

الإشكالات الناتجة عن المصادقة على اتفاقية سيداو – المادة 11 من قانون الأسرة نموذجاً – الولي بين الإبقاء والإلغاء

Problems arising from the ratification of CEDAW - Article 11 of the Family code as a model-

بوعزيز أمينة

جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق، Bouaziz-am@outlook.com

تاريخ النشر: 2023/06/18

تاريخ القبول: 2023/06/16

تاريخ الاستلام: 2023/05/24

ملخص:

طُرأ على قانون الأسرة الجزائري عدة تغييرات كانت نتيجة للاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر من بينها اتفاقية سيداو، وفي مجال تكريس المشرع الجزائري للضمانات التي أقرتها تلك الاتفاقية، جاء تعديل 2005 الذي مس بالعديد من المسائل الأسرية من بينها ولاية المرأة في عقد زواجها، والتي نص عليها في المادة 11 منه، حيث اختلت مكانة الولي في عقد الزواج من كونه ركناً في ظل القانون القديم ليصبح شرطاً بعد تعديله.

كلمات مفتاحية: اتفاقية سيداو، قانون الأسرة الجزائري، المساواة، زواج، ولي، المرأة الراشدة.

Abstract:

As a result of the Ratification to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), Algerian family code of 1984 was amended in 2005 by ordinance no. 05-02. Indeed, the reflection of the convention was negative in many family matters, However, it has reflected negatively on many family matters, such as the marriage guardianship, where the position of the guardian has been limited to a symbolic role in approving the marriage contract.

Keywords: CEDAW, Algerian family law, equality, marriage, guardian, adult woman.

مقدمة

طالما كان موضوع المرأة وحقوقها محلاً للنقاش في الساحة الدولية، حيث طرحت عدة أفكار ومشاريع قانونية لحماية المرأة بشكل موازي لمشاريع ومواثيق حقوق الإنسان، والتي كانت تبدو في مجملها وكأنها حقوق مقتصرة على الرجل فقط، إلا أن تطور فكر المجتمع الدولي من هذه النظرة وأصبح يعتبر حقوق المرأة جزءاً لا ينفصل عن منظومة حماية حقوق الإنسان ككل.

الإشكالات الناتجة عن المصادقة على اتفاقية سيداو -المادة 11 من قانون الأسرة نموذجاً- الولي بين الإبقاء والإلغاء

لقد تمحورت الآراء حول فكرة المساواة بين الجنسين وتجسيدها في كافة مناحي الحياة الاجتماعية، والسياسية، والاقتصادية، والثقافية، حيث دفعت السيطرة الغربية على المؤسسات التشريعية الدولية نحو تغليب المفهوم الغربي لمبدأ المساواة بين الجنسين، واستصدار العديد من الصكوك من أهمها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أو ما يسمى اتفاقية سيداو (CEDAW)¹، حيث تهدف إلى العمل على تحقيق المساواة بين المرأة والرجل وإزالة كل تمييز أو تفرقة ضد المرأة من شأنه أن يؤدي إلى اهانتها أو إحباط الاعتراف لها بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في جميع الميادين.²

وقد اهتمت الجزائر كغيرها من دول العالم بموضوع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فقامت بالمصادقة عليها سنة 1996، مع إبداء التحفظ على بعض بنودها. وكان لهذه المصادقة عدة آثار وانعكاسات على المنظومة التشريعية الجزائرية ككل، فقد تأثر بها قانون الجنسية، والقانون الجزائي، وقانون الصحة... وحتى قانون الأسرة.

كان لازال قانون الأسرة الجزائري يستقي أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا ما جعل لجنة القضاء على التمييز تعرب عن قلقها الشديد في أن قانون الأسرة الجزائري يتضمن العديد من الأحكام التي تحرم المرأة من حقوقها، خاصة في مسألة إبرام عقد زواجها بنفسها. وقد عبر المسؤولون الجزائريون في تقريرهم الذي قدموه إلى الأمم المتحدة في عام 1999 على أملهم بإصلاح قريب لقانون الأسرة، وبالفعل عملت الدولة على وضع تعديل جديد لقانون الأسرة 84-11 بموجب الأمر رقم 05-02 الذي أسقط أحكام الشريعة الإسلامية في العديد من مواده، من بينها المادة 11.³

تعتبر المادة 11 من بين المواد المعدلة على إثر اتفاقية سيداو، كما أنها تعتبر كذلك من بين المواد التي تثير العديد من الإشكالات في مسألة ولاية المرأة لعقد زواجها بنفسها، فالغموض الذي جاءت به هذه المادة خاصة بعد تعديلها أدى لطرح التساؤل التالي: ما مدى انعكاس اتفاقية سيداو على أحكام الولي في عقد الزواج؟

¹ CEDAW مختصر لكلمة: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.

² اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام، بقرارها 180/34، المؤرخ في 18 كانون الأول / ديسمبر 1979، وقد بدأ نفاذها بتاريخ: 3 أيلول / سبتمبر 1981، طبقاً لأحكام المادة 27.

³ الجزائر، وزارة العدل، القانون رقم: 84-11، الصادر بتاريخ: 9 رمضان عام 1404، الموافق ل: 9 يونيو سنة 1984، المتعلق بقانون الأسرة المعدل، المنشور في ج. ر، العدد: 24، بتاريخ: 12 جوان 1984، ص 910. - الجزائر، وزارة العدل، الأمر رقم: 05-02، الصادر بتاريخ: 18 محرم عام 1426، الموافق: 27 فبراير سنة 2005، المتعلق بقانون الأسرة المعدل والمتمم، المنشور في ج. ر، العدد: 15، بتاريخ: 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم: 84-11، الصادر بتاريخ: 9 رمضان عام 1404، الموافق: 9 يونيو سنة 1984.

وللإجابة على هذه المنهجية تم استخدام المنهج الوصفي والتحليلي، حيث اعتمد على المنهج الوصفي لملاءمته وطبيعة الموضوع، والمنهج التحليلي الذي تمت الاستعانة به من خلال عرض وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بمسألة الولي في عقد الزواج سواء قبل تعديل القانون أو بعد تعديله.

