

الأستاذة سوسن بوفنارة

أستاذة مساعدة بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف -

هاتف رقم : 0771548020

بريد الكتروني: saoussen\_boufenara1@yahoo.fr

عنوان المداخلة : المركز القانوني للمرأة و الولي في عقد الزواج

-دراسة مقارنة بين قانوني الأسرة 84-11 و 05-09 -

المحور الثاني:قوانين الأسرة العربية والتحديات المعاصرة

## المركز القانوني للمرأة و الولي في عقد الزواج

-دراسة مقارنة بين قانوني الأسرة 84-11 و 05-09 -

تحدث العام و الخاص حول تعديل قانون الأسرة الذي مس المركز القانوني للولي من جهة وللمرأة من جهة اخرى، و تعالت الأصوات الرافضة له قائلة بعدم موافقته للشرعية الإسلامية و أيدته الأصوات المنادية بحقوق المرأة ، مما خلق إشكالية هامة و أساسية توجب الاجابة عنها و المتمثلة في: ما هو التغيير الذي أحدثته تعديل قانون الأسرة الجزائري في المركز القانوني لكل من الولي و المرأة في عقد الزواج ؟ و للاجابة عن هذه الإشكالية توجب إذن بيان و تحديد المركز القانوني لكل من المرأة و الولي في ظل قانون الأسرة 84-11 من جهة و قانون الأسرة 05-09 من جهة اخرى مع النظر و البحث في أسباب هذا التغيير لان معرفة السبب يحدد اتجاه المشرع وبالتالي يسهل تفسير النصوص و تطبيقها.

أولا : المركز القانوني للمرأة و الولي في قانون الأسرة رقم 84-11 .

### 1-قراءة في المواد :7، 10 ، 11 ثم 20.

حدد المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 7 من قانون الأسرة رقم 84-11 أهلية الزواج بـ 21 سنة للرجل و 18 سنة للمرأة ، ثم بين في المادة 9 من نفس القانون الأركان التي ينعقد بها الزواج حيث نصت على أنه : « يتم عقد الزواج ، برضا الزوجين ، و بولي الزوجة و شاهدين و صدق » ، و تلتها

المادة 10 ببيان كيفية التعبير عن الرضا حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه: «**يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا**».

و في نفس الوقت نصت المادة 11 من نفس القانون على أنه: «**يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له**». مما يفيد أن الولي هو الذي يباشر عقد زواج المرأة و هو الذي يقوم بصيغة الإيجاب و القبول عنها ، لكن هل يكون هذا على سبيل الوكالة ؟ . بالنظر إلى ما ورد في المذكرة التوضيحية لقانون الأسرة رقم 84-11 نجد ما يأتي: «الترتيبات الخاصة بمختلف أشكال الوصاية تمثل وجها من وجوه العناية المعطاة من التشريع لحماية العاجزين الناتجة عن إحدى أسباب الضياع و نقص القدرة ، و كذلك للمصلحة بالنسبة للذين لا يتحملون الضرورة»<sup>1</sup>. إذن فتولى الولي زواج المرأة ليس على سبيل الوكالة لكن يتبادر إلى الأذهان تساؤل : إذا كان المشرع الجزائري يصنف المرأة مع العاجزين و القصر فلما يحدد لها سن تكتمل فيه أهليتها للزواج ما دامت ستبقى محجورا عليها حتى و إن بلغت ؟.

فالأصل عند تحديد سن تكتمل فيه الأهلية ، أنه عند بلوغ الشخص هذه السن مع تمتعه بكامل قواه العقلية - كما جاء في المادة 40 من القانون المدني- يعتبر كامل الأهلية و له مباشرة كل حقوقه المدنية و منها إبرامه عقد زواجه بنفسه و كذلك التوكيل فيه .

لكن وجود نص المادة 11 من قانون الأسرة رقم 84-11 يُعَدُّ المرأة من أهليتها<sup>2</sup> ، و يمنعها من ممارسة حقها في إبرام عقد زواجها و كذلك التوكيل فيه ، و هذا ما كرسته المادة 20 من نفس القانون حيث نصت على أنه: «**يصح أن ينوب عن الزوج وكيل في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة**». و عليه أعطى المشرع الجزائري حق التوكيل في إبرام النكاح للرجل كامل الأهلية دون المرأة، و ذلك لملكه فعل ذلك بنفسه دونها .

