما يؤكده نص المادة13 المذكور أعلاه.

ولعل ما يعاب على المشرع الجزائري في نص المادة11 أعلاه عبارة "أو أي شخص تختاره" والتي لم يقل بها أحد من الفقهاء. أما في المادة13 المعدلة فقد استخدام لفظ القاصرة بدل القاصر مما يجعل النص محصور التطبيق على الفتيات دون الفتيان.[27]

وبذلك يكون المشرع قد ترك رأي الجمهور القائل بأن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزوجها، فإن فعلت ولو كانت بالغة عاقلة رشيدة لم يصح النكاح.[28] وأخذ برأي أبي حنيفة وأبي يوسف القائل بأنه: ينفذ نكاح الحرة المكلفة البالغة العاقلة بلا رضا ولي، ولها أن تتولى عقد زواجها وزواج غيرها.

الفرع الثاني: أثر اتفاقية سيداو على حرية المرأة في إبرام عقد زواجها: يستفاد من خلال الرجوع للأحكام الواردة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام1979، وأنها تتعارض في مجملها مع الاتجاه الفقهي القائل بعدم صحة زواج المرأة بدون ولي عند استثناء الحكم المتعلق بأهلية المرأة. ذلك أنه وان كانت المادة15 من هذه الاتفاقية، تنص على منح المرأة أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وعلى إبطال كافة الشكوك التي تحد من تلك الأهلية، فإن الأهلية القانونية التي تنادي بها هذه الاتفاقية، لا تتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي التي منحت بدورها للمرأة أهلية قانونية تامة، تؤهلها لإبرام مختلف التصرفات القانونية بما فيها عقد زواجها، وهي في هذا لا تتعارض من حيث المبدأ مع التشريع الجزائري بعد توحيد سن الزواج بين الجنسين.

لكن المادة(16) [29] من نفس الاتفاقية، وهي تدعو إلى المساواة بين الذكر والأنثى في الزواج، عند العقد وأثناء الزواج، وحق اختيار الزوج، إنما هي دعوة تخالف الفقه الإسلامي، وتتجاهل مسألة الولاية في الزواج الموجبة من وجهة نظر الجمهور من فقهاء المالكية والحنابلة والشافعية، وهو القائل بعدم صحة الزواج من دون ولي، فاللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة -ومع أن الجزائر قد تحفظت على هذه البنود من الاتفاقية- قد اعتبرت بأن الحكم الوارد في المادتين9-11 من قانون الأسرة، لا يسمح للمرأة في أن تبرم عقد زواجها من دون ولي، وانتهت إلى مطالبة الجزائر في أن تعطي أولوية عالية لمراجعة هذه الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة على حد تعبيرها وهي دعوة تتعارض-ولاشك- بما يتفق وأحكام المادتين(5-11) من الاتفاقية، مع أحكام الفقه الإسلامي بشأن عدم صحة الزواج بدون ولي.[30]

والواقع أن الوضع التشريعي المكرس للمرأة في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل، إنما هو وضع لم يخرج عن اجتهادات الفقه الإسلامي 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 ولا تكره على الزواج أبدا، ووالي المرأة يتولى بعد إذنها إبرام العقد، وبذلك لا يستقل أي منهما بالعقد، فلا المرأة تنفرد بتزويج نفسها من دون أهلها، ولا وليها ينفرد بتزويجها من دون رأيها، وليس لذلك في هذا حجر على حرية المرأة في الاختيار[31]"، 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 اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة[32].