وقد تم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين: المبحث الأول الذي عالج الولاية في عقد الزواج في ظل القانون 84-11، حيث تم التطرق فيه إلى وجهة نظر الشريعة الإسلامية في المسألة كونها المرجع الأساسي الذي يعتمد عليه قانون الأسرة، ثم مقارنة أحكامها مع جاء به المشع الجزائري في ظل القانون 84-11.

أما البحث الثاني فقد تناول أثر اتفاقية سيداو على تعديل المادة 11 من قانون الأسرة، حيث تمت من خلاله دراسة تعريف اتفاقية سيداو ثم التطرق إلى مصادقة الجزائر إلى هذه الاتفاقية مع إبراز التحفظات الواردة عليها خاصة المادة 16، ثم التطرق إلى اسقاط ركن الولي كأثر للتصديق على الاتفاقية وذلك من خلال تحليل المادة 11 بعد تعديلها وبيان كيفية تأثرها باتفاقية سيداو.

المبحث الأول: الولاية في عقد الزواج في ظل القانون 84-11

على اعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مصدره هو الشريعة الإسلامية، فإنه وجب التطرق أولاً إلى تأصيل ولاية تزويج المرأة في الشريعة الإسلامية (مطلب أول)، ثم التطرق إلى سلطات الولي في القانون 84-11 (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مذاهب العلماء في اشتراط إذن الولي

اتفقه جمهور الفقهاء على أن الولاية هي النصرة، والإمارة والسلطة، وهو نفس المعنى اللغوي لها¹، وقد اكتفى فقهاء الشريعة الإسلامية بهذا التعريف، ما عدا الحنفية الذين يرون بأنها: "تنفيذ لقول على الغير شاء أم أبي"²، إلا أن هذا التعريف اقتصر فقط على نوع واحد من الولاية فقط وهو الولاية على النفس.

وتنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية على النفس والمال معاً¹ والولاية على النفس هي محل الدراسة باعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج.

¹ الولاية بفتح الواو وكسرهما مصدر للفعل ولي، ويقال ولي الشيء والولي هو القرب والدنو، أو ولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفانيته، وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها. ويراد بها النصرة، كما في قوله تعالى: ﴿...اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا...﴾ (سورة البقرة، الآية: 257)، وقوله أيضاً: ﴿...وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ﴾ (سورة البقرة، الآية: 107). والولاية إذا جاءت مكسورة يراد بها الإمارة والسلطة، أو القدرة والسلطان كما في قوله عز وجل: ﴿هُنَالِكَ الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ هُوَ خَيْرٌ ثَوَابًا وَخَيْرٌ عُقْبًا﴾ (سورة الكهف، الآية: 44). انظر: ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، ج15، ط3، دار صادر، بيروت-لبنان، 1414 هـ، ص ص 407-415. - مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المحیط، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 2005، ص 1344.

² زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج3، ط2، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1993 ص 117.

الإشكالات الناتجة عن المصادقة على اتفاقية سيداو - المادة 11 من قانون الأسرة نموذجاً - الولي بين الإبقاء والإلغاء

ومن الجانب القانوني عرفت الولاية بأنها: "المكنة الشرعية التي يمكن من خلالها قيام شخص تتوافر فيه الشروط اللازمة للقيام بالتصرفات القانونية بدل الغير ولمصلحته، نظراً لعجزه عن إدارة شؤونه"²، أو هي: "سلطة شرعية على النفس أو على المال، يسوغ لصاحبها التصرف بالشيء محل الولاية تصرفاً نافذاً".³

الولاية على النفس هي سلطة تجعل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالترقية والتعليم والتزويج⁴، وتكون هذه الولاية على ثلاث ولايات: ولاية التربية الأولى وهي فترة الحضانة، وولاية المحافظة على نفس الصغير من حيث رعايته وتربيته، وولاية النكاح أو التزويج.⁵

وفي مسألة النكاح أو الزواج اختلف أهل العلم حول مدى أحقية المرأة الراشدة في مباشرة عقد زواجها دون وليها، وذلك على مذهبين:

مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، اللذين ذهبوا إلى عدم صحة الزواج من غير ولي، فلا ينعقد الزواج بعبارة النساء عندهم. وقال الإمام ابن المنذر في هذا الخصوص: "فقال كثير من أهل العلم: لا نكاح إلا بولي...".⁶

واستدل هؤلاء الفقهاء بجملة من الأدلة منها قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾⁷، وقد جيء في تفسير هذه الآية الكريمة أنه لا يجوز النكاح بغير ولي "فالخطاب إذا في قوله تعالى: "فلا تعضلوهن" للأولياء، وأن الأمر إليهم في التزويج".⁸

¹ الولاية على المال هي: "السلطة التي يملك بها الولي التصرفات والعقود التي تتعلق بمال المولى عليه من البيع والشراء والإجارة والرهن والإعارة وغيرها"، وعرفت أيضاً: "الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرفات كالبيع والإجارة والرهن وغيرها"، راجع في ذلك: - محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط4، الدار الجامعية، بيروت-لبنان، 1983، ص 799. - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، ط12، دار الفكر، دمشق-سوريا، د. س. ن، ص 7327.

² الزرقا مصطفى أحمد، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، ط1، دار القلم، دمشق، 1999، ص31.

³ العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 92.

⁴ محمد مصطفى شلي، مرجع سبق ذكره، ص 272.

⁵ بسام محمد قاسم عمر، الولاية على النفس من منظور الفقه المالكي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين، المجلد: 36، جامعة الأزهر، القاهرة-مصر، العدد: 1، 2019، ص 863.

⁶ ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإشراف على مذاهب العلماء، ج5، ط1، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص 14.

⁷ سورة البقرة، الآية 232.

⁸ القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة-مصر، 1974، ص 158 وما يليها.