هذا و تجدر الإشارة إلى أنه جاء في كتاب: "قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء" ما يأتي: «هناك اختلاف بين النصين العربي و الفرنسي للمادة 20 ، بحيث أن النص الفرنسي يجمع في الحكم بين

<sup>1</sup> - نقلا عن : لوعيل محمد لمين ، المركز القانوني للمرأة ، دار هومة ، الجزائر، 2004، ص 54 .

<sup>2</sup> - و قد سار الاجتهاد القضائي مع هذا الموقف من جعل المرأة معدومة الأهلية ، حيث ذهب إلى رفض طلب التطلاق المقدم من الزوجة قبل دخولها إلا بإذن وليها ، و ذلك في القرار الصادر في 1987/11/09 حيث جاء فيه : "حيث أن الزوجة طلبت بنفسها تطليقها و الحال أنها لا زالت تحت ولاية من زوجها الذي له سلطة الإجبار عليها فالدخول الذي يكون لها به المطالبة شخصيا بالتطليق لم يثبت ، و قبول دعواها و تطليقها يتعارض مع سلطة الإجبار التي جعلها المشرع بيد الولي للرجل المسؤول عن إتمام الزواج بخبرته ، أو تحمل نتائج عدم اهتمامه" . ◀ ينظر: • المجلة القضائية لسنة 1992 ، العدد 3 ، ص 72 .

الزوجين ، أي الرجل و المرأة»<sup>3</sup>. و بالرجوع إلى النص بالفرنسية نجد: «Le future conjoint» ، و نعني كلمة conjoint بالفرنسية L'époux و معناها الزوج و بإضافة كلمة Future فيقصد بها الخاطب أو زوج المستقبل و إذا كان المشرع يقصد الزوجين أو الخطيبين معا لجاءت المادة بصيغة: les futures conjoints<sup>4</sup>. إلا إذا كان المعنى الذي قصده صاحب الكتاب هو أن كلمة conjoint في مفردا تفيد المذكر و المؤنث فتصلح وكالة الرجل و المرأة على أساس الصيغة بالفرنسية.

## 2: قراءة في المواد : 4 ، 9 ، 11 ، 12 ثم 13.

بالرجوع إلى نصوص المواد 9 ، 11 و 12 بالفرنسية ؛ مع كل تحفظ حيث أن الأصل هو النص بالعربية، إلا أنّ من مصادر تفسير القاعدة القانونية الرجوع إلى النصوص بالفرنسية<sup>5</sup>؛ نجد ما يأتي :

تنص المادة 9 من القانون 84-11 المتضمن أحكام الأسرة ما يأتي :

«le mariage est contracté par le consentement des futures conjoints , **la présence du tuteur matrimonial** et de deux témoins ainsi que la constitution d'une dot»

و معنى : la présence du tuteur ، هو: حضور الولي .

و تنص المادة 10 من نفس القانون على أنه : « يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا». أوليس الرضا المقصود هنا هو رضا الزوجين حسب المادة 9 من قانون الأسرة - سواء النص بالفرنسية أو العربية - ، و بما أنه بالإيجاب و القبول تبرم العقود ، فإن المرأة إذن هي التي تباشر عقد زواجها بنفسها في قانون الأسرة 84-11. و ما يدعم هذا التفسير، نص المادة 4 من نفس القانون: «الزواج هو عقد يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي»، بمعنى أنه ليس بين

<sup>3</sup> - كما نصت في قرارها الصادر في 1988/11/2 أنه حين ترفض الزوجة الدخول فوليتها هو الذي يطالب بإلزامها بالدخول و أن بقيت مصرة على ذلك و لم يتم الزواج فالولي هو الذي يتحمل نتيجة الدخول ◀ ينظر: • المجلة القضائية، العدد 2 ، لسنة 1992 ، ص 53 • لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة ، ص 48 ، 49 • الغوثي بن ملح ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2004، ص 43 .

<sup>4</sup> - Les Dictionnaires Le petit Robert 1 , les D1 le Robert , France , 1992 , P 366

◀ و ينظر : • سهيل إدريس و جبور عبد النور ، المنهل قاموس فرنسي عربي ، دار الآداب و دار العلم للملايين ، بيروت ، 1987 ، ص 236.

