الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الدكتور "الطاهر مولاي"

كلية الحقوق والعلوم السياسية

-سعيدة-

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

- تخصص قانون الأسرة -

الموضوع:

الحريــة في عقد الــزواج

من إعداد الطالب:

* بوسعيد حبيب

تحت إشراف الأستاذ :

* بلخير طيب

لجنة المناقشة :

* ساسي محمد فيصل -رئيسا-
* باسود عبد المالك -عضوا مناقشا-
* دويني مختار -عضوا مناقشا-

السنة الدراسية

2016-2015

حديث شريف

عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «من سلك طريقاً يلتمس فيه علما سهل الله طريقا إلى الجنة، وإن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا بما يصنع، وإن العالم ليستغفر له من في السموات ومن في الأرض حتى الحيتان في الماء، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر الكواكب، وإن العلماء ورثة الأنبياء، وإن الأنبياء لم يورثوا ديناراً

ولا درهما

وإنما ورثوا العلم، فمن أخذه أخذ بحظ وافر»

رواه البخاري ومسلم

تشكرات

قال الرسول الله صلى الله عليه وسلم:

"من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

أولا نتقدم بالشكر لله عز وجل الذي ألهمنا العقل

وأنار بالعلم عقولنا ووفقنا لما وصلنا إليه اليوم.

ونتقدم بخالص الشكر الكبير والجزيل وحسن التقدير

إلى الذي نقدر فيه كفاءته العلمية وتفانيه في

عمله، وحرصه على اكتساب طلبته للعلم والمعرفة بكل

صدق وإخلاص إلى الأستاذ المشرف "بلخير طيب"

وإلى كل من ساهم في إعداد هذه المذكرة من

قريب أو بعيد.

كما نسأل الله عز وجل أن يجعل هذا العمل فاتحة خيرا

لنا.

والصلاة والسلام على رسولنا الكريم.

مقدمة

مقدمـــــة :

إن من فضل الإسلام على البشرية جمعاء بما جاء به من منهاج قويم يهذب النفوس ويساهم في تربية الأجيال وتكوين الأمم وبناء الحضارات، وذلك لا يتأتى إلا من خلال اللبنة الأولى لبناء المجتمعات ألا وهي الأسرة، ويكتسي نظام هذه الأخيرة أهمية بالغة باعتباره النواة الأساسية لبناء المجتمع، فصلاح المجتمع بصلاحها وفساده بفسادها، والأسرة في حقيقة الأمر هي صرح يحتاج إلى أسس ودعائم قوية التي تساعد في استقرار وثبات هذه الأخيرة، لذا وجب العناية بهذا الصرح وإنشائه في ظل معرفة حقوق وواجبات كلا من الطرفين وتحمل هذه المسؤولية الشاقة التي كرم بها الله عز وجل الزوج والزوجة.

فالمرأة قبل صدور الإسلام كانت مغرمة الحق ، منزوعة الكرامة ، حيث كانت تكره على الزواج في مختلف الشرائع القديمة كالمسيحية و اليهودية على سبيل المثال و حتى عند العرب في الجاهلية ، فكان للولي و هو الأب غالبا سلطة مطلقة لإجبار البنت على الزواج سواء كانت كبيرة أو صغيرة ، بكرا أم ثيبا ، إلى أن جاء التشريع الإسلامي و كفل لها جميع حقوقها و اعترف لها بالإنسانية و حقها في الرأي فأعطاها الحق في اختيار شريك حياتها و على أساس هذا اوجب على وليها اتخاذ إذنها في تزويجها ،ما انكر على الولي إجبارها على ممن لا ترغب فيه و يراه هو مناسبا ومن المسلم به أن النظام الوحيد الذي أولى اهتمامه بالأسرة هو الإسلام الذي كفل وأرسى دعائم هذه الأخيرة على أسس قوية و متينة بدءا من الزواج الذي جعله الشارع الحكيم الميثاق الغليظ والذي لم يعتبره كسائر العقود، بحيث شرعت له أحكام خاصة من شأنها أن تُعنى بحماية وضمان استمرارية هذا العقد في إطار من الترابط والتكافل و الإحترام لحقوق وواجبات كلا من الطرفين، ولذلك فقد أولت الشريعة الإسلامية قيودا وضوابط لهذا العقد وحتى قبل انعقاد عقد الزواج أي مرحلة التحضير والإعداد بحيث أن هذه المرحلة الجادة من العقد هي التي تتجلى في نظرية الولاية في الزواج.

و يعد موضوع الحرية في الزواج من المواضيع المكفولة شرعا وقانونا وذلك وفق اتباع إجراءات هذا من جهة معينة،و من جهة أخرى بحيث تعتبر الولاية منبع صلة الأفراد والأسر بعضهم بالبعض من ناحية أن عقد الزواج عقد ديني ومدني في أن واحد، ومن ناحية أخرى الآثار المترتبة عنه والتي تتعدى طرفي عقد الزواج ممثلان في الزوج والزوجة بل أكثر من ذلك ألا وهي أسرتي الطرفين، ولذلك رسخت الشريعة الإسلامية مبادئ هذا الميثاق الغليظ وكفلته بحماية شاملة،ولا يخفى علينا أن مرحلة التحضير لهذا العقد هي التي يثور فيها التضارب في الآراء في نظرية الولاية بين مؤيد ومعارض باعتبارها تقييد من حرية الزواج ومن هذا التضارب في الآراء سيتم التطرق إليها من خلال جانبين جانب الشريعة الإسلامية وجانب

آخر وهو القوانين الوضعية المتمثلة في قانون الأسرة الجزائري.

ويبدو جليا أن الأعراف السائدة في بلدان المغرب العربي، ومنها الجزائر هو استبداد الأولياء بسلطة تزويج المولى عنهن بالإجبار، وهذا ما يخالف بما هو مقرر في الشريعة الإسلامية ومما لاشك فيه أنه هو العرف السائد في شتى المدن الجزائرية خاصة القرى والأرياف.

ولما كان انتهاج المشرع الجزائري للمذهب المالكي في تقنين شامل لأحكام قانون الأسرة خاصة فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية كمسألة الولاية والزواج، ومن المسلم به أن الشريعة الإسلامية من المصادر الأساسية المكونة للتشريع الجزائري وأغلبية التشريعات العربية والإسلامية، إلا قد أننا قد نجد الكثير من المواد والأحكام والتي تتصادم في كثير من الأحيان والشريعة الإسلامية، و قد تعطى تفسيرات عدة لأسباب ودوافع المنظومات العربية التي عدلت ولو نسبيا في بعض قوانينها الداخلية استجابة وتماشيا مع ما تنص عليه أغلب الاتفاقيات الدولية وضغط الجمعيات النسوية المدافعة عن المرأة وحقوقها .ومن هذا التضارب والتعارض بين ما جاءت به الشريعة الإسلامية وما هو معمول به في أعراف المجتمع في مسألة الولاية في الزواج استوجب على القوانين الوضعية تكييف هذا العرف بما فيه حماية مصلحة المرأة ومصلحة الدولة وكيانها.

و تتمثل أهمية هذه الدراسة في مبدأ المساواة القائم بين الرجل و المرأة حيث ظهر خلاف و اختلاف فقهي بين عولمة قانون الأسرة و إتفاقية سيداو وفقا لآراء شريحة اجتماعية من الجزائريين المسايرين للتوجه الغربي و بين شريحة أخرى تريد وضع قانون الأسرة الجزائري في إطاره الشرعي و الطبيعي و هو الشريعة الإسلامية.

و في خضم كل ذلك فالأسباب الذاتية لإختياري هذا الموضوع :

-إن الموضوع له من الأهمية و الحيوية ، ما يجعله فعلا جديرا بالدراسة لأنه يتناول المرأة التي تعتبر أهم مؤسسة في بناء المجتمع.

-و نظرا لأهمية الموضوع تم التأثر به تاركا في نفسي إنطباع حب الإطلاع على أهم الإنعكاسات و ما هي تأثيراتها على قانون الأسرة الجزائري.

و الأسباب الموضوعية لإختياري هذا الموضوع بالذات أوجزها فيما يلي :

- أهمية موضوع الدراسة لتعلقه بالأسرة الجزائرية و استقرارها.
- حساسية المسائل التي تم تعديلها و منها الولي ، نظام تعدد الزوجات ، المسكن الخاص ، الخلع .
- عدم الإرتياح للنتائج الموقعة في هدا التعديل على أرضية الواقع الإجتماعي الجزائري.
- قلة الدراسات العلمية و الأكاديمية المتخصصة في هذا المجال

- تعدد و تشعب الآراء الفقهية من اشتراط الولي أو ركنيته في عقد الزواج و تباين الأسانيد المدعمة لآرائهم في مسألة الحرية في الزواج.

أما الصعوبات و العراقيل تمثلت في قلة المراجع الأكاديمية المرتبطة بجزئية الموضوع محل البحث مما أدى بي إلى مضاعفة المجهودات للحصول على المطلوب.