واستدلوا كذلك بحديث أبي موسى الأشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي"¹، فوجه الدلالة من هذا الحديث أنه: "...فيه نفي ثبوت النكاح على عموميه ومخصوصة إلا بولي،... وذلك أن الولي هو الذي يلي على غيره، ولو جاز هذا في الولاية لجاز مثله في الشهادة فتكون هي الشهادة على نفسها فلما كان في الشاهد فاسداً كان في الولي مثله"²، كما استدلو أيضاً بحديث عائشة -رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما امرأة نكحت بغير إذن موليتها فنكاحها باطل- ثلاث مرات- فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"³.

أما المذهب الثاني وهو مذهب الأحناف، اللذين يرون أن الولاية ليست بشرط في عقد نكاح المرأة، بحيث يجوز للمرأة البالغة العاقلة بكراً كانت أم ثيباً أن تزوج نفسها. والمعتمد عند الحنفية هو رواية الحسن اللؤلؤي وهو مشروعية أن تزوج المرأة العاقلة نفسها من كفؤ ومهر مثيلاتها من النساء، وإلا فللولي حق الاعتراض⁴.

وقد استدل الحنفية بقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾⁵، وقد قال الإمام الجصاص رحمه الله تعالى في تفسير هذه الآية: "...فجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي لموجب الآية. فإن قيل: إنما أراد بذلك اختيار الأزواج وأن لا يجوز العقد عليها إلا بإذنها. قيل له: هذا غلط من وجهين: أحدهما: عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره، والثاني: أن اختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يتعلق به أحكام النكاح..."⁶.

كما استدلو كذلك بحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صممتها"⁷، وقد جاء في كتاب المبسوط للسرخسي في هذا الحديث: "...والأيم: اسم لامرأة لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً... والمعنى فيه أنها تصرفت في خالص حقها ولم تلحق الضرر بغيرها فينعتد تصرفها كما لو تصرفت في مالها، وبيان الوصف أن النكاح من الكفاء بمهر المثل خالص حقها بدليل أن لها أن تطالب الولي به، ويجبر الولي على الإيفاء عند طلبها، وهي من أهل استيفاء حقوق نفسها وإنما استوفت بالمباشرة حقها وكفت الولي الإيفاء فهو

¹ سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الولي، الحديث رقم: 2085، ج2، ص 392.

² الخطابي، : أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي، معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، ج3، ط1، المطبعة العلمية، حلب- سوريا، 1932، ص 198.

³ سنن أبي داود، كتاب: النكاح، بابك في الولي، حديث رقم: 2083، 2084، ج2، ص 391.

⁴ بدر الدين العيني، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، البناية شرح الهداية، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 2000، ص 700 وما يليها.

⁵ سورة البقرة، الآية: 234.

⁶ الإمام الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1994، ص 484.

⁷ سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الثيب، الحديث رقم: 2098، 2099، ج2، ص 399.

الإشكالات الناتجة عن المصادقة على اتفاقية سيداو -المادة 11 من قانون الأسرة نموذجاً- الولي بين الإبقاء والإلغاء

نظير صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه فاستوفى كان استيفاءؤه صحيحاً فكذلك هنا، والدليل عليه أن اختيار الأزواج إليها بالاتفاق، والتفاوت في حق الأغراض والمقاصد إنما يقع باختيار الزوج لا بمباشرة العقد، ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الأزواج، وكذلك إقرارها بالنكاح صحيح على نفسها ولو كانت بمنزلة الصغيرة ما صح إقرارها بالنكاح. وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولي العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها، ويجب على الولي تزويجها عند طلبها، ولو كانت كالصغيرة لما وجب الإيفاء بطلبها وإنما يثبت لها حق مطالبة الولي؛ لنوع من المروءة، ... وإذا زوجت نفسها من غير كفاء فقد ألحقت الضرر بالأولياء فيثبت لهم حق الاعتراض؛ لدفع الضرر عن أنفسهم...".¹

الظاهر من أقوال الفقهاء في مسألة مباشرة المرأة عقد زواجها بنفسها فإنهم اختلفوا بين من اعتبر أن الولي ركن أساسي بدونه يبطل العقد، وبين من اعتبره شرطاً ولكن له صلاحية إبطال العقد إذا رأى أن الرجل غير كفؤ وأن المهر لم يصل إلى مقدار مهر مثيلاتها. فالرأي الراجح من بين اختلاف الفقهاء هو رأي الجمهور من الفقهاء وذلك نظراً لمكانة الولي عند المرأة. ولا ضير للأخذ بالرأي الآخر، وهو رأي الأحناف، عند الضرورة والحاجة.

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من الولي في عقد الزواج في ظل القانون رقم 84-11

نظم المشرع الجزائري أحكام الولاية في ظل قانون الأسرة 84-11 في المواد 09 و 11 و 12 و 13 منه، لقد جعلت المادة 09 من الولي ركناً أساسياً لإتمام عقد الزواج، حيث أن اشتراط رضا المرأة في عقد الزواج مرتبط بوجود الولي، والظاهر هنا أن المشرع الجزائري كان يعتمد على مذهب جمهور الفقهاء من الشريعة الإسلامية.

كما أكد المشرع ضمن المادة 11 على أنه إذا كان لا بد من توفر رضا الخطيبين لانعقاد الزواج، فإن رضا الفتاة لوحده لا يكفي، بل لا بد من تدعيمه برضا الولي، والولي في هذه المادة هو الأب، وعند غيابه فأحد الأقارب، وعند عدمهم القاضي ولي من لا ولي له.² وفي حالة تخلف ركن الولي لوحده في عقد الزواج فعن ذلك يؤدي إلى فسخه إذا لم يتم الدخول، أما إذا تم الدخول فيثبت الزواج بصداد المثل. وفي حالة ما إذا تخلف ركن الولي مع أي ركن آخر من أركان الزواج فيبطل عندئذ عقد الزواج سواء تم الدخول أو لم يتم.³

¹ الإمام السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، الميسوط، ج5، مطبعة السعادة، مصر، د. س. ن، ص 13.

² مطاري هند، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على القانون الداخلي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق، المركز الجامعي، البويرة-الجزائر، 2010/2011، ص 107. - تازير آمنة، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون الأسرة، جامعة الأخوة منتوري، كلية الحقوق، قسنطينة-الجزائر، 2021/2022، ص 149.