<sup>5</sup> - الإستعانة بالصياغة بالفرنسية هي طريق من الطرق الداخلية في تفسير القاعدة القانونية خاصة في ظل القوانين التي احتلتها فرنسا ومنها الجزائر و لبنان، فنجد النصوص بالفرنسية أدق في صياغتها من العربية رغم أن النص العربي هو النص الرسمي. ◀ ينظر : • توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري-، د.م.ج، 99، ص 924.

رجل و ولي امرأة، فالمركز القانوني للمرأة في عقد الزواج هو انها طرف فيه لا محله ، حسب قانون الأسرة 11-84.

لكن ما يحدث إشكالا هو نص المادة 11 من نفس القانون، و التي نصت في فقرتها الأولى على أنه: « يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين، و القاضي ولي من لا ولي له » و هذه المادة توحى بأن الولي هو الذي يباشر العقد لا هي ، بيد أنه بالرجوع إلى النص بالفرنسية لنفس المادة نجد ما يأتي :

« la conclusion du mariage pour la femme incombe a son tuteur matrimonial qui est soit son père , soit l'un de ses proches parents »

و بالرجوع إلى معنى كلمة **Incombe**<sup>6</sup> نجد أن فعلها **incomber** يفيد معنى: توجب و تحتم و عبارة: « **ce travail lui incombe** » تعنى : هذا العمل مفروض عليه<sup>7</sup>. فهل تولي عقد زواج المرأة مفروض على الولي على سبيل الواجب و الحتم ؟.

و بالرجوع إلى المادة الموالية و هي المادة 12 من نفس القانون قد تتضح الصورة حيث تنص المادة بالعربية :

« لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغب فيه و كان أصلح لها ، و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت ».

ألا يبدو أن فحوى المادة 12 يفسر جعل ولاية التزويج على سبيل الحتم، الواجب و الفرض على الولي كما جاء في النص بالفرنسية للمادة 11 من نفس القانون ؟ حيث أنه لا يُمنع الشخص عن المنع إلا إذا كان هذا الأخير صورة معاكسة لواجب عليه ، بمعنى أن منع الولي موليته الزواج هو صورة معاكسة لأصل وجوب تزويجه لها أو وجوب قبوله لزواجها و الاستثناء هو: رفضه ذلك لأن فيه ضررا لها ، و عليه بيان ذلك و إثباته أمام القاضي الذي يملك السلطة التقديرية في ذلك ، هذا و تجدر الإشارة إلى أن كلمة : « يمنع » أقوى في المعنى من كلمة « لا يجوز » .

و ما يزيد الصورة وضوحا نص المادة 12 من نفس القانون بالفرنسية حيث جاء فيها :

6- incomber : peser , en parlent de charge d'obligation. voire : • dictionnaire du français, Hachette , France 1995 ; p573. C'est a vous qu'il incombe de faire cette démarche : appartenir, revenir, Devoir .Voire : le petit Robert 1 ; même édition ; p980

<sup>7</sup> - سهيل إدريس و جبور عبد النور ، المنهل ، ص 236.

« le tuteur matrimonial ( waly) ne peut **empêcher** la personne placée sous sa tutelle de **contracter mariage** si elle le désire et si celui-ci lui est profitable En cas **d'opposition** le juge peut autoriser le mariage..»

إن قول **contracter mariage**<sup>8</sup> يفيد معنى « إبرام عقد الزواج»، أما المعنى الأدق لكلمة «**empêcher**» فهو: «منع»<sup>9</sup>، وكلمة **opposition**<sup>10</sup> هو: «الاعتراض». و عليه فالترجمة الصحيحة للنص بالفرنسية إلى العربية تكون كالآتي<sup>11</sup>:

«يمنع الولي من منع من في ولايته من إبرام عقد زواجها إن رغبت فيه و كان أصلح لها ، و في حالة الاعتراض للقاضي أن يأذن بالزواج مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون».

و جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة بالفرنسية :

«Toute fois , le père peut **s'opposer** au mariage de sa fille vierge si tel **est l'intérêt de la fille**».

و الترجمة الصحيحة لها: «إلا أنه للأب أن يعترض على زواج ابنته البكر إذا كان في هذا الاعتراض مصلحة للبنت».