و عليه يستوجب طرح الإشكالية الرئيسية على النحو الآتي : ما موقف الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري من موضوع الحرية في الزواج؟و ما مدى تأثير الإتفاقيات الدولية على القانون الداخلي ؟و ما هي أهم الحقوق المتعلقة باتفاقية سيداو و هل أقرها المشرع الجزائري بعد التعديل؟

و قد تفرعت عن الإشكاليات الرئيسية إشكاليات فرعية و هي مبينة كالآتي :

ما مدى تبني المشرع الجزائري للمذاهب الفقهية في تحديد مركز القانوني للولي و الذي يؤثر على حرية المرأة في الزواج من جهة ، و قواعد قانون الأسرة الجزائري من جهة أخرى ؟ و ما التكييف القانون للولي في عقد الزواج من منظور المشرع الجزائري ؟ و هل وفق المشرع الجزائري في اعتبار الولي شرط من شروط العقد الزواج؟

و للإجابة على الإشكاليات المطروحة اعتمدت على المنهج التحليلي باعتباره المنهج الذي يتوافق ويتلاءم وطبيعة موضوع وأهداف الدراسة ويحلل الموضوع تحليلا دقيقا ومعللا بالإضافة إلى اعتماد المنهج المقارن الذي يساعد في مقارنة الدراسة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، و إبراز أهم الحقوق التي تتمتع بها المرأة و المكفولة في قانون الأسرة الجزائري و مقارنتها بإتفاقية سيداو ، كما اعتمدت ذلك على المنهج الإستدلالي من خلال استدلالي بالآيات القرآنية و بنصوص السنة النبوية الشريفة و كدا تركيزي على المصادر الأصلية المتمثلة في القانون الدولي و القانون الجزائري وقد توسمت تقسيم هذا الموضوع إلى مقدمة و فصلين وخاتمة كانت على النحو التالي :

الفصل الأول:المباديء العامة لحرية الزواج في الشريعة و قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول : مفهوم الولاية في الزواج

المبحث الثاني :موقف الفقه الإسلامي من الولي في عقد النكاح

المبحث الثالث : الولي في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني: الإطار القانوني لإتفاقية سيداو و آثارها على قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول : دراسة تأصيلية فقهية و قانونية لإتفاقية سيداو .

المبحث الثاني : موقف القانون الجزائري من إتفاقية سيداو

الفصل الأول

المبادئ العامة لحريــة الزواج في الشريعة و قانــون الأســـرة الجزائـــــري

إن نشوء الأسرة في الإسلام لا يتأتى إلا بعقد شرعي يتم بين طرفين رجل وامرأة والأسرة في الإسلام ليست فقط مجرد عقد بل هو ميثاق غليظ، قال تعالى" :وأخذنا منكم ميثاقا غليظا "بل هو عقد حيث يترتب عليه إلتزامات على عاتق كل واحد منهما، حيث أن الوظيفة الأساسية التي شرعها الله عز وجل، ألا وهي إعمار الأرض عن طريق النسل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ":تكاثروا تناسلوا فإني مباهي بكم الأمم يوم القيامة"، فالزواج هو الوسيلة الشرعية لإنجاب الأبناء والمحافظة على هذه الرابطة الزوجية التي باركها الله عز وجل وشرعها لعباده والتي تقوم على أساس المودة والرحمة.

وتعتبر الولاية من المسائل التي ثار فيه الجدال بين مؤيد ومعارض، وذلك بتأثير من الاتفاقيات الدولية و التيارات النسوية المنادية بمساواة الم أ رة بالرجل في الحقوق والواجبات.

ولذلك فقبل التطرق إلى الولاية من وجهة نظر القانون كان لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتسليط الضوء عليها من خلال تبيان ماهيتها وأحكامها ومشروعيتها،

ومن ذلك يثور التساؤل حول ماهية الولاية؟وما أساس وجودها وأهميتها في عقد الزواج من منظور التشريع الإسلامي؟

وللإجابة على التساؤل المطروح سوف يتم عرض المبادئ العامة لحرية الزواج في الشريعة و قانون الأسرة الجزائري من خلال الفصل الأول والذي ينطوي على ثلاث مباحث:

المبحث الأول :مفهوم الولاية في الزواج.

المبحث الثاني :موقف الفقه الإسلامي من الولي في عقد الزواج.

المبحث الثالث :عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول : مفهوم الولاية في الزواج

لقد كانت الولاية من أهم الإنشغالات التي تناولها الفقه و أخضعها لآرائه و انتقاداته فإن تعريف الولاية لم يسلم من ذلك ، و هذا ما نتطرق إليه في هذا المبحث الذي قسم إلى مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الولاية في الزواج

لتحديد مفهوم الولاية في عقد الزواج يجب أولا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و ما تم كتابته من طرف الفقهاء في مسألة الولاية في الزواج.[1]

و لقد جاءت للولاية في عقد الزواج عدة تعاريف ، و ذلك باختلاف الفقهاء ، و يتأرجح مفهومها بين المفهوم اللغوي و الإصطلاحي ، و هذا ما سنحاول التطرق إليه.

الفرع الأول : الولاية في اللغة

الولاية بفتح الواو و كسرها مصدرها ولي فيقال : فلان ولي الشيء و عليه ، إذا ملك أمره ،و يقال الولاية بفتح الواو **المصدر** ، و بكسر الواو الاسم و الإمارة و النقابة ، و الولي من ولي أمر الغير .

و في معناه اللغوي أخد معاني تلاث :

-النصرة : قال تعالى : "و مالكم من دون الله من ولي و لا نصير "

-السلطة : لأن كون الشخص ذا ولاية على شيء أن تكون له سلطة عليه.

-تولي الأمر و التصرف فيه : لأن من ولاه الشرع و القانون على قاصر أو مجنون أو معتوه.... معناه ولاه أمر التصرف في شؤونه.

و تكون الولاية بمعنى القرابة و النصرة و المحبة ، فتأتي الواو مفتوحة و مكسورة ، و كلا المعنيين مراعى في الولاية ، لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير و العمل ... كما تحتاج إلى النصرة المولي عليه و النسب و دعامة قوية من دعائم تحقيق هذه النصرة .[2]

و تعرف الولاية أيضا أنها إسم من وليت الشيء ولايته و قمت عليه و دبرت شؤونه و نصرته ، و الولي في لغة العرب القرب و الدنو ، و ولي اليتيم الذي يلي أمره و يقوم بكفايته و يسمى متولي العقد ولي و منه قوله تعالى : فليملل وليه بالعدل " و ولي المرأة من يلي عقد نكاحها.[3]

---

[1] : بوسطلة شهرزاد ، **مجلة المنتدى القانوني** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد الرابع ، جوان 2007، ص 36

[2]: الأكحل بن حواء ، **نظرية الولاية في الزواج** ، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر، سنة 1982 ، ص 14

[3] : بوكايس سمية ، **مجلة الفقه و القانون** ، العدد 20 ، 02 يونيو 2014 ، ص 156

الفرع الثاني : الولاية شرعا

أما معناه افقهي : فقد إختلفت فيه تعاريف الفقهاء ، فبعضهم عرفها على أنها : قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر تدبير شؤونه الشخصية و المالية ، و بعضهم عرفها بانها :

-"القدرة على إنشاء العقد نافدا".

-البعض الآخر عرفها على أنها : "تنفيد القول على الغير شاء أم أبى ".

و هذا التعريف منتقد من ناحيتين:

الناحية الأولى : أنه إقتصر على ذلك القول دو ن الأفعال في الولاية .

الناحية الثانية : أنه عرف الولاية ببيان حكمها و هو أمر تأباه التعارف ، و النقد من هذه الناحية يوجه أيضا إلى التعريف الثاني.

أما التعريف الأول فيوجه إليه النقد من ناحية أنه لم يتضمن أوجه القرابة في الولاية ، الأمر الذي يدعو إلى البحث عن تعريف آخر للولاية ليسلم من النقد ، و هذا التعريف يمكن أن يكون كما يلي :

-الولاية سلطة تابثة لشخص بالغ تخول لصاحبها إنشاء العقود و التصرفات الشرعية النافدة بالنسبة لنفسه و غيره.

و تعرف إصطلاحا : بأنها سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود و التصرفات و تنفيدها ، فإن كانت متعلقة بشؤونه كتزويجه لنفسه أو التصرف لنفسه أو التصرف في ماله فهي بذلك ولاية قاصرة أما إذا كانت متعلقة بشؤون غيره كأن يزوج إبنته أو يتصرف في ماله و أولاده فهي ولاية متعدية

و الولاية في الزواج تدخل ضمن الولاية على النفس و هي الإشراف على الشؤون الشخصية للمرأة مما يعني أن ولاية الزواج هي أن يقدم شخص كبير راشد على تدبير شؤون الزواج للمرأة المحتاجة إلى ذلك [1]

المطلب الثاني: أدلة مشروعيتها

إن الحكمة من مشروعية الولاية في النكاح تنبع من أهمية و ما يترتب من آثار في حياة الإنسان ، فمشروعيتها مستمدة من عناية الإسلام بهذا العقد و صيانته و رفع مكانته و رعاية مقاصده ، لذلك أصبحت أهمية الولاية لها من الأهمية البالغة في حياة المسلمين على مختلف العصور و لقد وردت عدة نصوص شرعية تدل على اعتبار رأي المرأة في عقد الزواج و ذهب كثير من العلماء إلى أن المرأة لا تزوج نفسها و لا غيرها .[2]

---

[1]. بوسطلة شهرزاد ، **المرجع السابق**، ص 39 -40 .