³ عبد القادر رحال، أحكام وضوابط الولاية في الزواج بين الفقه والقانون، عشرين جيلالي، انعقاد الزواج -الإشكالات والحلول-، منشورات مخبر النظام القانوني للتعقود والتصرفات في القانون الخاص، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة-الجزائر، جوان 2021، ص 11-12.

والملاحظ من خلال استقراء نص المادة 11 أن ترتيب الأولياء الذي أخذ به المشرع الجزائري كان مأخوذاً من فقهاء الشافعية والحنابلة، وذلك في جعلهم الولاية للأب ولو كان لها ابن، وذلك بخلاف ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي والحنفي في تقديمهم الفروع على الأصول¹، فولي المرأة في الزواج هو أبوها مطلقاً، ثم أقاربها الأولين ثم القاضي عند غياب الولي.²

قيد المشرع الجزائري من سلطة الولي في إبرام عقد الزواج ضمن المادة 12 و 13 من التقنين ذاته،³ والتي تعطي للمرأة إمكانية اللجوء إلى القاضي ليأذن لها بالزواج في حالة ما إذا منعها وليها، مع مراعاة المادة 09 من نفس القانون.⁴

وعلى العموم، فإن اشتراط الولي في عقد الزواج هو حماية لمصلحة المرأة ودرء المفاسد عنها، وصونا لها من حضور مجالس الرجال، لذلك منح المشرع الجزائري قبل تعديله لقانون الأسرة هذا الدور للولي، لكنه في نفس الوقت قيده في سلطته وذلك بعدم منع منهي في ولايته بالزواج غذا رغبت سواء كانت بكراً أم ثيباً، كما أن المواد المتعلقة بالولاية كان فيها شيء من الغموض، بداية من المادة 12 التي تمنع الولي من رفض زواج ابنته، وتحيل الولاية إلى القاضي ليأذن لها بالزواج، ثم في الفقرة الثانية من المادة التي تسمح للأب بمنع ابنته من الزواج متى وجد مصلحة لها في المنع، إلى المادة 13 التي تمنع الولي من

¹ اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الأب هو أولى بولاية نكاح ابنته، ثم اختلفوا في ترتيب الأقارب بعد ذلك، فأخذ المالكية في ترتيب الأولياء في النكاح على أنه بعد الأب، يأتي الابن ولو من زنا، م بعد الابن يقدم ابن الابن، ثم الأب، ثم الأخ على الصحيح، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم الجد لأب على المشهور، ثم العم الشقيق، ثم ابنه، ثم العم لأخ، ثم ابنه، ثم أبو الجد، ثم عم الأب، ثم تنقل الولاية إلى كافل المرأة المتقدم ذكره، ثم تنتقل الولاية إلى الحاكم. بينما اتجه الحنفية إلى أن بعد الأب. بينما اتجه الحنفية إلى أنه العصبة بالنسب أو بالسبب كالمعتق فإنه عصبة بالسبب، ثم ذوو الأرحام، ثم السلطان ثم القاضي إذا كان ذلك الحق منصوباً عليه في أمر تعيينه. وبخصوص الشافعية فقد رأوا أنه بعد الأب يأتي الجد أبو الأب، ثم أبوه فإذا اجتمع جدان كان الحق للأقرب، ثم الأخ الشقيق، ثم ابن الأب لأب، ثم العم الشقيق ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن الأب، ثم تنتقل الولاية بعد ذلك إلى المعتق إن كان ذكراً، ثم عصبته إن وجدت، ثم الحاكم يزوج عند فقد الأولياء من النسب والولاء، بينما اعتمد الحنابلة على أنه بعد الأب يأتي وصي الأب بعد موته، ثم الحاكم عند الحاجة، ثم تنتقل الولاية إلى الأقرب فالأقرب من العصبات كالإرث وأحق الأولياء الأب، ثم الجد وإن علا، ثم الابن، ثم ابنه وإن نزل، وعند اجتماع هؤلاء يقدم الأقرب، ثم من بعد الابن يقدم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب. ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم بنوها وإن نزلوا، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب وإن نزلوا، ثم أعمام الجد، ثم بنوهم، ثم بنوهم كذلك وهكذا، فيقدم أولاد الأقرب على أولاد الأعلى، ثم تنتقل الولاية إلى المولى المتعق، ثم عصبته الأقرب فالأقرب، ثم السلطان الأعظم أو نائبه فإن تعذر وكلت رجلاً عدلاً يتولى عقدها. راجع: الجزيري: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ج 4، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003، ص 29-31.

² نسيمه أمال حيفري، المركز القانوني للمرأة في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور في **مجلة حفريات الإلكترونية**، الصادرة عن مركز دال للأبحاث والإنتاج العلمي، القاهرة-مصر، 2017، ص 14، أنظر الموقع: <https://hafiryat.com>

³ نصت المادة 12 على أنه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغب فيه وكان أصلح لها فإذا وقع المنع للقاضي 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". نصت المادة 13 من القانون 11-84 المتضمن قانون الأسرة على أن: "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقته".

⁴ مطاري هند، مرجع سبق ذكره، ص 107. - مومو نادية، **تحفظ الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تبزي وزو- الجزائر، 2020، ص 340.

الإشكالات الناتجة عن المصادقة على اتفاقية سيداو -المادة 11 من قانون الأسرة نموذجاً- الولي بين الإبقاء والإلغاء

منع زواج من هي في ولايته أو إجبارها على الزواج دون موافقتها، مروراً بالمواد 33 و 09 التي تارة يعد المشرع الجزائري فيها الولي ركناً من أركان الزواج، وتارة يعده شرطاً من شروط صحته.¹

المبحث الثاني: أثر اتفاقية سيداو على تعديل المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

كان المشرع الجزائري في ظل القانون 84-11 المتعلق بقانون الأسرة يعتبر أن الولي ركن في عقد زواج المرأة، ولا يمكن لها إبرام زواجها بنفسها دون وليها، غير أنه ونتيجة للتغيرات التي طرأت على المجتمع الجزائري من جهة، وضغوطات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة من جهة أخرى، ونتيجة كذلك لمطالبات الجمعيات النسوية، غير المشرع الجزائري من مركز الولي في عقد زواج المرأة بعد تعديله لقانون الأسرة بالأمر 05-02. (المطلب الثاني)، وقبل بيان موقف المشرع الجزائري وكيف أثرت الاتفاقية على مركز الولي كان لابد للإشارة إلى مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو والتحفظات التي وضعتها على بعض موادها (المطلب الأول).