إن تحديد المصطلح و التفرقة بين المنع و الاعتراض أمران ضروريان، لأن المنع هو أن تحرم الشيء من أمرٍ بنفسك، أما الاعتراض هو أن تُعرب عن الرأي في إنكار قول أو فعل أو إنكار صحته<sup>12</sup>، كذلك هناك فرق بين إعطاء صلاحية المنع و إعطاء صلاحية الاعتراض. حيث أن صلاحية المنع تُعطي الولي حق منع الزواج بنفسه ؛ أما صلاحية الاعتراض فتوجب عليه التوجه إلى القاضي ذو السلطة التقديرية في الأمر ، و هذا أقرب إلى فحوى نص المادة 12 من قانون الأسرة رقم 84-11. و هذا موافق لمذهب الحنفية.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> - Contracer: وقع عقدا ، أبرم ، تعاقد مع . ◀ ينظر : سهيل إدريس ، جبور عبد النور ، المنهل ، ص 244

<sup>9</sup> - سهيل إدريس ، جبور عبد النور، المنهل، ص 378.

<sup>10</sup> - معارضة opposition au mariage : معارضة في الزواج . ◀ ينظر: سهيل إدريس ، جبور عبد النور، المنهل ، ص 718.

<sup>11</sup> - \* Empêcher : المنع : يفيد معنى عاق، منع : حال، و هو أن تحول بين الرجل و بين الشيء الذي يريده ◀ ينظر : • ابن منظور أبو الفضل جمال الدين، تهذيب لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1993، 1/158، مادة منع. \* opposition : الاعتراض هي أن يعرب المرء عن إرادته للحيلولة دون إتمام عمل قانوني كاعتراض عن الحكم القانوني فهو يفيد: طلب إبطاله أو عدم تنفيذه . ◀ ينظر: • أحمد زكي بدوي ، معجم المصطلحات القانونية ، فرنسي ، عربي ، إنجليزي ، دار الكتاب المصري ، القاهرة ، دار الكتاب اللبناني بيروت ، ط 1 ، سنة 1989 ، ص 172 ، رقم 693 • جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية و القانونية، الشركة العالمية للكتاب، ط 1، بيروت سنة 1996، ص 58.

<sup>12</sup> - محمد رواس قلنجي ، حامد صادق قنيب ، معجم لغة الفقهاء ، ص 464 و 85.

<sup>13</sup> - المرغناني، الهداية ، 392/2

و عليه يمكن القول -مع كل تحفظ حيث أن الأصل هو النص بالعربية- أنه حسب المواد: 04 ، 09 ، 10 ، 11 و 12 من قانون الأسرة 84-11 ، و استنادا لما تم شرحه آنفا تملك المرأة العاقلة غير المحجور عليها و البالغة السن القانونية للزواج -18 سنة- حسب المادة 40 من القانون المدني، أن تبشر عقد زواجها بنفسها و بالتالي أن توكل فيه ... لانها كما ذكرنا سابقا طرف في العقد ، أما الولي فيمكن القول ان له دور اشراف على هذا العقد .

بيد أن الاتجاه الذي سارت فيه المحكمة العليا في اجتهاداتها ، قد يُبعد هذا التفسير أو الاحتمال ، حيث أنها اعتبرت المرأة و لو بلغت 18 سنة و هي متمتعة بكامل قواها العقلية قاصر ، لا تستطيع حتى طلب تطليقها قبل الدخول إلا بإذن وليها و فرضت عليها السلطة أو الولاية الإجبارية لأبيها عليها ... و في هذا الشأن تجدر الإشارة إلى أن هذه القرارات لا تتناسب مع فحوى نص المادة 13 من قانون الأسرة رقم 84-11 التي تنص على أنه: « لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ، و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها ». هل المقصود بكلمة: «الزواج» المذكورة في هذه المادة هو العقد فقط و إبرامه أم حتى تنفيذ العقد بالدخول؟ فإن كان المقصود هو إبرام العقد فقط، فيمكن القول أنه لا يوجد تناقض بين ما ذهبت إليه المحكمة العليا من قرارات و ما تنص عليه المادة 13 ؛ أما إن كان المقصود هو الاثنين معا ؛ و هو الأرجح لأن الهدف من عدم الإجبار منشود في الدخول و ما بعده و ليس في إبرام العقد فحسب؛ فما قضت به المحكمة العليا من قرارات بإجبار الولي للبكر كاملة الأهلية في الدخول يتناقض مع نص المادة 13 ، إلا إذا كان المقصود في هذه المادة الفتاة القاصر...؟ وعلى الأرجح أن هذا هو الأصح.