[2]: بوكايس سمية ، **المرجع السابق** ، ص 156

و إلى أن الزاوج لا ينعقد بعباراتها ، إذ أن الولاية تعتبر شرط صحة في العقد كما أن العاقد هو الولي و احتجوا بالعديد من الأدلة الشرعية القوية الدلالة سواء من الكتاب أو السنة أو الإجماع و سيتم بيانها كالآتي :

الفرع الأول: من الكتاب

-أ/قوله تعالى : " و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ، ذلك يوعظ به من كان منكم يؤمن بالله و اليوم الآخر ذلكم أزكى لكم و أطهر و الله يعلم و أنتم لا تعلمون" .البقرة : الآية 232

و قد ذكر الشافعي رحمه الله أن هذه الآية دليل على أهمية مركز الولي و وجوده ، فإن لو لم يكن له إعتبار لما كان لعضله معنى .

-ب/قوله تعالى : " و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ".

-جـ/ قوله تعالى : " و أنكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم و إمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ، و الله واسع عليم " سورة النور : الآية 32.

-ذ/ و قوله تعالى : " ....فأنكحوهن بإذن أهلهن " سورة النساء :الآية 25.[1]

فوجه الدلالة من هاتين الآيتين الأولى و الثانية أن الله عز و جل قد خاطب بالنكاح الرجال و أضاف النكاح إليهم فدل على أنهم يملكون مباشرة العقد و ليس النساء.

و وجه الدلالة في الآية (ج) أنها وردت في الإماء لكنها تعد دليلا شرعيا على عدم جواز نكاحهن دون إذن أهلهن ، و من الممكن أن لا يكون ما يمنع في تطبيق دلك نفس الحكم الذي يشمل غير الإماء.[2]

الفرع الثاني : من السنة

قوله صلى الله عليه و سلم : "لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل "

وجه الدلالة في الحديث ، أنه ينفي وجود نكاح شرعي من دون ولي ، و إدا تم نكاح دون ولي فهو ليس نكاح ، أي أنه باطل.[3]

---

[1] : بوسطلة شهرزاد ، **المرجع السابق** ، ص 40

[2] : إسماعيل أبا بكر علي البامري ، **أحكام الأسرة (الزواج و الطلاق) بين الحنفية و الشافعية** ، طبعة 2009 ،دار الحامد للنشر و التوزيع ، الأردن ،ص116 و 117 .

[3] : أماني علي المتولي ، **الضوابط الشرعية و القانونية للانواع الحديثة للزواج و الطلاق** ، دار الكاتب الحديث ، مصر ،سنة 2010 ،ص 43.

و قوله صلى الله عليه و سلم :بما رواه مسلم من حديث ابن عباس : "الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأدن في نفسها و إذنها صماتها ".

و ما رواه في الصحيحين عن أبي هريرة :"لا تنكح الأيم حتى تستأدن"

كما ما ورد في حديث عائشة –رضي الله عنها–قالت : يا رسول الله تستأمر النساء في أبضاعهن ؟ قال : نعم قلت : فإن البكر تستأدن فتستحي قال : إذنها صماتها ، فنهى أن تنكح بدون إستئذانها "

و حديث أبو داوود و النسائي و ابن ماجة في مسنده ، عن حسين بن جرير عن أيوب عن عكرمة ، عن ابن عباس : " أن جارية أتت النبي صلى الله عليه و سلم فذكرت أن أباها زوجها و هي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه و سلم ".

و ما أخرجه الدار قطني عن ابن عباس : " أن النبي صلى الله عليه و سلم رد نكاح بكر و ثيب أنكحهما أبوهما و هما كارهتان " و أخرج النسائي في سننه حديث خنساء و فيه أنها بكرا رواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت : "أنكحني أبي و أنا بكر فشكوت ذلك إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقال : لا تنكحها و هي كارهة "[1]

و ما روي أن فتاة جاءت للنبي صلى الله عليه و سلم فقالت : " إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال : فجعل الأمر إليها فقالت : أجزت ما صنع أبي و لكني أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء ".

و مع كل ما تم عرضه من نصوص و أدلة شرعية دلت في كجماها على أن ليس للولي لإجبار من هي في ولايته على الزواج و على الإعتداد برأيها ، و هذا يدل على أن المرأة رضاها معتبر في عقد الزواج .[2]

المطلب الثالث : أقسام الولاية

لقد قسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمية أساسيين :

الفرع الأول : ولاية إجبار

و نعني حق الولي في تزويج المولى عنه بناء على إختياره و رضاه و قد إختلف الفقهاء في من تتبث عند الحنفية البالغة الثيب كانت أم بكر و هي عند الشافعية تتبث للثيب البالغة بينما جعلها المالكية و الحنابلة للثيب البالغة و البكر المرشدة .

و هي التي تعتبر ولاية كاملة ، لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزاوج على المولى عليه ، و لا يشاركه فيه أحد ، و أما الولاية الثانية ، و هي تتبث على البالغة العاقلة ، و ذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس

---

[1] : بوسطلة شهرزاد ، **المرجع السابق** ، ص 36

[2] : بوسطلة شهرزاد ، **المرجع السابق** ، ص 37

لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها ، بل يشاركها وليها في إختيار الزوج و ينفرد هو بتولي الصيغة بعد إتفاقه معها على الزواج ، و لذلك تسمى هذه ولاية الإختيار ، كما تسمى ولاية الشركة ، و لأنه ليس له أن يجبرها ، بل لا بد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك و يشتركا في الإختيار ، و يتولى هو الصيغة ، و أبو حنيفة يرى أن البالغة العاقلة ليس لأحد عليها سلطان في شأن زواجها ، و لكن يستحب أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزاوج ، و لذلك فقد أطلق عليها الحنفية إسم ولاية إستحباب .[1]

الفرع الثاني : ولاية الإجبار

هي أن ينفرد بها الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه و إختياره و ذلك بتهميش رأي المرأة كما يقررونها الحنفية على الصغيرة و إن كانت ثيبا و في حالات نقص الأهلية أو عيوبها من سفه و غفلة و جنون و غير ذلك ، لعلة الصغر ، بحيث المولى عليه لا يعترض على تصرف موليه دون أخد رأيه ، و قد سماها الفقهاء ولاية الإجبار أو ولاية حسم و إيجاب.

و علة ولاية الإجبار عند الأحناف الصغر ، أما عند المالكية فتتبث للبكر البالغة.[2]

[1] : الإمام أبو زهرة ، **الأحوال الشخصية** ، دار الفكر العربي ،مصر ، ص 107

[2] : بوسطلة شهرزاد، **المرجع السابق** ، ص 41

المبحث الثاني : موقف الفقه الإسلامي من الولي في عقد النكاح

لقد إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بأغلب مذاهبها المتعدد في شرط الولي في عقد الزواج و مدى ضرورة إشتراطه ، و في مدى صحة الزواج بعبارة النساء ، فهناك من أجاز صحة هذا العقد بعبارتهن بنشأته صحيحا لا غبار عليه أي المرأة لها كامل الحرية في أن تباشر عقد زواجها بنفسها .[1]

و على عكس الرأي السابق هناك فريق له رأي آخر في مدى صحة العقد بعبارة النساء ، و قالوا بعدم نفاده أصلا ، و أن المرأة لا يجوز لها أن تباشر عقد زواجها لا لنفسها و لا لغيرها .

و مما سبق سنتعرض إلى الآراء الفقهية المتباينة و مناقشة أدلتهم كالآتي بيانه :

المطلب الأول : القائلين باشتراط الولي في الزواج و أدلتهم

تبث الخلاف بين المذاهب الفقهية بشأن ضرورة الولي في عقد النكاح و عدم ركنيته ، فدهب جمهور الفقهاء من مالكية و شافعية و حنابلة إلى اعتبار الولي ركنا من أركان عقد الزاوج أي أن النكاح بدون ولي يعد باطلا ، و اعتبروا هذا الأخير شرط صحة في عقد النكاح،و يرى جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى عدم جواز للمرأة تزويج نفسها و غيرها سواء أكانت بكرا أم ثيبا ، شريفة أو دنيئة ،أو مهما كانت صفتها سواء كان بموافقة وليها أو بدون موافقته فإن مآله الفسخ قبل الدخول و بعده. و هذا ما قال به الإمام ابن جزي [2]

الفرع الأول : أدلتهم من الكتاب

الدليل الأول :

قوله تعالى : " و إدا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إدا تراضوا بينهم بالمعروف " البقرة الآية 232.

ففي هذه الآية نهى الله تعالى الأولياء عن عضلهن قصد الإضرار بهن حين إنقضاء عدتهن من الرجوع إلا أزواجهن و حصل بينهم طلاق و رغبن في الرجوع إليهم بعقد جديد ، و دل في قوله تعالى : " و لا تعضلوهن " إدا لو كان أمرهن بأيديهن لما طلب الشارع الحكيم من الأولياء عدم المنع ، فهذا دليل على عدم حرية النساء في تزويج أنفسهن .و كذلك المخاطب هنا هم الرجال و ليس النساء ، لذلك فمن كان أمره بيده لا يقال إلى غيره منعه منه بحيث أنه لا معنى لمنع غيره له.