خاتمة:

من خلال ما تم عرضه في هذا المقال تتبين لنا مكانة المرأة ومركزها القانوني في عقد الزواج (ركنه وشروطه) في قانون الأسرة الجزائري، وعليه فإننا نخلص إلى النتائج والاقتراحات التالية:

النتائج

1. بعد تعديل قانون الأسرة أصبح عقد الزواج يحكمه سلطان الإرادة (المواد:4،9،10)، وذلك بالنسبة للرجل والمرأة سواء كانت راشدة أو قاصرة، إذ لا مجال لسلطة الإجبار من الولي، باستثناء القيود المنصوص عليها في المادة7.
2. في المادة7 رفع المشرع الجزائري سن الزواج القانونية للمرأة إلى19 سنة، حتى يعطيها الأهلية الكاملة مثل الرجل في مباشرة كافة تصرفاتها بنفسها. وهذا يتماشى ومقاصد الزواج في هذا العصر، وله ما يسنده من أقوال لبعض الفقهاء، ورخص من جهة أخرى بالزواج لمن لم يبلغ السن القانونية بحسب ما تتطلبه المصلحة وتقتضيه الضرورة، ويرجع في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي وفقا للمادة نفسها.

   فاتخذ بذلك موقفا وسطا يتماشى وظروف الحياة الاجتماعية العامة.
3. كما أكسبت المادة7 الفقرة3 القاصر-الذي لم يبلغ السن القانونية للرشد- حق التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات وفقا للفقرة الأخيرة من المادة نفسها، لكنها لم تنص على حقه في التقاضي فيما يخص الطلاق وآثاره.
4. إن الزواج كما هو حق للمرأة، فللولي حق فيه؛ فالشريعة الإسلامية وازنت بين المراكز في عقد الزواج، فكما لا يمكن أن يزوج الولي من تحت ولايته بغير رضاها، فللولي حق الاعتراض على العقد؛ إن لم يكن فيه مصلحة الفتاة، لأن عقد الزواج ليس عقدا بين رجل وامرأة فحسب، بل هو عقد بين أسرتين، لذا كان من حق الولي التدخل في هذا العقد لما يلحقه فيه من الشرف أو العار من جراء هذا العقد. فحضور الولي واشتراطه في عقد الزواج لا يعتبر إنقاصا من حرية المرأة وقيمتها، بل يشكل عنصر حماية لها وتعزيزا لمكانتها إذا ما جابهتها أي مشاكل في مستقبل حياتها.
5. عمد المشرع الجزائري في تعديله لبعض مواد قانون الأسرة -للوصول إلى ترضية في الغالب -إلى التلفيق بين الآراء الفقهية في المسألة الواحدة، فلم يعتمد على مذهب فقهي واحد؛ فتبنى مذهب الجمهور "المالكية والشافعية والحنابلة" في المادة10 (تبادل الإيجاب والقبول)، ولجأ إلى المذهب الحنفي في المادتين11 و13 (دور الولي في العقد)، مما اضطره

في بعض الأحيان إلى الأخذ بالمرجوح من الأقوال في المذاهب الفقهية كما في المادة11 الخاصة بشرط الولي.

الاقتراحات:

1. **بالنسبة للأهلية:**

أ. أغفل قانون الأسرة النص على أثر تخلف شرط الأهلية عن عقد الزواج، لذا فإننا نرى أنه يستحسن على المشرع النص صراحة على الحكم الواجب تطبيقه في حالة عدم توفر سن الرشد القانونية لإبرام عقد الزواج.

ب. نقترح ضبط زواج القصر وحصر حالاته، والتقليل من دائرة السلطة التقديرية للقاضي بوضع أسس وضوابط محددة لمنح الترخيص بالزواج للقاصر وفق ما تقتضيه الضرورة وتتطلبه المصلحة، وذلك بما يلي:

- النص على الحد الأدنى للسن الذي لا يصح النزول عنه عند تقرير الترخيص للقاصر.
- النص تبعا لذلك على العقوبة التي تسلط على كل مخالف لمقتضاها.
- بيان الآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانونية، بإضافة فقرة بالمادة07 أو مادة جديدة تمنح حق التقاضي فيما يخص الطلاق وآثاره لولي القاصر، نظرا لخطورة ذلك خاصة بالنسبة لخلع المرأة التي لم تبلغ سن الرشد، لأنه لا يمكنها التصرف في أموالها نظرا لعدم اكتمال أهليتها.