و القاصر هو الشخص الذي لم يبلغ السن القانوني لاكتمال الأهلية<sup>14</sup> و هي في الزواج 18 سنة حسب المادة 7 ق أ. أيعقل أن تجبر البكر البالغ العاقل التي اكتملت السن القانوني للزواج و أن يُمنع جبر القاصر و يشترط موافقتها لتزويجها...؟ لم يقل مذهب و لا فقيه بهذا الرأي في الفقه الإسلامي و حتى من منع تزويج الصغار فقد منعه مطلقا<sup>15</sup>. إنه من المنطقي أن يقصد بما جاء في المادة 13 كل من المرأة البالغة و القاصر ، و هذا هو الأصح و هو أكثر انسجاما مع ما تم بيانه سابقا فيما يخص ما ذهبت إليه المحكمة العليا. وان قلنا بهذا فيعني بما ان للولي سلطتي المنع و الاجبار فمركزه القانوني في العقد انه طرف فيه ..

<sup>14</sup>- ينظر هامش : السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، 1 / 277.

<sup>15</sup>- عبدو أحمد، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج - بحث ماجستير - كلية الحقوق ، الجزائر العاصمة ، 2000، نقلا عن: الغوثي بن ملحّة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ص 33.

نعود إذن وبغض النظر عن أقوال الفقهاء في هذه المسألة واستنادا إلى ما تم من قراءات في النصوص القانونية فقط إلى القول بأنه حسب المواد 04 ، 09 ، 10 ، 11 ، 12 و 13 من قانون الأسرة 84-11 تملك المرأة كاملة الأهلية إبرام عقد زواجها بنفسها و بالتالي التوكيل فيه .

بحثا في مسألة: «مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج» ذهب صاحب رسالة ماجستير بهذا العنوان إلى القول بأن: «الولاية في الزواج على المرأة ، قد تكون بمثابة توكيل منها للولي بحيث أن عقد الزواج يقبل الإنابة...»<sup>16</sup> و قد يصح هذا الاحتمال ، استنادا إلى ما تم التطرق إليه آنفا لكن يمكن القول أن المشرع ربما حصر حق توكيل المرأة الغير في عقد زواجها في الولي دون غيره و تثبت هذه الوكالة تلقائيا بحكم القانون تماشيا مع العرف...وقد ذهب الأستاذ عبد العزيز سعد في هذه المسألة إلى ما يأتي: «رضا الفتاة لا يكفي وحده بل لابد من تدعيمه برضا الولي وموافقته حتى يتمكن من ممارسة إبرام عقد الزواج نيابة عنها في الحالات التي يمنعها العرف و الحياء من حضور مجلس العقد.» هل يقصد هنا أن الولي وكيل كما جاء في بحث الماجستير السابق الذكر؟ خاصة أنه عند ذكره لصيغة الزواج قال: " ويجيبه الولي أو وكيل الزوجة.....و يرد ممثل الزوجة.." <sup>17</sup> إذن للمرأة التوكيل في قانون الأسرة 84-11، وربما الولي هو مجرد ممثل ، أو ليس هذا ما يقول به مذهب الحنفية ؟

زبدة هذا النقاش و ما أثير فيه من مسائل هي أن المشرع الجزائري في تشريعه لقانون الأسرة رقم 84-11 لم يوفق في إيجاد توازن بين ضرورة توفر أهلية المرأة لمباشرة عقد زواجها و وجود ولي ما يؤدي الى صعوبة تحديد المركز القانوني لكل منهما . كما أنه لم يضبط مصطلحات مواده ولم يوازن بين النصوص بالفرنسية و العربية و لا يخفى أنه توجب أن تكون المصطلحات القانونية دقيقة ، و أن عدم ضبطها من شأنه أن يخلق ثغرات و تناقضات في القانون .