وقال الشافعي –رحمه الله– : هذه الآية أبين آية في كتاب الله عز و جل دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها.

---

[1] : إسماعيل أبا بكر علي البامري ، **المرجع السابق** ،ص113 .

[2] : أحمد الشامي ، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات** ، دار الجامعة الجديد ، مصر، سنة 2011، ص 77

و الدليل على أن الخطاب في قوله تعالى : "فلا تعضلوهن " مخاطب بها الأولياء في سبب نزول الآية كما قال بها ابن جرير الطبري ، و القرطبي و غيرهم، حيث قال جرير –رحمه الله– : أن هذه الآية نزلت في شأنه لأجل كانت له أختا متزوجة من ابن عم لها فقام بتطليقها و لم يراجعها حتى إنقضت عدتها ، ثم خطبها فأبى أخوها أن يزوجها إياه ، و منعها منه و هي راغبة به ، و قد إختلف أهل التأويل فيه فنزلت الآية في شأنه.[1]

فقال بعضهم أنه كان معقل بن يسار المزني كانت أخته تحت أبي البداخ فطلقها هذا الأخير و تركها حتى إنقضت عدتها ثم جاء ليخطبها مرة ثانية و أبى أخوها أن يزوجها إياه ، و قال : وجهي من وجهك حرام أن تتزوجيه ، فنزلت الآية ، فدعى رسول الله صلى الله عليه و سلم معقلا ، فقال : إن كنت مؤمنا فلا تمنع أختك عن أبي البداخ ، فقال آمنت بالله و زوجتها منه .

و قال آخرون نزلت هذه الآية دليلا على نهي الرجل من هي في ولايته بقصد الإضرار بها بعضلها عن الزاوج[2]

فهذه الآية في نظر الجمهور تبين لنا مدى سلطة الولي على من هي تحت ولايته في الزواج حتى و لو لم يكن وليها هو أبوها ، ففي هذه الآية المولى عليها هو أخوها و بالرغم من ذلك فإن سلطة الولي قائمة في حق موليته ، لأنه لو لم يكن لها إعتبار و سلطة قائمة لما استدعاه النبي صلى الله عليه و سلم و طلبي منه ألا يمنع أخته من الرجوع إلى زوجها بعقد جديد ، و ترك لها حرية تزويج نفسها بمن ترغب ، خاصة و أن هذه الآية نزلت لبيان حكم في التشريع الإسلامي .

و العضل بجعله للأولياء في قوله تعالى : " و لا تعضلوهن " بمعناه الحبس و التضييق و المعنيين ميلهما وارد فلما نهى الشارع الحكيم الأولياء عن العضل لما فيه من ضرر التضييق على مولياتهم دل على حق الأولياء في ذلك فيما نهوا عنه .[3]

و مما يستخلص من الإستدلال من الآية الكريمة على إشتراط الولاية في النكاح مايلي :

أولا : المقصود بقوله تعالى : " فبلغن أجلهن " إنقضاء العدة و سقوط حقه في إرجاع زوجته بدون عقد جديد كما قال الشافعي : " دل سياق الكلامين على افتراق البلوغين "

و هذا المعنى كان الإجماع بين جل المفسرين .

ثانيا : المخاطب بقوله تعالى : " فلا تعضلوهن " هم أولياء النساء و دليلهم سبب نزول الآية .

---

[1] : عوض بن رجاء العوفي ، **الولاية في النكاح** ، الجزء الأول، الطبعة الأولى ،مكتبة الملك فهد الوطنية ، السعودية ،سنة 2002،ص 68

[2] : الأكحل بن حواء ، **المرجع السابق** ، ص 21 .

[3] :الأكحل بن حواء ، **المرجع السابق** ، ص 21

ثالثا : المقصود بالأزواج في قوله تعالى : " أن ينكحن أزواجهن " هن الذين كن في عصمتهن من قبل و حصلت بينهما طلاق كما في سبب نزول الآية ، و لا يمنع أن يشمل الحكم اللواتي لهن أزواجا أو سيكون لهن مستقبلا .

الدليل الثاني :

في قوله تعالى : " و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا " البقرة : الآية 221.

وجه الإستدلال من الآية أن الخطاب موجه إلى الأولياء فنهاهم بعدم إنكاح مولياتهم إلى المشركين حتى يؤمنوا ، لما قد يلحق من ضرر جسيم للمسلمة ، فالآية الكريمة دلت على أن النكاح يقع بأيدي الرجال و ليس بأيدي النساء ، و لو كان أمر النكاح للنساء نفسها من مشرك ، و إنما نهى الأولياء و نكاح المرأة من غير المسلم غير جائز بالإجماع [1]

و قد قال في شأنها القرطبي و غيره أن الآية دليل على أن " لانكاح إلا بولي " و قال الصنعاني في—سبل الكلام–باستذلال الولاية في النكاح تعقيبا على قوله تعالى : "و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا " ، الخطاب موجه للأولياء بألا ينكحوا موليتهم إلى المشركين .

و من المعلوم أن عدم جواز زواج المسلمات من المشركين ، فالأمر للولي في تولي النكاح لا للنساء.

و الآية خطاب لكافة المشركين المكلفين الذين خوطبوا بصدرها بقوله : " و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا " و المراد بها الأولياء الذين لهم سلطة الإنكاح أو عند عضلهن يكون السلطان الذي يمثل الدولة بمقام الولي بدليل قوله تعالى : " فإن اشتجروا فالسلطان و لي من لا ولي له"

و هذه الآية دليل بالنص على أنه لا نكاح بدون ولي ، قال محمد بن علي بن الحسين : النكاح بولي في كتاب الله بقوله : " و لا تنكحوا المشركين " و قد اختلف أهل العلم في النكاح بغير ولي .[2]

الدليل الثالث :

قال تعالى : " و أنكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم و إمائكم "

فالخطاب في قوله : "و انكحوا" المقصود به الاولياء و دلالته على اشتراط الولاية في الزواج من عدة نواح :

–أن الخطاب موجه للأولياء دون النساء

– منها أن صيغة الأمر الدالة على الوجوب فيدل ذلك على أنهم هم المكلفون.

---

[1] : عوض بن رجاء العوفي ، **المرجع السابق** ،ص 69

[2] : الأكحل بن حواء ، **المرجع السابق** ، ص 22

– أن الله أمرهم بإنكاح نسائهم و عبيدهم و إمائهم ، مما يدل على أن إنكاح الحرائر إلى الأولياء ، و أن إنكاح الأرقاء إلى أسيادهم ، و لذلك قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : "خاطب الله الرجال بإنكاح الأيامى كما خاطبهم بتزويج الرقيق "

– قال تعالى في حكاية عن شعيب في قصة موسى عليهما السلام : " إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين ".

و هذه دليل على أن النكاح يكون بيد الرجال لا النساء .

و استدل الجمهور باستدلالهم على وجوب شرط الولي في عقد النكاح على الفريق القائل بعدم اشتراطه ، و القائم على إسناد النكاح إلى المرأة دون الرجل في جل الآيات السابق ذكرها بضرورة وجود هذا الأخير في العقد[1]

الدليل الرابع :

" و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح و أن تعفوا أقرب للتقوى و لا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير " البقرة :الآية 237.

و قد قال بموجبها الفخر الرازي : " للشافعي أن يتمسك بهذه الآية للدلالة على أنه لا يجوز النكاح بدون ولي ، بدليل إجماع جمهور المفسرين على أن المقصود بقوله : " أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح " هو الزوج أو الولي و استدل على أنه الزوج باطل، لأنه لا سلطة له على إبرام عقد الزواج لذلك فالإستدلال هنا يحمل على أن المقصود هو الولي فقط لا غير.

الدليل الخامس :

قوله تعالى :" إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين " .

الآية دليل على أن أمر النكاح للأولياء الرجال دون النساء و الآية الكريمة في قول نبي الله شعيب –عليه السلام–، و هذا شرع ما قبلنا لم يأت دليل على نسخه في شرعنا فكيف إدا ما جاء في شرعنا ما يؤكده و يؤيده ، و هذه الآية دليل قوي على أن الولاية في النكاح هي سنة السلف من الأنبياء و الصالحين قبل بعثة النبي محمد صلى الله عليه و سلم.[2]

الفرع الثاني : أدلتهم من السنة

---

[1] : عوض بن رجاء العوفي ، **المرجع السابق** ، ص 70

[2] : الأكحل بن حواء ، **المرجع السابق** ، ص 24

إن اشتراط الولي من السنة النبوية هي الأساس بأدلة كثيرة سيقت من الفريق القائل بضرورة اشتراط الولي في النكاح نذكر منها :

الدليل الأول :

قوله صلى الله عليه و سلم : " الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن و إذنها صماتها "

و وجه الدلالة من الحديث أن لفظ الأيم هي الإمرأة التي لا زوج لها بكرا كانت أم ثيبا ، و قد جعل الحق في الزواج حقين ، حق للولي و هو مباشرة عقد الزاوج برضاها ، و حقها هي أحق و أولى من وليها و لا يكون لها الحق في ذلك إلا إدا زوجت نفسها بغير رضاه ، و بمهر أقل من مهر المثل و كان الزوج غير كفء.[1]

و لكن من الممكن أن يرد على هذا بأن معنى قوله صلى الله عليه و سلم : " أحق بنفسها " ليس محصورا في أن تتزوج دون رضا الولي ، فهناك الكثير من الحالات التي من الممكن أن يشملها قوله صلى الله عليه و سلم "أحق منه" ،كان تباشر العقد بنفسها بحضور وليها ، و كذا تحديد وقت و مكان العقد ،و حقها في إختيار زوجها أو الإذن و غيرها من الآيات التي ترجع منفعتها الخالصة للمرأة ، فتوجيه قول الرسول لهذا المعنى فقط ،لا دليل له و الله أعلم.