المطلب الأول: موقف الجزائر من اتفاقية سيداو

تعتبر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من أول الإعلانات والاتفاقيات الصادرة عن الأمم المتحدة التي تتعلق بإلغاء التمييز ضد المرأة، وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ عام 1981م، وتتكون من ثلاثين مادة تدعو فيهم إلى المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في جميع الميادين، وإلغاء مفهوم التمييز، مع الدعوة إلى تغيير هياكل الأسرة، وهي تبين بشكل ملزم قانوناً المبادئ الإنسانية المعمول بها دولياً والمتعلقة بحقوق المرأة، وقد دعت الأطراف إلى إلغاء التمييز ضد المرأة بأشكاله وإلى مساواتها بالرجل في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كما تؤكد على وجوب الامتناع عن أي عمل يؤدي إلى إهانة المرأة والانتقاص من كرامتها.²

لم تكتف الاتفاقية ببحث الدول على اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق المساواة بين الجنسين، بل أنشأت جهاز لمراقبة التقدم المحرز من طرف الدول لتنفيذ الاتفاقية حسب المادة 17، تسمى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة وتشكل من هيئة خبراء مستقلين ترصد تنفيذ الاتفاقية،³ ومن أجل تدعيم اللجنة تم إلحاق بروتوكول اختياري بالاتفاقية.¹

¹ نسيمه أمال جيفري، مرجع سبق ذكره، ص 16.

² سهيلة عاشور، انعكاس اتفاقية سيداو على قانون الأسرة الجزائري-الخلع نموذجاً، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، المجلد 14، جامعة الجزائر 1، الجزائر، العدد 1، 31/03/2022، ص 547.

³ محروق كريمة، مخاطر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على الأسرة الجزائرية، مجلة الدراسات القانونية التطبيقية، المجلد 1، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة-الجزائر، العدد 1، 21/04/2022، ص 5.

تتمحور مجمل التحفظات التي أبدتها معظم الدول المنظمة إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حول المساواة بين الرجل والمرأة عند إنشاء عقد الزواج وعند انحلاله في مجال شؤون الأسرة على الخصوص، والمستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، وهي تشمل المادة 02، والمادة 09 الفقرة 02، والمادة 16. وتعتبر المادة 16 من أكثر المواد إثارة للجدل،² وذلك بكونها طالبت ونصت على المساواة الكاملة بين المرأة والرجل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، سواء ارتبطت بكيفية إبرام عقد الزواج أو أثناء الزواج، وحق اختيار الزوج وحقوق الولاية والوصاية على الأولاد، وقد تم التحفظ عليها لأنها تخرق أحكام الشريعة الإسلامية بصورة واضحة وصريحة، خاصة في مسألة الولي وعقد المرأة زواجها بنفسها.³

وفي هذا الخصوص، ترى اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة أن أي دولة، بإدخالها تحفظات على مثل المادتين 02 و16 من الاتفاقية، إنما تحرم المرأة في نهاية الأمر من المساواة، التي تمثل الغرض الرئيسي للاتفاقية، وهي بذلك تحافظ على وضع يميز فيه ضد المرأة في القانون والأعراف، والممارسة، وتنتكر لالتزاماتها باتخاذ خطوات فعالة من أجل القضاء على التمييز، فالدول التي تخضع تطبيق أحكام هاتين المادتين لقانون الأسرة أو قانون الأحوال الشخصية فيها، أو

¹ تم اعتماد البروتوكول الاختياري من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرارها الصادر في الدورة الرابعة والخمسين، بتاريخ 09 أكتوبر 1999، وأصبح ساري المفعول ابتداء من تاريخ 22 ديسمبر 2000، يتألف هذا البروتوكول من 21 مادة، بعضها يتعلق بمهام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في تلقيها للشكاوي من قبل الأفراد، والإجراءات الواجب اتخاذها في هذا الشأن، سواء من قبل اللجنة أو الدولة الطرف المعنية، بالإضافة إلى شروط قبول التبليغات لكي تنظر فيها اللجنة، وبعضها الآخر يتعلق بإجراءات التطبيق على البروتوكول، أو تعديله، وتاريخ سريان مفعوله. أنظر الموقع: <https://www.ohchr.org> بتاريخ: 2023/05/22، على الساعة: 15:45.

² تنص المادة 16 من اتفاقية سيداو على أنه: "1. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

أ- نفس الحق في عقد الزواج،

ب- نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل،

ج- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه،

هـ- نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهم الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

و- نفس الحقوق في أن تقرر، بحرية وبإدراك للنتائج، عدد أطفالها والفواصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق،

د- نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

ز- نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار إسم الأسرة والمهنة ونوع العمل،

ح- نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض.

2. لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي اثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً".

³ فتيحة يعقوبي، أثر اتفاقية سيداو على تعديل قانون الأسرة الجزائري-قراءة في المادة 11-، *مجلة القانون والعلوم السياسية*، المجلد 08، المركز الجامعي بالنعامة، الجزائر، العدد: 02، 2022، ص 44.