و بالرجوع إلى ما كان معمولا به من الناحية التطبيقية أو بالأحرى ما كان سائدا في الأذهان و تم السير على نحوه ، هو أن المرأة كاملة الأهلية القانونية لا تملك مباشرة عقد زواجها قانونا ولا التوكيل فيه و أن لوليها مباشرته ، و هذا ما تؤكدته المادة 20 من نفس القانون . هذا مع كل تحفظ حول هذا الاتجاه لما أثير من مسائل آنفا بشأنه، و يطرح تساؤل: هل طبق قانون الأسرة رقم 84-11 تطبيقا صحيحا ؟... .

<sup>16</sup> - لوعيل محمد لين ، المركز القانوني للمرأة ، ص 51.

<sup>17</sup> - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة ، ط2، 1989، ص117، 120.

## ثانيا: المركز القانوني للمرأة و الولي في قانون الأسرة رقم 05-09.

### 1: أهلية المرأة و مسألة الولاية عليها

بعد أن عدّل قانون الأسرة بالقانون رقم 05-09 ، أصبح موقف المشرع الجزائري فيما يخص أهلية المرأة في الزواج و مسألة الولاية عليها فيه أكثر وضوحا ، و ذلك تبعا لما جاء في تعديلات المواد : 04 ، 09 ، 10 ، 11 و 13 حيث جاءت على النحو الآتي :

1- غُدّلت المادة 4 التي تُعرف عقد الزواج و أضيفت إليها كلمة «رضائي» بمعنى «عقد رضائي»<sup>18</sup>، و ذلك تأكيدا لكون رضا الزوجين هو نواة و أساس الزواج، و أن حصوله بإيجاب و قبول كما جاء في المادة 10 من نفس القانون يبرم عقد النكاح .

2- غُدّلت المادة 9 فأصبحت تنص على ما يأتي: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين» و هذا تكريس لما جاء في تعديل المادة 4 ، من أن عقد الزواج عقد رضائي: و أكدت أن الرضا يُتبادل بين الزوج و الزوجة لا الزوج و الولي.

3- غُدّلت المادة 11 فأصبحت تنص على ما يأتي:

«تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.  
دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له».

إذن تأكيدا لما جاء في المادتين 4 و 9 ، فرّق المشرع الجزائري بهذه المادة بين الفتاة القاصر التي لم تبلغ السن القانونية للزواج وبين المرأة كاملة الأهلية ، و جعل الولي هو الذي يبرم عقد القاصرة دون كاملة الأهلية التي أعطاهها الحق في مباشرة العقد بنفسها .

4- تأكيدا لفحوى تعديل المادة 11 غُدّلت المادة 13 التي كانت تنص على ما يأتي: «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ، و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقته» و أضيف لها كلمة « قاصرة». وهذا ما يتوافق مع ما تم التوصل إليه آنفا عند محاولة تفسير التضارب الحاصل بين المادة 13 من قانون الأسرة 84-11 و قرارات المحكمة العليا.

<sup>18</sup> -العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده الإيجاب و القبول بين العاقلين ◀ ينظر أحمد زكي بدوي ، معجم المصطلحات القانونية

، ص 14 ، رقم 39.



وبناء على كل ما ذكر يمكن القول ان المركز القانوني للمرأة في عقد الزواج اصبح واضحا فهي اكيد طرف فيه لا محله حيث تباشره بنفسها

## 2: اثر تعديل قانون الأسرة على المركز القانوني للولي و علاقته بالاتفاقيات الدولية

وبناء على ما سبق ذكره من تعديلات و تطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل قانونا<sup>19</sup> فمن المفروض أن تملك المرأة كاملة الأهلية توكيل الغير في إبرام عقد زواجها في ظل قانون الأسرة رقم 05-09 وبالتالي كان من المنطقي أن تُعَدَّل في نفس سياق تعديل المواد 04 ، 09 و 11 المادة 20 من نفس القانون حيث تصبح كالآتي : « يصح—أو يجوز— أن ينوب الزوج أو الزوجة وكيل في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة .»