و لو سلمنا فرضا بصحة المعنى ، فإن هذا الحكم لا يشمل كل إمرأة ، بل يخص الثيب لا البكر ، لأن الأيم هنا هي الثيب ، و يؤكد ذلك ما جاء في تتمة الحديث " و البكر تستأذن" إذ ليس هناك قسم تالث .[2]

مع أن الحديث لا يتعارض مع محتوى النصوص التي دلت على اشتراط الولاية ،كما أن للولي حق تزويج الثيب ،كما لها الحق في تزويج نفسها و حقها أرجح من حقه بدليل صيغة التفضيل ، و لما كان الحق في تزويج نفسها لم تجز الشريعة الإسلامية الحق في إجبارها على الزواج إلا باستشارتها كل النصوص القرآنية و الأحاديث النبوية الشريفة [3]

الدليل الثاني :

قوله صلى الله عليه و سلم :" لانكاح إلا بولي ".[4]

فوجه الإستدلال من الحديث على اشتراط الولي في الزواج ، الحديث صريح على إبطال عقد الزواج بدون ولي ، و ما روي عن هذا الحديث عمر بن الخطاب و علي ابن أبي طالب و ابن مسعود و ابن

---

[1] : اسماعيل أبا بكر علي البامري ، **المرجع السابق** ، ص 114

[2] : اسماعيل أبا بكر علي البامري ، **المرجع السابق** ، ص 114

[3] : إسماعيل نواهضة ، **الأحوال الشخصية في فقه النكاح** ، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر و التوزيع ، الأردن،سنة 2010، ص 108.

[4] : الأكحل بن حواء ، **المرجع السابق** ، ص 24 .

عباس و أبي هريرة –رضي الله عنهم– وقد ذكرها سعيد بن المسبب و عمر بن عبد العزيز و جابر بن زيد بن سفيان الثوري و العديد من الفقهاء و المفسرين .[1]

و في رواية أخرى عن أبي بردة قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :" لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل " ، فوجه الدلالة من الحديث أن المرأة ليس لها الحق في تزويج نفسها و لا غيرها بدون وليها و الحديث ينفي الصحة عن النكاح الذي أبرم دون ولي ، أي أنه باطل و لا ينتج آثاره و لا يبقى أمامه إلا الفسخ.

الدليل التالث :

ما رواه عبد الله عن بريدة ، عن عائشة —رضي الله عنها —قالت : "جاءت فتاة إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : يا رسول الله إن أبي –و نعم الأب هو —زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته ،قال : فجعل الأمر إليها فقالت :إني أجزت ما قد صنع أبي ، و لكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء" —رواه الإمام أحمد و النسائي و الدار قطني–.

فإقرار النبي عليه الصلاة و السلام للفتاة " و لكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء " دليل على أمر نكاحهن بأيديهن و هو حق تبث لهن وحدهن و ليس لآبائهن فيه شيء بل هو مراعاة للحشمة و الحياء و صونا لكرامة المرأة من حضور مجالس الرجال.

الدليل الرابع :

حديث عائشة –رضي الله عنها– أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل،فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له "–رواه أحمد و أبو داوود و ابن ماجة–[2]

و وجه الدلالة من الحديث أن نكاح المرأة بدون إذن وليها مآله البطلان ، و الحديد هو حديث عام يشمل كل النساء دون إستثناء بقوله صلى الله عليه و سلم "أيما".

و تأكيد النبي صلى الله عليه و سلم بلفظ " فنكاحها باطل" تلاث مرات تأكيد بطلان زواج المرأة لنفسها بدون إذن وليها و أن ولاية النكاح من حق وليها .[3]

الدليل الخامس :

---

[1] : أحمد الشامي ، **المرجع السابق** ، ص77.

[2] : عوض بن رجاء العوفي ، **المرجع السابق** ، ص 112.

[3] : اسماعيل أبا بكر البامري ، **المرجع السابق** ، ص114.

روي عن رسول الله صلى الله عليه و سلم لما خطب أم سلمة إعتدرت بأعذارها من جملتها أن أوليائها غائبون فقال النبي صلى الله عليه و سلم :" ليس في أوليائك من لا يرضى بي ، قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله ".

و وجه الإستدلال من الحديث أن رسول الله صلى الله عليه و سلم تزوج من أم سلمة و لم يكن أولياؤها حاضرين فدل على صحة النكاح دون والي .

و المردود على هذا الحديث أن الرسول صلى الله غليه و سلم تزوج من أم سلمة بكونه وليا عليها كونه سلطان ، و السلطان ولي من لا ولي له ، بالإضافة إلى خصوصية ولاية الرسول صلى الله عله و سلم على باقي المسلمين بدليل قوله عز و جل : "النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم ".[1]

و من الأدلة التي جاءت في الأثر نوجز بعض منها كما يلي :

أولا :أن عائشة –رضي الله عنها –كانت تحضر الزواج و تخطب تم تقول اعقدوا فإن النساء لا يعقدن.

ثانيا :أن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه–فرق بين الرجل و امرأة زوجها غير وليها ،و قال : " لا تتزوج المرأة إلا بولي ".

و أما دليلهم في العرف و العادة : كما جرى التعامل به و السائد بين مختلف العرب في صدر الإسلام لم يحدث و أن زوجت امرأة نفسها بغير إذن وليها ، " و العادة محكمة "كما تقول القاعدة الفقهية، و إلى جانب كل النصوص سواء كانت من الكتاب أو من السنة هناك جانب يتعلق بطبيعة المرأة و نفسيتها نظرا لما جبلت عليه من رقة الشعور و العاطفة فقد تؤدي بنفسها على ما لا يحمد عقباه بزوجها من رجل قد تندم عليه مستقبلا من حيث لا ينفع ندم و ما قد تلحق بعائلتها و وليها من العار ، لذلك فإن مصلحة المرأة في ولاية وليها عليها كون هذا الأخير من الإدراك ما يميز به شخصية الرجال و معرفتهم على حقيقتهم.[2]

و يرجع إختلاف العلماء في اشتراط الولي من عدمه إلى جملة من الأسباب من بينها أن فقهاء الشريعة الإسلامية عندما اتفقوا في المسائل و الشروط الواجب توفرها في العقد بدليل الإختلاف بين الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة ، بكون لابد من وجود ولي في العقد و إلا عد الزواج باطلا بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته عد ركنا من أركان العقد و من جانب آخر الحنفية الدين لم يعدوه ركنا في الزواج و بالتالي يجوز للمرأة أن تباشر عقد زواجها بنفسها.[3]

---

[1] : اسماعيل أبا بكر علي البامري ، **المرجع السابق** ، 114.

[2] : الأكحل بن حواء ، **المرجع السابق** ، ص26

[3] : محمد رأفت عثمان ، **فقه النساء في خطبة و الزواج**، كلية الشريعة ،جامعة الأزهر، دار الإعتصام للطبع و النشر و التوزيع، مصر ،ص60

المطلب الثاني : القائلين بعدم اشتراط الولي في الزواج و أدلتهم

لقد جاء الحنفية بنقيض ما جاء به الجمهور موقفهم و أدلتهم كما سبق ذكره ، فأجاز الحنفية أن تزوج المرأة نفسها و حتى تزويج غيرها ، لكنهم وضعوا شروطا لكي تستطيع المرأة مباشرة عقد الزواج بنفسها ، بحيث هذه الشروط تكون واجبة لصحة العقد و من بين تلك الشروط أن يكون الزوج كفئا للزوجة ، بالإضافة إلى ألا تزوج نفسها بمهر أقل من مهر المثل ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط جاز للولي الإعتراض على الزواج ، و هذا ما جاء به الزهري.[1]

و استند فريق الحنفية في رأيهم إلى أن الولاية على النفس و المال تتبث للشخص البالغ العاقل و الكامل الأهلية سواء أكان رجلا أم امرأة ، فكل العقود التي يبرمها كلا الطرفين تعتبر صحيحة و نافذة ما دامت مستكملة لكل شروطها الشرعية و لا تتوقف على إجازة أحد ، فالمرأة البالغة الراشدة الكاملة الأهلية عندهم لها أن تتزوج نفسها بكامل إرادتها ، بشرط ألا يكون الزوج غير كفء ، او زوجت نفسها بأقل من مهر المثل ن و لا يجوز لغير وليها العاصب الإعتراض عن الزواج إدا لم تتوفر هذه الشروط.