2. **بالنسبة للولي:**

أ. المادة11 من قانون الأسرة أسقطت حق الولي وجعلته شكليا ولا أثر له، وأعطت المرأة الراشدة حق إبرام عقدها بنفسها، وهو يتعارض مع فكرة توازن المراكز القانونية، مما يؤدي إلى كثير من المشاكل. لذلك نقترح على المشرع إعادة النظر في هذه المادة كالآتي:

- حذف عبارة "**أو أي شخص تختاره**"، والتي لم يقل بها أحد من الفقهاء.
- ضرورة تحديد صلاحيات ووظيفة الولي في عقد الزواج.
- ترتيب الأولياء وشروطهم بدقة حسما لأي نزاع.

ب. في المادة13 "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر **القاصرة** التي في ولايته على الزواج.." استخدم المشرع لفظ القاصرة بدل القاصر، مما يجعل النص محصور التطبيق على الإناث دون الذكور، فهل يعني ذلك أنه يجوز للولي أن يجبر ابنه القاصر على الزواج؟ كان من الأولى والأفضل أن يستعمل المشرع لفظ **القاصر** لأنها عبارة تشمل الذكر والأنثى معا، حسب قواعد اللغة العربية.

قائمة المصادروالمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

أ- **القرآن الكريم**

ب- الاتفاقيات:

1- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، الجمعية العامة للأمم المتحدة، اعتمدت في18 ديسمبر1979، دخلت حيز التنفيذ في3 سبتمبر1981. صادقت عليها الجزائر سن1996 بموجب الأمر96-03 المؤرخ في1996/01/10.

ج - القوانين:

1- القانون رقم84- 11 المؤرخ في09 جوان1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية للجمهورية الجزائرية، العدد24، المؤرخة في12 جوان1984

2- الأمر 05-02 المؤرخ في27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية للجمهورية الجزائرية، العدد15، المؤرخة في27 فيفري 2005، الذي يعدل ويتمم قانون الأسرة

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، بدون سنة النشر، المجلد07، مادة ركن.

2- سيد سابق، فقه السنة، دار المؤيد، الرياض، الطبعة الأولى، سنة2001، الجزء الثاني.

3- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة 2018.

4- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون05-02 المؤرخ في 4مايو سنة2005)، (1ط)؛ دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007

5- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة2007.

6- غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، الجزائر، دار طليطلة، الطبعة الأولى، 2011..
7- محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، دار الحديث، القاهرة، سنة2010.
8- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية، الطبعة الأولى 2002، الجزء41.
9- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، السنة 1984، الجزء السابع.

ب- الأطاريح والمذكرات الجامعية:

1- سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، 2014-2015.

ج- المقالات في المجلات:

1- حسين بلحيرش، المركز القانوني للمرأة في إبرام الزواج في القانونين الجزائري والتونسي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي –جيجل-، الجزائر، العدد الأول -الجزء الثاني- جوان2016، ص176-193.
2- شويرف عبد العالي، اشتراط الأهلية في الزواج دراسة فقهية قانونية، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، الجزائر، المجلد9 العدد2 (2016)، ص206-228.
3- محفوظ بن صغير، أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري 05-02 في ترقية المركز القانوني للمرأة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، العدد الأول، فيفري 2014. ص 103-113.
4- محمد توفيق قديري وميلود بن حوحو، تعزيز المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري (قانون الأسرة وقانون الجنسية نموذجا)، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد الخامس عشر، سبتمبر2017, ص267-284.

---

1 سورة الروم الآية21.

2 القانون رقم84- 11 المؤرخ في09 جوان1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية للجمهورية الجزائرية، العدد24، المؤرخة في12 جوان1984.

3 الأمر 05-02 المؤرخ في27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية للجمهورية الجزائرية، العدد15، المؤرخة في27 فيفري 2005، الذي يعدل ويتمم قانون الأسرة.

4 سورة هود الآية80.

5 ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، بدون سنة النشر، المجلد07، مادة ركن، ص185.