إلا أنه و للأسف الشديد لم يحدث هذا التعديل، و ما يفاجئ أكثر هو أن المادة 20 أُلغيت تماما... لكن هل الأصل في إلغاء هذه المادة هو إلغاء الوكالة و منع التوكيل في الزواج مطلقا ؟ أم هذا إلغاء لأحد المواد التي توحى بالتمييز ضد المرأة ؟ حيث جاء في عرض الأسباب في نص المشروع التمهيدي لقانون الأسرة ما يأتي:

« تقترح هذه المادة إلغاء المواد 12، 13 ، 63 المتعلقة بالولاية والمادة 20 التي تنص على الزواج بالوكالة بغرض تحقيق الانسجام مع التعديلات المقترحة...». صراحة لا يتجلى أي انسجام بين هذه وتلك، سوى أن هذه المواد بالإضافة للمواد : 38 و 39-الملغاة هي الأخرى- ، يتبين فيها تمييز بين الرجل والمرأة ، ومن أهم و أول أسباب تعديل قانون الأسرة 84-11 بالقانون 05-09 حسب ما جاء في مجلة الفكر البرلماني هو شجب هذا النوع من التمييز<sup>20</sup> ، و ذلك تطبيقا وتنفيذا لما جاء في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي صادقت عليها الجزائر وبالتدقيق المواد الآتية:

■ تنص المادة 15 في بنديها الأول و الثاني و الثالث على ما يأتي<sup>21</sup>:

«1- تمنح الدول الأطراف المرأة المساواة مع الرجل أمام القانون .

<sup>19</sup> - السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، 86/1 .

<sup>20</sup> - من مجالات اختصاص البرلمان : العمل جاهدا لدعم حقوق المرأة بالقضاء على كافة أشكال التمييز ضدها ، بما في ذلك إعادة النظر في المنظومات الوطنية القانونية و القضائية و السياسية لتجديدها و تطويرها و تكييفها مع الضوابط و المعايير الدولية ، و آخر ما ينجر عنه حاليا مراجعة قانون الأسرة. ينظر: ●مجلة الفكر البرلماني، ص188 ، و الصفحة 22 من هذا البحث .

<sup>21</sup> -اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة : اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18/12/1979 بمقتضى القرار 180/34 ، تاريخ بدء النفاذ: 3 أيلول 1981 طبقا للمادة 1/27.

2- تمنح الدول الأطراف المرأة أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل في الشؤون المدنية، ونفس فرص ممارسة تلك الأهلية وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات المتبعة في المحاكم والهيئات القضائية.

3- توافق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي لها أثر قانوني يستهدف تقييد الأهلية القانونية باطلة ولاغية.»

■ تنص المادة 16 في فقرتيها: «أ» و «ب» من البند الأول على ما يأتي:

«1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل و المرأة:

أ- نفس الحق في عقد الزواج .

ب- نفس الحق في اختيار الزوج و في عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر.»

ألا يبدو جلياً أن تعديل المواد 4، 7، 9، 11 و 13 و إلغاء المادة 12<sup>22</sup>، ليس إلا تطبيقاً

صريحاً و واضحاً للمادتين 15 و 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة ؟<sup>23</sup>.

وبما أن المادة 20 من قانون الأسرة رقم 84-11 كانت تكرساً للمواد المعدلة حيث يتجلى فيها إعطاء الرجل حق التوكيل في زواجه دون المرأة، ولكنه مباشرته ذلك بنفسه، فتعتبر إذن مادة من المواد التي تشكل تمييزاً ضد المرأة ، و إلغائها ليس إلا تطبيقاً للفقرات : «أ»، «و» من المادة 2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حيث تنص على الآتي :

«تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة و توافق على أن تنتهج بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء سياسة القضاء على التمييز ضد المرأة وتحقيقاً لذلك تتعهد بالقيام بما يلي:

أ- تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى..

و- اتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريع لتعديل أو إلغاء القوانين و الأنظمة و الأعراف و الممارسات القائمة التي تشكل تمييزاً ضد المرأة»

إضافة إلى كل هذا ألا توحى المادة 11 من القانون 05-09 في عبارتها: « بحضور وليها و هو أبوها أو

أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره». أنه قد يكون هذا الحضور على سبيل التوكيل وإلا فما معناه إذن

<sup>22</sup>\* التأكيد أن الزواج عقد رضائي و ضمان رضاها بتعديل المواد 4 ، 9 ، 13

\* المساواة بين الرجل و المرأة في أهلية الزواج في المادة 7.

\* تحرير المرأة من قيد الولاية بتعديل المادة 11.