و هنا يطرح التساؤل التالي : **ما حكم غدا زوجت المرأة نفسها بدون توفر الشروط المنصوص عليها و كان وليها معترضا على الزواج ؟**

و للإجابة على التساؤل المطروح إختلف فقهاء الحنفية في حكم العقد ، و يظهر إحتمالين :

أ/ العقد نافذ و الزاوج صحيح.

ب/ العقد غير صحيح و باطل .

فعند الحنفية و أبو يوسف أن الكفاءة ، من حق الأولياء دفعا للضرر الذي يلحق بهم من العار اما إذا كان مهرها أقل من مهر المثل و كان الغبن فاحشا ، فإن العقد يعتبر صحيحا و نافذا لكن يظل غير ملزم في حق الولي ، إذ يمكن لهذا الأخير الإعراض ما لم يظهر عليها حملا ظاهرا أو ولادة ، فعدم إكمال الزوج لمهر المثل يبقى للولي حق اللجوء للقضاء للمطالبة بفسخ العقد ، فالأغلب على رأي الحنفية و المفتي به عدم لوم العقد في حالة عدم رضا الولي نظرا لغياب الشروط السالفة الذكر .[2]

و قد ذهب فريق الحنفية و الجعفرية إلى أنه يجوز للمرأة بأن تزوج نفسها بدون حضور وليها و دون الحاجة إليه.[3]

---

[1] : أحمد الشامي ، **المرجع السابق** ، ص 79

[2] : جمعة سمحان الهبلاوي ، **الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و أثرها في التشريع الإسلامي** ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، ص 71.

[3] : فاروق عبد الله كريم ، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي** ، جامعة السليمانية ، كلية القانون ، طبعة 2004 ، العراق ، ص 88

و قد استدل فريق الحنفية إلى جملة من البراهين و الدلائل الشرعية من الكتاب و السنة و المعقول و هي مبنية كالآتي:

الفرع الأول: أدلتهم من الكتاب

فهناك العديد من الآيات أسندت النكاح إلى النساء كإسناد الفعل إلى فاعله و التصرف إلى من يباشره ، كما أنها أكدت على الولي و نهته أن يمنعها من حقها و لو كان ذلك غير مباح و غير صحيح لما نهى الشارع الحكيم الولي عن ذلك ن و نذكر منها :

الدليل الأول :

قال تعالى : " و إن طلقتموهن فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ، ذلك يوعظ به من كان منكم يؤمن بالله و اليوم الآخر ، ذلك أزكى لكم و أطهر لكم و الله يعلم و أنتم لا تعلمون " –البقرة : الآية 230[1]

فقد قال أبو بكر الحصحاص : قوله تعالى : "فلا تعضلوهن " معناه لا تمنعوهن و لا تضيقوا عليهن في التزويج ، و قد دلت هذه الآية جواز تزويج المرأة لنفسها من غير وليها كما نهى الشارع الحكيم عن عضلهن إدا تراضوا بين أزواجهن ، و جعل أن هناك وجه آخر و هو ان المرأة البالغة الحرة لا تتزوج إلا بإذنها فهي لا تتعدى الحالتين إما ثيبا أو بكرا ، فالثيب لا تنكح إلا بإذنها ، أما البكر ففي ظاهر أقوال العلماء أن ليس لأحد إجبارها على الزواج إلا إدا كان وليها أبوها أو جدها ، و هذه الحالة مستثناة في حديث آخر.

و الإستدلال بمنع الأولياء من عضل من هن في ولايتهن فيه إثباث إلى حقهن في الولاية عليهن لا نفيها ، و ولاية الولي مصلحة فلو احتمل العضل في الآية أكثر من معنى ، و جاء سبب نزول الآية مبينا أن المراد أحدهما وجب اعتماده و ترك ما خالفه.

الدليل الثاني :

قال تعالى : "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فإن طلقها فلا جناح عليها أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله و تلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون" البقرة –الآية 230–، و وجه الإستدلال بهذه الآية يظهر من خلال وجهين :

أ/ إضافة النكاح إلى المرأة في قوله : "لاتنكح"

ب/نسب التراجع بين الزوجين بدون ذكر الولي[2]

---

[1] : محمد رأفت عثمان ، **المرجع السابق** ، ص 62

[2] : الاكحل بن حواء ، **المرجع السابق** ، ص 29

الدليل الثالث :

قوله تعالى :"قلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف و الله بما تعلمون خبير"البقرة –الآية 234- ، و وجه الإستذلال بهذه الآية أنها تضمنت النهي عن التريث عليهن فيما يفعلن في أنفسهن بدون أذن أوليائهن و المقصود هنا هو النكاح.[1]

الدليل الرابع :

قال تعالى :"...و امرأة مؤمنة وهبت نفسها للنبي إن أراد أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين"الأحزاب-الآية50- ، و جاء فهذه الآية اعتبارها دليلا على إنعقاد عقد الزواج بلفظ المرأة و هي نص على ذلك ، و ذلك لو لم تكن تملك عقد النكاح لما ملكت أن تهب نفسها للنبي صلى الله عليه و سلم و ظاهر الآية أن هبتها لم تتوقف على إجازة وليها ، و قد ظهر تلاث أقوال في هذه الآية : القول الأول: لا تعتبر دليلا على صحة إنكاح المرأة لنفسها لغير رسول الله ، و كون النكاح من دون الولي من خصائصه صلى الله عليه و سلم و هو المشهور بين مذهب جمهور الفقهاء.

و أما القول الثاني و التالث فلا ذكر فيه لإسقاط الولي و يذل ذلك قوله : " إن أراد النبي أن يستنكحها " و هذا دليل على أن المرأة المؤمنة لا تحل للنبي بمجرد أنها وهبت نفسها له و إنما الأمر متروك له عليه الصلاة و السلام إن أراد أن يتزوجها و إلا ترك فيكون مستأنفا ، أي المقصود من الهبة هو سقوط الصداق الذي هو خالص للمرأة.[2]

الفرع الثاني :أدلتهم من السنة

الذليل الأول :

ما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : " الأيم أحق بنفسها من وليها" و الأيم هي التي لا زوج لها سواء كانت ثيبا أم بكرا ، و هذا أصح الأحاديث التي استدل بها الفريق الآخر المخالف.[3]

كما أن بعض من الفقهاء قالوا على أحقية المرأة بإنكاح نفسها بدون إذن وليها لكنه يبقى صحة نكاحها أو بطلانه موقوف على إجازته و هذا ما ذهب إليه أبو ثور.

وجه الدلالة : قالوا أن النبي صلى الله عليه و سلم قسم النساء إلى بكر و ثيب و خص الثيب بأنها هي أحق بنفسها من وليها ، و أجيب على هذا الإستدلال بأنه معارض للحديث بدليل قوله صلى الله عليه و سلم : " و البكر تستأذن" و الإستئذان مناف للإجبار ، فالثيب تخطب بنفسها عن طريق وليها سواء استأذنها في إبرام العقد أم لا.

---

[1] : عوض بن رجاء العوفي ، **المرجع السابق** ، ص 166

[2] : عوض بن رجاء العوفي ، **المرجع السابق** ، ص 167

[3] :محمود محمد حمودة ، **فقه الأحوال الشخصية** ، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع ، الأردن ، ص129

يقول ابن حزم : الدليل على إجازة النكاح للبنت الصغيرة البكر أنهم استدلوا بإنكاح أبو بكر الصديق للنبي صلى الله عليه و سلم من عائشة–رضي الله عنها–و هي بنت سبع سنين.

و يضيف ابن حزم أن الإستئذان لا يكون إلا للبالغ العاقل بدليل قوله صلى الله عليه و سلم : "رفع القلم عن تلاث عن الصبي حتى يبلغ و المجنون حتى يفيق و النائم حتى يستيقظ"

و استدلال أبو بكر الصديق بحديث النبي عليه الصلاة و السلام "الثيب أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن" يظهر من عدة أوجه نجيزها كالآتي :

الوجه الأول : الثيب أحق من وليها ، فلا يجوز تزويج هذه الأخيرة إلا بإذنها و رضاها ، و الكلمة عامة تعني الكبيرة و الصغيرة ، وهذا حديث عام .

الوجه الثاني : انتقل ابن حزم إلى حكم البكر فقسمه إلى جزأين :

أ/ البكر الكبيرة حكمها حكم الكبيرة أي أنها لا يجوز إجبارها على الزواج

ب/ البكر الصغيرة ، فالحديث يشمل البكر سواء كانت صغيرة أم كبيرة ، و البكر الصغيرة لا تستأدن لكونها غير بالغة ، بدليل ما جاء في السنة النبوية الشريفة من السنة الفعلية و هو زواج النبي عليه الصلاة و السلام من عائشة أم المؤمنين –رضي الله عنها–و هي صغيرة.