الإشكالات الناتجة عن المصادقة على اتفاقية سيداو - المادة 11 من قانون الأسرة نموذجاً - الولي بين الإبقاء والإلغاء

للشريعة الإسلامية إنما تقيد التزامها بالقضاء على التمييز ضد المرأة وتنقص منه، مؤدية بالتالي إلى إحباط مقصد المعاهدة نفسه التحفظات على اتفاقية سيداو.¹

وبالرجوع إلى الجزائر، نجد أنها انضمت إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ: 1996/05/22، وذلك بالمرسوم الرئاسي 51-96 المؤرخ في 1996/01/22، حيث جاء في نص المادة الأولى منه: "تنظم، مع التحفظ، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 وتنتشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".² من خلال هذا النص يتضح أن المشرع لم يوافق على كل بنود الاتفاقية فقد تحفظ على بعض موادها وذلك لكون هذه المواد منافية لخصوصيات الشعب الجزائري وعاداته وتقاليد وأعرافه، كما تتعارض كذلك مع المنظومة القيمية والدينية والاجتماعية والثقافية في المجتمع الجزائري.³

قامت الحكومة الجزائرية بالتحفظ على بعض المواد الاتفاقية من مابينهم المادة 16، حيث جاء نص التحفظ عليها كما يلي: "تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة في جميع المسائل المترتبة عن الزواج أثناء الزواج وعند الانفصال لا يجب أن تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري".⁴ وعليه يمكن القول أن الجزائر تحفظت على مواد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لكونها تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، من جهة، ومن جهة أخرى مخالفة هذه المواد لأحكام القوانين الوطنية.⁵

المطلب الثاني: إلغاء ركن الولي الشرعي في قانون الأسرة تكريسا لاتفاقية سيداو

¹ أحمد عباد، التحفظات الجزائرية على اتفاقية سيداو من منظور القانون الدولي العام، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 07، جامعة أم البواقي، الجزائر، العدد 02، ص 95.

² الجزائر، وزارة الشؤون الخارجية، مرسوم رئاسي رقم: 51-96، الصادر بتاريخ: 02 رمضان عام 1416 الموافق 22 يناير سنة 1996، يتضمن انضمام الجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، المنشور في ج. ر، عدد: 06، بتاريخ: 1996/01/24، ص 04.

³ سهيلة عاشور، مرجع سبق ذكره، ص 548.

⁴ راجع الموقع: <http://hrlibrary.umn.edu> بتاريخ: 2023/05/22، على الساعة: 13:28.

⁵ سهيلة عاشور، مرجع سبق ذكره، ص 554.

طراً على قانون الأسرة تعديلاً في سنة 2005 يحمل معه العديد من الإشكالات من بينها المركز القانوني للولي في عقد زواج المرأة التي هي في ولايته، فبعدما كان المشرع الجزائري يعتبر هذا الأخير ركناً في عقد الزواج أسقطه إلى مجرد شرط، وذلك ضمن المادة 09 مكرر من الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، والتي جاء نصها: " يجب أن يتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: 3- الولي".

كما تم تعديل المادة 11 من نفس القانون وأصبح نصها كالآتي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون. يتولى زواج القصر أولياؤهم فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، فطبقاً لهذا النص، منح المشرع الجزائري للمرأة الراشدة الحق في إبرام عقد زواجها بنفسها، واشترط فقط حضور أي شخص لهذا العقد ولو غير الأب رغم وجوده، وهو ما يجعل من الولي مجرد أمر شكلي لا أهمية كبيرة له في هذا العقد ما دامت المرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين بذاته، ليساوي المشرع الجزائري بذلك بين الولي والشاهدين في المركز.

أما بالنسبة للمرأة القاصر فقد أبقى المشرع الولاية عليها، ولكنها ولاية اختيار وليست ولاية إجبار، فالولي ينفذ رغبة القاصرة التي هي تحت ولايته لا أكثر، فهو مسلوب من حق التعبير عن رأيه ولو كان ذلك ضرورياً.¹ كما حصر الولاية في الأب فالأقربين مستعملاً أداة العطف "ف" التي تفيد الترتيب، بخلاف ما ورد في زواج الراشدة، ثم أشار إلى من يلي الأب بعبارة "الأقارب الأولين" دون تعيينهم، ولقد استعمل مصطلح "القصر" في الفقرة الثانية من المادة 11 المعدلة لتشمل الذكور والإناث دون وضع حد أدنى لسن زواج القصر، فهو سن التمييز أم أدنى من ذلك، أم يعتد بسن البلوغ؟²

أما عن أثر تخلف الولي كشرط، نصت عليه المادة 33 من ق أ ج المعدل، التي جاء فيها: "يطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، وهذا يعني أن تخلف الولي يكون في حالة المرأة القاصرة فقط لأنه قال "في حالة وجوبه" ولا يوجب هذا الأخير إلا إذا كانت المرأة قاصرة، فيؤدي ذلك إلى فسخ الزواج إذا لم يتم الدخول، وإذا تم الدخول فيثبت هذا الزواج بصداق المثل. غير أنه بمفهوم المخالفة يمكن استنتاج أنه إذا تخلف الولي في زواج ابنته الراشدة فإن ذلك لا يؤثر على عقد زواجها، فيبقى صحيحاً سواء تم الدخول أو لم يتم.³

والإشكالية الكبرى التي تثيرها المادة 11 المعدلة هي ترتيب الأولياء للمرأة الراشدة، حيث من جهة استخدم المشرع الجزائري عبارة "أو" التي تفيد الاختيار لا الترتيب، ومن جهة أخرى أدخل في ترتيب الأولياء أي شخص تختاره المرأة ولو

¹ تازير آمنة، مرجع سبق ذكره، ص 152.

² مومو نادية، مرجع سبق ذكره، ص 341-342.

³ قحموص نوال، انعكاسات المادة 16 من اتفاقية سيداو على قيام الرابطة الزوجية وإحلالها في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، جامعة المسيلة، الجزائر، العدد 01، 2021/07/15، ص 601.