<sup>23</sup>- إلغاء المواد : 63 ، 38 و 39 هو تطبيق واضح للفقرات : ج ، د ، هـ ، و للبند الأول من المادة 16 من الاتفاقية

حضور وليها؟ إن كان بهدف شهادته زواجها فلا يعقل ذلك لاشتراط وجود شاهدين غيره أصلا . و إن كان بهدف تخفيف وقع تغيير المادة وعدم إلغاء الولي تماما فالحقيقة أن عبارة: «حضور الولي» كانت موجودة سابقا ، في النص بالفرنسية للمادة 9 من قانون الأسرة 84-11 - كما تم بيانه في مناقشة قانون الأسرة المعدل - .خاصة و أنه من الناحية التطبيقية الصيغة تكون بين الزوجين و الولي يبين حضوره و يثبت بتوقيعه .وعلى ما يبدو هذا ليس تغييرا في الاتجاه بل توضيح له و تدقيق لمصطلحاته ومواده ،تنسيقا مع ما جاء في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ؛ لهذا قد يفسر هذا الحضور الذي تختاره بمثابة توكيل منها...

هذا مع ملاحظة أن "أو" قد تفيد الترتيب كما قد تفيد الخيار، فإن كانت تفيد الترتيب فرمما الحضور جاء لإعطاء حق الاعتراض للولي، و لا يأتي من رتب بعده إلا لأسباب وحيهة كما أن لاشتراط الحضور بهذه الطريقة وزن ،وهذا أفضل من أن تكون "أو" على سبيل الاختيار لكن توجب تنظيم ذلك .

ختاما لكل ما ذكرناه وبيناه و بناء عليه نخلص إلى ما يأتي:

أ-للرأة البالغة سن الرشد و المتمتعة بكامل قواها العقلية إبرام عقد زواجها بنفسها.ومما يحدد مركزها القانوني في العقد على انها طرف فيه حسب قانون الأسرة 05-09، عكس ما كان عليه مركزها في القانون 84-11 حيث يتبين تارة انها مولى عليها و محل للعقد و تارة اخرى اها طرف فيه.

ب- إلغاء المادة 20 من قانون الأسرة رقم 84-11 لا يهدف إلى إلغاء أو منع الوكالة في الزواج بل إلى شجب أحد مظاهر التمييز ضد المرأة .و الوكالة في الزواج قائمة على: أساس ما يأتي:

- الزواج عقد رضائي يقبل النيابة فيه .

- تجوز الوكالة في الزواج في القانون 05-09 تطبيقا للمادة 222 منه لأنها جائزة في الفقه الإسلامي.

- الوكالة في الزواج صحيحة في ظل القانون 05-09 وأحكامها العامة منظمه في القانون المدني.

وعليه و تطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل تملك المرأة كاملة الأهلية حسب المادة 7 من قانون الأسرة 05-09 والمادة 40 من القانون المدني التوكيل في عقد زواجها كما تشاء تحت ظل قانون الأسرة رقم 05-09.

ج-بالنظر الى ما تم استقراؤه مواد قانون الأسرة 84-11 سواء النصوص بالعربية او الفرنسية فان المشرع لم يغير فعليا اتجاهه بل وضحه و ضبطه، حيث ان المركز القانوني لكل من المرأة و الولي في عقد الزواج كان متذبذبا فتارة يفهم أن الولي طرف في العقد و تارة أخرى أن المرأة كاملة الأهلية هي التي تعتبر طرفا فيه و ان للولي دور الإشراف فقط.

و بتعديله لقانون الأسرة وضع المشرع الجزائري حدا لهذا التذبذب و فصل فيه فأقر أن المرأة طرف في العقد تباشره بنفسها، ان كانت كاملة الاهلية ، و لا يكون الولي طرفا فيه الا ان كانت هي قاصر.

د- يبقى المركز القانوني للولي غير واضح في عقد زواج المرأة كاملة الأهلية مما يعيدنا إلى تكييف حضوره المذكور في المادة 11 من قانون الاسرة 05-09 بالاشرف على إبرام عقد زواج المرأة، و الذي اشرنا اليه عند محاولتنا بيان مركزه القانوني في عقد الزواج حسب قانون الاسرة المعدل . ويجدر القول انه توجب على المشرع الجزائري تحديد دور هذا الحضور مما سيبين و يوضح المركز القانوني للولي في عقد الزواج.