الوجه التالث : استدلال ابن حزم بقوله عليه الصلاة و السلام :"يستأدنها أبوها" الحديث يخص الأب وحده ، أما فيما يخص الصغيرة فيجوز إجبارها على النكاح.[1]

الدليل الثاني :

زواج النبي عليه الصلاة و السلام من أم سلمة فعندما بعث إليها يخطبها لنفسه قالت : " ليس أحد من أوليائي شاهدا ، فقال رسول الله عليه الصلاة و السلام : ليس أمح من أوليائك شاهد و لا غائب يكره"، فالإستذلال بهذا الحديث دل على عدم حضور أولياء أم سلمة عقد الزاوج هذا من جهة و دل على أنه لا يجوز للأولياء حق الإعتراض بوجود الكفاءة ، بالإضافة إلى أن العقد صحيح منتج لآثاره و لا يتوقف على إجازة الولي.[2]

و هذا ما جاء في الحديث ، أما ما روي بزيادة قوله لإبنها :" يا عمر قم فزوج أمك رسول الله" أو قوله عليه الصلاة و السلام لعمر: " قم يا غلام فزوج أمك" فهو غير ثابت ، لأن عمر ابنها كان صغير السن و ليس أهل للتصرف عندما تزوج رسول الله من أمه.

---

[1] : مصطفى أمين ، **أحكام الزواج و الطلاق في فقه الإمام الظاهري** ، الطبعة الأولى ،دار قنديل للنشر و التوزيع ، سنة2010، ص 93

[2] : نضال محمد أبو سنينة،**الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية** ،الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،سنة 2011،ص153

تالثا : و استدلوا بحديث الخنساء بنت خزام الأنصارية : " أن أباها زوجها و هي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله عليه الصلاة و السلام فرد نكاحه".

و وجه الإستذلال : أنه لو كان للولي أمر في نكاح ابنته لما رد رسول الله عليه الصلاة و السلام نكاحه ، و هذا دليل صحة النكاح بعبارة النساء و قد عقد البخاري–رحمه الله– بابا في صحيحه سماه : "باب إدا زوج الرجل ابنته و هي كارهة فنكاحه مردود" ، و علق عليه ابن حجر بقوله :" هكذا أطلق ، فشمل البكر و الثيب".[1]

و جاء في مختصر القدوري : ينعقد زواج المرأة الحرة البالغة برضاها ، و قال أبو يوسف و محمد : " لا ينعقد إلى بولي ، و لا يجوز للولي إجبارها على النكاح فأذا سكتت أو أشارت بإيمائها بعدم اعتراضها و إذا أبت لم يزوجها "

عن أبي يوسف أكد على قول أبي حنيفة و صرح في الهداية :بأن الظاهر في الرواية ، ثم قال و يروي رجوع محمد إلى قولهما : لا فرق بين الكفء و غير الكفء و للولي الإعتراض على الزواج إدا كان الزوج غير كفء ، و قال في المبسوط : روى الحسن عن أبي حنيفة أن كان الزوج غير كفء لها بطل النكاح ، و هذا القول هو المعتمد عند أهل الفتوى ، و جاء في بداية المبتدى و الهداية : ينعقد نكاح المرأة الحرة البالغة برضاها و لو بدون ولي بكرا كانت أم ثيبا و ذلك عند أبي حنيفة و أبي يوسف–رحمها الله–.[2]

و يرى أبو حنيفة و أبي يوسف : أنه يستحب للمرأة أن توكل عقد زواجها لوليها ، صونا لها عن التبذل إدا تولت هي عقد زواجها بنفسها و حضور مجالس الرجال الأجانب عنها ، كما أنه ليس لوليها العاصب الحق بالإعتراض إذا زوجت نفسها من كفء و لم يقل مهرها عن مهر المثل ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط و وقع النكاح فالمروي عن أبو حنيفة و أبو يوسف بعدم صحة الزواج سدا لباب الخصومة ، و في رواية أخرى أن للولي الحق في الإعتراض بأن يقدم إلى القاضي و يطلب التفريق ، دفعا لما يلحق به من عار بشرط ألا تحمل حملا ظاهرا أو تلد من زوجها ، أما بعد ذلك فإنه يسقط حق الولي في الإعتراض حماية و صونا لنسب الولد.

فإذا كان الزوج كفء و كان مهرها اقل من مهر المثل فإذا قبل الزواج إكماله إلى مهر مثيلاتها العقد لازم ، و إدا رفض رفع الأمر إلى القاضي لفسخ العقد إذا كان الإعتراض من وليها العاصب أما إدا كان غير ذلك فلا يحق لأحد الإعتراض على نكاحها سواء كان الزوج كفء أم لم يكن أو بمهر المثل أو دونه ،

---

[1] : نضال محمد أبو سنينة ، **المرجع السابق** ، ص 153

[2] : أحمد محمد علي داود ، **الأحوال الشخصية** ،الطبعة الأولى ، دار الفقه للنسر و التوزيع ، الأردن ،سنة 2009 ، ص 156

هنا الأمر لها وحدها و لا حق لأحد عليها لأن العار لا يلحق بغير وليها العاصب ، أما فيما يخص مهرها فبتنازلها عليه هو حق لها وحدها.[1]

ثمرة هذا الخلاف

تكمن ثمرة الخلاف من الناحية العلمية :

في حال إدا زوجت المرأة نفسها و كان الزوج كفء و لم يكن المهر أقل من مهر المثل ، ثم توفي هذا الزوج قبل اللجوء إلى القضاء.....فهل يتوارثان أم لا ؟

فهنا الإختلاف يختلف بحسب وجهة نظر كل فقيه من الفقهاء ، و حسب التباين الحاصل بين الروايات المساقة ، و إذا ألقينا نظرة على رأي الحنفية فإنهما أقرا بتوارثهما ، لأن الوضوع هو كونها زوجت نفسها من كفء فهنا ليس للولي حق الإعتراض .

بالمقابل و نقلا عن رواية أبي يوسف أنهما يتوارثان أيضا ، لأن العقد بحسب هذه الرواية منعقد و ليس للولي فسخه ، لإنتفاء الضرر بكونها زوجت نفسها بكفء.

أما ما جاء في رواية محمد ، فإنهما لا يتوارثان ، لأن العقد في نظر هذه الرواية موقوف على إجازة الولي ، و العقد موقوف لا يجري فيه التوارث.

فالسؤال المطروح أي من هذه الروايات يجدر إتباعها في حال إعداد تشريع بخصوص هذا الموضوع و في حال الفتوى فأي فتوى وجب إتباعها ؟

و إلى جانب مذهب الجمهور و مذهب الحنفية بشأن اشتراط الولي في عقد الزواج و ما يترتب عليه القول بضرورة اشتراطه من عدمه من نتائج ، كما أنه يوجد مذهب تالث هو مذهب أبي ثور من الشافعية و من معه ، و حسب وجهة نظري فإنه هو المذهب الراجح من غيره ، بحيث أنهم قالوا بأن الولاية في الزواج تكون ولاية شركة بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة و بعد ذلك للمرأة أن تتولى عقد زواجها بنفسها .[2]

و هذا الرأي يقول بجواز العقد بصيغة المرأة لإنشاء العقد لكل وجب استئذان وليها ، هذا الرأي وفق بين كلا الرأيين للمذهبين السالفي الذكر ، من ناحية مشاركة المرأة في إختيار زوجها .[3]

و حجتهم في ذلك أن الأدلة التي اجتهدت بشأن إنشاء عقد الزواج تدل على مراعاة إشتراك الولي في إختيار الزواج صراحة ، و لم ترد هذه النصوص قصد النص على عدم جواز عقد الزواج بعبارة المرأة ، بدليل قوله عليه الصلاة و السلام : " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ..." فظاهر

---

[1] : سيد سابق ، **فقه السنة** ، الجزء الثاني ، طبعة 2008 ،دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، لبنان ، ص 519

[2] :الأكحل بن حواء ، **المرجع السابق** ،ص 38

[3] : الأكحل بن حواء ، **المرجع السابق** ،ص 39

و مفاد الحديث أن علة بطلان العقد إنما هو عدم استئذان وليها لا أن صيغتها لا تصلح لإنشاء عقد الزواج.

المطلب التالث : شروط الولي في الشريعة الإسلامية

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط التي يجب أن تتوافر في الولي و لهذا يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ، و التشريع الإسلامي بتناوله لموضوع الولي فإنه لم يغفل على التطرق إلى الشروط التي ينبغي توفرها في الولي و التي بغيابها قد تخل بالمعنى الحقيقي لغرض الولاية في النكاح .[1]

فلكي تتبث الولاية في حق الولي على موليته في عقد النكاح لابد من أن تتوفر فيه جملة من الشروط الجوهرية ، و قد نص عليها الفقه الإسلامي عليها لكن هناك من الفقهاء من وضع شروطا لم يطلبها غيره من الفقهاء لذلك نجد أنهم اختلفوا في بعض الشروط و اختلفوا في غيرها.

أ/ أن يكون كامل الأهلية : و تتحقق عند الفقهاء بشروط و هي : البلوغ – العقل–الحرية ، فالصبي لا تتبث عليه الولاية حتى و لو كان غير بالغ ، أو من كان لديه عارض من عوارض الأهلية سواء لسفه أو جنون أو غفلة أو عته...إلخ.

أما بالنسبة للحرية فهي في زمانا هذا غير موجودة ، فالقاصر ليس له ولاية على نفسه و من باب أولى ليس له ولاية على غيره .