الإشكالات الناتجة عن المصادقة على اتفاقية سيداو - المادة 11 من قانون الأسرة نموذجاً - الولي بين الإبقاء والإلغاء

كان غريباً عنها. فالولاية عند المشرع الجزائري هنا تنتقل بين الأب إلى الأقارب إلى أي شخص تختاره أو إلى القاضي، ويحق للمرأة أن تختار الترتيب الذي يناسبها.¹

تعرض المشرع الجزائري للعديد من الانتقادات، لكونه استجاب ولو نسبياً لمطلب إلغاء الولي، ومن أجل تبرير موقفه حاول القول أنه استرشد بالمذهب الحنفي، الذي أجاز للمرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكراً أو ثيباً أن تبشر بنفسها عقد نكاحها دون وليها، لكن بالرجوع إلى المذهب الحنفي وقراءة آراء الفقهاء في هذه المسألة نجد أن المشرع قد خرج عن المذهب، فالحنفية، كما سبق بيانه، أجازوا للولي حق الاعتراض وفسخ عقد الزواج ورفع الأمر إلى القاضي عند عدم كفاءة الزوج ومهر المثل.²

وعلى العموم فإن المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، جاءت بصورة غامضة، وفيها العديد من الإشكالات، فمن جهة ابتدع المشرع الجزائري في فقرتها الأولى رأياً فقهياً شاذاً، ومن جهة أخرى نجد أنه انفرد باجتهاد خالف فيه جمهور الفقهاء عند قيامه بترتيب الأولياء، حيث فتح باباً للتمرد على أحكام الشريعة الإسلامية والأعراف والعادات من خلال استخدامه لعبارة "أي شخص تختاره"، فقد جعل من كل الأشخاص أولياء للمرأة بغض النظر عن معيار القرابة.³

يظهر جلياً في نص المادة 11 المعدلة أن اتفاقية سيداو كان لها أثراً بليغاً في تعديلها، فهي من بين التعديلات التي أراد بها المشرع الجزائري تطبيق مبدأ المساواة بين الزوجين. والحقيقة التي لا يمكن تجاهلها أن المشرع الجزائري بتعديله للمادة حاول إرضاء تيارين متناقضين: المتناقض الأول ويمثله الرأي الأول الذي كان يطالب بإلغاء الولاية في الزواج، وتخليص المرأة منها، استجابة لاتفاقية سيداو، وبالتالي منح المرأة حق الولاية وحق تفويضها لأبيها أو غيره، بينما المتناقض الثاني فيمثله

¹ مومو نادية، مرجع سبق ذكره، ص 341. - عبد الحفيظ بقعة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 1، جامعة زيان عاشور، المجلد 1-الجزائر، العدد 23، ص 116.

² مزياني نور الدين، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على بعض أحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان-الجزائر، 2020-2021، ص 77.

³ فتيحة يعقوبي، مرجع سبق ذكره، ص 49. - للمزيد راجع: بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان-الجزائر، 2015/2016، ص 158 وما يليها. لقد استرسل الطالب من خلال هذه الأطروحة إلى بعض آراء فقهاء القانون حول مسألة الولاية في عقد الزواج.

التيار الإسلامي الذي رأى بضرورة الإبقاء على الولي كشرط تأسيسي لعقد الزواج. ونتيجة لهذه الضغوطات حاول المشرع الجزائري أن يجمع بين المتناقضين، وذلك بجعل المرأة الراشدة الحق في إبرام عقد زواجها بنفسها.¹

وعلى إثر هذين المتناقضين ومحاولة المشرع للتوفيق بينهما، إلا أن الجزائر تتعرض لضغوطات وانتقادات من قبل لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في ردها على التقرير الثالث والرابع للجزائر على عدم الإلغاء الكلي لشرط الولي²، ولذلك تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو تدريجي، دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية.³

خاتمة:

بالرغم من كل التعديلات العديدة التي أدخلها المشرع الجزائري على قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02، فإن ذلك لم يشفع للجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والتي ما فتئت تعبر عن قلقها مما تعتبره استمرارا من الجزائر في تطبيق الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة والتي تركز مراكز قانونية منقوصة للمرأة في عدة مجالات، لذلك تدعو اللجنة دائما لمراجعة وتعديل تلك الأحكام التمييزية، بما ينسجم ورؤيتها لمفهوم التمييز الذي يتجاوز مجرد تحسين وضعية المرأة إلى المساواة المطلقة والتطابق التام بينها وبين الرجل.

وعلى العموم، فإن اتفاقية سيداو انعكست بصورة سلبية على قانون الأسرة خاصة في مسألة الولاية في الزواج، ويظهر ذلك جليا عندما منح المشرع الجزائري للمرأة البالغة الراشدة الحرية في إبرام عقد زواجها سواء حضر وليها أو أحد أقاربها، أو أي شخص تختاره حتى ولو كان غريبا عنها، وهذا يعتبر خروجاً عن مسلك فقهاء الشريعة الإسلامية.

وفي الأخير، توصلت هذه الدراسة لبعض التوصيات أهمها:

- توعية أفراد المجتمع خاصة النساء على سلبات اتفاقية سيداو من خلال تنظيم ندوات ومؤتمرات علمية بهذا الخصوص؛
- وجوب إعادة النظر مجددا في المادة 11 وجعلها توافق أحكام الشريعة الإسلامية؛ وذلك برفع الغموض الذي يكتنف مكانة الولي ودوره بالنسبة للمرأة الراشدة، والحفاظ على معيار القرابة بدلا من معيار الاختيار؛

¹ فتيحة يعقوبي، مرجع سبق ذكره، ص 48.

² أنظر في ذلك الموقع: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-DZA-CO->

³⁻⁴ ، بتاريخ: 2023/05/22، على الساعة: 13:05.

³ مومو نادية، مرجع سبق ذكره، ص 345. — أحمد عبادة، مرجع سبق ذكره، ص 97 وما يليها.

الإشكالات الناتجة عن المصادقة على اتفاقية سيداو -المادة 11 من قانون الأسرة نموذجاً- الولي بين الإبقاء والإلغاء

- على الرغم من الإيجابيات التي تحملها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، إلا أن سلبياتها وخيمة خاصة على مجتمع مسلمي كالمجتمع الجزائري، لذلك لا بد من الحكومة الجزائرية إما أن تتمسك بالتحفظ على المادة 16 من الاتفاقية، أو إمكانية سحب انضمامها لها.