6 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، السنة 1984، ج 7، ص36.

7 سيد سابق، فقه السنة، دار المؤيد، الرياض، الطبعة الأولى، سنة2001، الجزء الثاني، ص23.

8 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص37.

9 محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، دار الحديث، القاهرة، سنة2010، ص71.

10 غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، الجزائر، دار طليطلة، الطبعة الأولى، 2011، ص20.

11 سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، 2014-2015، ص40.

12 عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون05-02 المؤرخ في 4مايو سنة2005)، (1ط)؛ دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ، ص53.

13 اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، تعتبر الشريعة العالمية لحقوق جميع النساء، والتي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة، وعرضتها على الدول الأعضاء في المنظمة الدولية، قصد التوقيع والتصديق والانضمام إليها في18 ديسمبر1979. ثم بعد ذلك دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في3 سبتمبر1981 حال تصديق الدولة العشرين عليها، وهي تمثل صك شامل يجمع كل الحقوق المنصوص عليها في الإعلانات والاتفاقيات السابقة المتعلقة بحقوق الإنسان بشكل عام وحقوق المرأة بوجه خاص، ويضيف إليها قائمة كاملة بالحقوق التي من حق المرأة أن تتمتع بها.

14 ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، مادة شرط، ص329.

15 سورة محمد الآية18.

16 عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة2007، ص53.

17 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص36.

18 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة 2018،ص23.

19 شويرف عبد العالي، جامعة غرداية، مجلة الواحات للبحوث والدراسات المجلد9 العدد2 (2016)، ص220.

20 محفوظ بن صغير، أثر تعديل قانون الأسرة الجزائري 05-02 في ترقية المركز القانوني للمرأة، العدد الأول، فيفري 2014، ص110.

21 نص المادة "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القاضي."

22 عبد العزيز سعد، نفس المرجع السابق، ص26.

23 سورة البقرة الآية281.

24 الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الطبعة الأولى 2002، الجزء41، ص247.

25 غنية قري، المرجع السابق، ص25.

26 عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة2007، ص116.

27 محمد توفيق قديري وميلود بن حوحو، تعزيز المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري (قانون الأسرة وقانون الجنسية نموذجا)، مقالة بمجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس عشر، سبتمبر2017، ص272، 273.

28 وهبة الزحيلي، المرجع السابق ص194.

29 هذه المادة هي مادة محورية للاتفاقية وهي القاسم المشترك في تحفظات معظم الدول العربية، كما إنها تمثل أكثر المجالات مقاومة للتغيير. وتشمل: (الحقوق المتصلة بالزواج والحياة الأسرية؛ الحق في الزواج وفي حرية اختيار الزوج. الحقوق أثناء الزواج وعند فسخه. الحقوق المتعلقة بالوصاية، الولاية والتبني، اللقب العائلي و المهنة. تحديد سن أدنى للزواج، وأهمية تسجيل الزواج، ورفض زواج الأطفال).

30 حسين بلحيرش، المركز القانوني للمرأة في إبرام الزواج في القانونين الجزائري والتونسي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد الأول -الجزء الثاني- جوان2016، جامعة محمد الصديق بن يحي –جيجل-، الجزائر ص176.

31 هناك رأي ثالث في مسألة الولي: يرى أنه لا بد في عقد الزواج من رضا المرأة والولي معا: حيث ذهب الإمام أبو ثور أحد مجتهدي الشافعية إلى أنه متى تحقق رضا المرأة والولي فإن عقد الزواج يصح مهما كان الطرف الذي باشره –الولي أو المرأة- وليس لأحدهما أن يستبد بالزواج دون الآخر، وذلك أنه لم يعهد في الشريعة أن الأنوثة مانعة من مباشرة العقود، كما أن الولي حريص على مصلحة ابنته أو وليته فليس للمرأة أن تقدم على أمر خطير كهذا دون استشارته ونظر أمره (عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص117).

32 نفس المرجع السابق ص178.