وفي الأخير، موضوع تأثير اتفاقية سيداو على قانون الأسرة خاصة المادة 11 هو موضوع من بين المواضيع العديدة التي تحتاج إلى دراسة وتعمق، خاصة وأن تأثير وانعكاسات اتفاقية سيداو على قانون الأسرة لم تشمل المادة 11 فقط وإنما مست مجموعة من المسائل الأخرى سواء في عقد الزواج أو بعد انحلاله، كتحديد سن الزواج، أو رضا الزوجين، أو الطلاق أو الخلع وغيرها من المسائل الأسرية.

قائمة المراجع:

- 1- ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، **الإشراف على مذاهب العلماء**، ج5، ط1، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، 2004.
- 2- ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، **لسان العرب**، ج15، ط3، دار صادر، بيروت-لبنان، 1414 هـ.
- 3- أحمد عبادة، **التحفظات الجزائرية على اتفاقية سيداو من منظور القانون الدولي العام، مجلة العلوم الإنسانية**، المجلد 07، جامعة أم البواقي، الجزائر، العدد 02.
- 4- الإمام الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، **أحكام القرآن**، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1994.
- 5- الإمام السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، **المبسوط**، ج5، مطبعة السعادة، مصر، د. س. ن.
- 6- بدر الدين العيني، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، **البنية شرح الهداية**، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2000.
- 7- بسام محمد قاسم عمر، **الولاية على النفس من منظور الفقه المالكي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين، المجلد: 36، جامعة الأزهر، القاهرة-مصر، العدد: 1، 2019.**
- 8- تازير آمنة، **اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون الأسرة، جامعة الأخوة منتوري، كلية الحقوق، قسنطينة-الجزائر، 2021/2022.**

- 9- الجزائر، وزارة الشؤون الخارجية، مرسوم رئاسي رقم: 96-51، الصادر بتاريخ: 02 رمضان عام 1416 الموافق 22 يناير سنة 1996، يتضمن انضمام الجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، المنشور في ج. ر، عدد: 06، بتاريخ: 1996/01/24.
- 10- الجزائر، وزارة العدل، القانون رقم: 84-11، الصادر بتاريخ: 9 رمضان عام 1404، الموافق ل: 9 يونيو سنة 1984، المتعلق بقانون الأسرة المعدل، المنشور في ج. ر، العدد: 24، بتاريخ: 12 جوان 1984، ص 910. - الجزائر، وزارة العدل، الأمر رقم: 05-02، الصادر بتاريخ: 18 محرم عام 1426، الموافق: 27 فبراير سنة 2005، المتعلق بقانون الأسرة المعدل والمتمم، المنشور في ج. ر، العدد: 15، بتاريخ: 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم: 84-11، الصادر بتاريخ: 9 رمضان عام 1404، الموافق: 9 يونيو سنة 1984.
- 11- الجزائري: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزائري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2003.
- 12- الخطابي، : أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي، **معالم السنن**، وهو شرح سنن أبي داود، ج3، ط1، المطبعة العلمية، حلب-سوريا، 1932.
- 13- الزرقا مصطفى أحمد، **العقود المسماة في الفقه الإسلامي**، عقد البيع، ط1، دار القلم، دمشق، 1999.
- 14- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج3، ط2، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1993.
- 15- سهيلة عاشور، انعكاس اتفاقية سيداو على قانون الأسرة الجزائري-الخلع نموذجاً، **مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية**، المجلد 14، جامعة الجزائر1، الجزائر، العدد 1، 2022/03/31.
- 16- عبد القادر رحال، أحكام وضوابط الولاية في الزواج بين الفقه والقانون، عشير جيلالي، **انعقاد الزواج - الإشكالات والحلول-**، منشورات مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة-الجزائر، جوان 2021.
- 17- العربي بختي، **حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- 18- فتيحة يعقوبي، أثر اتفاقية سيداو على تعديل قانون الأسرة الجزائري-قراءة في المادة 11-، **مجلة القانون والعلوم السياسية**، المجلد 08، المركز الجامعي بالنعامة، الجزائر، العدد: 02، 2022.¹
- 19- فتيحة يعقوبي، مرجع سبق ذكره، ص 49. - للمزيد راجع: بن عومر محمد الصالح، **المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان-الجزائر، 2016/2015.
- 20- قحصوص نوال، انعكاسات المادة 16 من اتفاقية سيداو على قيام الرابطة الزوجية وانحلالها في قانون الأسرة الجزائري، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية**، المجلد 06، جامعة المسيلة، الجزائر، العدد 01، 2021/07/15.
- 21- القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج3، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة-مصر، 1974.

الإشكالات الناتجة عن المصادقة على اتفاقية سيداو -المادة 11 من قانون الأسرة نموذجاً- الولي بين الإبقاء والإلغاء

- 22- مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، **الخيوط**، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 2005.
- 23- محروق كريمة، مخاطر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على الأسرة الجزائرية، **مجلة الدراسات القانونية التطبيقية**، المجلد 1، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة-الجزائر، العدد 1، 2022/04/21.
- 24- محمد مصطفى شلي، **أحكام الاسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون**، ط4، الدار الجامعية، بيروت-لبنان، 1983.
- 25- مزياي نور الدين، **اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على بعض أحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان-الجزائر، 2020-2021.
- 26- مطاري هند، **اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على القانون الداخلي الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق، المركز الجامعي، البويرة-الجزائر، 2010/2011.
- 27- الموقع الإلكتروني: <http://hrlibrary.umn.edu>
- 28- الموقع الإلكتروني: <https://www.ohchr.org>
- 29- الموقع الإلكتروني: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-DZA-CO-3-4>
- 30- مومو نادية، **تحفظ الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو - الجزائر، 2020.
- 31- مومو نادية، مرجع سبق ذكره، ص 341. - عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، **مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية**، المجلد 1، جامعة زيان عاشور، الجلفة-الجزائر، العدد 23.
- 32- نسيمه أمال حيفري، **المركز القانوني للمرأة في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري**، مقال منشور في **مجلة حفریات الإلكترونية**، الصادرة عن مركز دال للأبحاث والإنتاج العلمي، القاهرة-مصر، 2017.
- 33- وهبة بن مصطفى الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج10، ط12، دار الفكر، دمشق-سوريا، د. س. ن.