ب/إتحاد الدين بين الولي و موليته : فغير المسلم لا تتبث ولايته ، فلو كان للفتاة أخا مسلما و آخر مسيحيا فالولاية لأخيها المسلم.[2]

الفرع الأول : الشروط المتفق عليها

لقد اتفق الفقهاء على ضرورة توفر جمالة من الشروط و الآتي بيانها كالآتي :

أ/أن يكون كامل الأهلية : و تتحقق عند الفقهاء بشروط و هي البلوغ و العقل و الحرية ، فالصبي لا تتبث عليه الولاية حتى و لو كان غير بالغ ، أو من كان لديه عارض من عوارض الأهلية سواء لسفه أو جنون أو غفلة أو عته ...إلخ ، أما فيما يخص الولاية العامة فإن الفقهاء لم يشترطوا إتحاد الدين فيها فالحاكم سواء كان مسلما أو غير مسلم له ولاية على المواطنين داخل دولته ، فهو ولي من لا ولي له.

الفرع الثاني : الشروط المختلف فيها

---

[1] : الشيخ شمس الدين ، **قانون الأسرة و المقترحات البديلة** ، الطبعة الأولى ، شركة دار الأمة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، سنة 2003، ص90

[2] : محمد خضر قادر ، **دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية** ، طبعة 2010 ، دار اليازوردي العلمية للنشر و التوزيع ، الأردن ، ص 191

إختلف الفقهاء في بعض الشروط الواجب توافرها في الولي و ذلك على مختلف مذاهبها فالبعض من الفقهاء وافق غيره على بعض الشروط ، و البعض الآخر نفوها و نذكر من بينها :

أ/ الذكورة : و الدين قاموا باشتراطها هم فقهاء الجمهور الذين أبطلوا تولي المرأة العقد بنفسها و من باب أولى غيرها ،عكس فقهاء الحنفية الذين أجازوا للمرأة تزويج نفسها بإرادتها ، و الذين قالوا بأن الذكورة ليست شرط في تبوث الولاية ، فالمرأة البالغة الراشدة عندهم لها ولاية تزويج نفسها و غيرها

ب/العدالة :و التي اشترطها الشافعية و فريق الحنفية ، عندهم ليس له ولاية بدليل ما روي عن ابن عباس فال : فال رسول الله صلى الله عليه و سلم : :" لا نكاح إلا بولي و شاهدي عذل "، و جاء في المنهاج و في مذهب الشافعية أنه لا يجوز للفاسق أن يكون وليا .[1]

كما جاء في فقه الحنابلة انه يشترط في الولي سبعة من الشروط من بينها العدالة ، و في ذلك روايتان إحداهما شرط ن و ذلك ما روي عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل" ، ولأنها ولاية نظرية و لا استبداد للفاسق فيها .

أما الرواية الأخرى ليست شرط ، و قال قدامة في المعنى : أنه سأل أحمد إدا تزوج بولي فاسق و شاهدي عدل فالنكاح صحيح و هذا الكلام ما وافق به مالك و أبي حنيفة و قول من أقوال الشافعي.

و العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند الحنفية للفاسق ، و زاد الشافعية و المالكية و الحنابلة شرط الرشد ذلك لأن السفيه لا ولاية له على نفسه و بالمقابل لا ولاية له على غيره ، و منهم من قال يجوز له أن يكون وليا و حتى لو حجر عليه لأن الحجر لا ينفي الولاية عنه ، و إنما خوفا على تبديد أمواله فقط لا غير كما اشترط الحنابلة الرشد و المقصود بها هو الكفء .[2]

و أضاف الشافعية شرط آخر و هو عدم اختلال النظر بهرم أو خبل و هذا ما جاء به في المنهاج بأنه لا ولاية لمختل النظر بهرم أو خبل ، و لا فرق بين العارض أو الأصلي ذلك لأنه يعجز عن اختيار الزوج الكفء ، كما له معنى آخر و هو السلامة من الأمراض.

و هناك شرط آخر عند المالكية و الشافعية و الحنابلة وهو عدم الإحرام لحج أو عمرة في حال التزويج ، و جاء في مختصر خليل و الشرح الكبير في فقه المالكية يمنع ذلك : الزوج و الزوجة و وليها فإذا وقع فمآله الفسخ. أحمد محمد علي داود ، **المرجع سبق ذكره** ، ص 176 محمود محمد حمودة ، **المرجع سبق ذكره** ، ص 129

[1] : محمد خضر قادر ، **المرجع السابق** ،ص192

[2] : أحمد محمد علي داود ، **المرجع السابق** ، ص 176

و بصفة عامة يشترط في الولي لكي يؤدي هذه المسؤولية التي على عاتقه أن يكون أهلا للولاية ، بحيث إدا تخلف شرط من هذه الشروط لا يعتد بوجوده و ولايته.[1]

و السؤال المطروح هو من هم الأولياء ؟ و ما الواجبات التي تقع عليهم على أساس ولايتهم في التزويج ؟ لقد ذهب جمهور العلماء منهم مالك و الثوري و الشافعي إلى أن الأولياء الدين لهم ولاية التزويج هم العصبات فقط ، و ليس للخال و لا الإخوة و لا الإخوة لأم و لا لأي أحد من ذوي الأرحام ولاية ، و ذهب الشافعي إلى أن النكاح لا ينعقد بعبارة النساء إذ لا بد من الولي و ليس لأي ولي بل القريب فقط هو الذي يوقعه بعباراته ، فإذا لم يوجد ولي قريب فبعبارة الولي البعيد ، ثم الولي السلطان باعتباره ولي من لا ولي له .، أما أبي حنيفة فقد قال بأن الولاية لغير العصبة من الأقارب بقوله :"الذي ينبغي عليه التعويل عليه عندي هو أن يقال : لأن الأولياء هم قرابة المرأة :الأدنى فالأدنى و الذين تلحقهم الغضاضة إذا تزوجت بغير كفء ، و كان المزوج لها غيرهم"

و هذا المعنى لا يخص العصبات بل يوجد في ذوي السهام ، و مثاله الأخ لأم و ذوي الأرحام كإبن البنت ، و ربما كانت الغضاضة مها أشد منها في بني الأعمام و نحوهم ، فلا وجه لتخصيص الولاية في العصبات فقط و لا يجوز حصرها في من يرت فقط.[2]

كما أن أبو حنيفة أضاف أنه إذا فقدت العصبات انتقلت الولاية إلى الأم ثم الأم لأب ثم البنت إذا كانت أمها مجنونة ثم لبنت البنت ، فبنت ابن الإبن ....و هكذا فإذا تقدموا فالولاية تنتقل للسلطان و حجته في ذلك أن الولاية مستحقة باعتبار الشفقة و هي موجودة فثبتت لهم الولاية في التزويج ، و قد قدمت قرابة الأب على قرابة الأم باعتبار عصبات كما في الميراث بتقديم العصبات على ذوي الأرحام في الميراث[3].

أما فيما يخص واجبات الولي فإن التشريع الإسلامي بإعطائه للولي هذا الحق بالمقابل اوجب عليه بجملة من الواجبات تجاه موليته نوجزها فيما يلي :

أولا: يجب أن يختار لها زوج كفء إدا رضيت به و وافقت عليه، ففي حالة اعتراضه على الزوج الكفء يعتبر هنا عاضلا ، و هنا الأمر لها إذا رفع الأمر للقاضي فإن هذا الأخير يتحرى امتناع وليها ، فإذا أبدى أسباب و حجج رآها القاضي مقنعة وافق القاضي على امتناعه ، أما إذا كان اعتراضه في غير محله فإن القاضي يزوجها منه باعتبارها وليها ، و لا تنتقل الولاية للأبعد ، و في رأي المالكية تنتقل، أما ولاية

---

[1] : محمود محمد حمودة ، **المرجع السابق** ، ص 129

[2] : سيد سباق ، **المرجع السابق** ، ص 519

[3] : محمود علي السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، الطبعة التالثة، دار الفكر ،الأردن ،سنة 2010 ،ص54

الإجبار فإن لوليها أن يجبرها و لو لغير الكفء إلا لما فيه ضرر ، لأنه لا يكون عاضلا لأنه أدرك , أدرى منها بمصلحتها و خبرة الرجال.

ثانيا : يجب على الولي تعيين الزوج لموليته سواء كانت بكرا أم ثيبا قبل الزواج فإذا تم العقد بدون أن يعينه لها فإن لها رد النكاح قبوله ، و عليه ذهب جمهور الفقهاء و من أبرزهم مالك و الشافعي و الثوري إلى أن الولاية في الزواج تكون بعصبات ، و قد أضاف الشافعي أن الزواج لا ينعقد إلا بعبارة الولي القريب ، فإذا غاب هذا الأخير انتقلت الولاية للولي البعيد ، و السلطان ولي من لا ولي له ، فإن زوجت نفسها بإذن الولي أو بدونه بطل الزواج و لم يتوقف [1]

و قد اختلف العلماء في حال اجتماع الإبن و الأب ، فأيهم يقدم على الآخر ؟

هناك عدة آراء نذكر منها :

الرأي الأول : يقدم الأب على الإبن و إن نزل ، و هذا ما قال به الإمام مالك في رواية عنه للإمام محمد ابن الحسن الشيباني و قول الإمام الشافعي و الحنابلة

الرأي الثاني :الذي تمسك بالميراث فالجواب عنه :" بأن الولاية احتكام ، و احتكام الأصل على فرعه أولى من العكس ، و فارق الميراث ، فإنه لا يعتبر له نظر ، و لهذا يرث من هو عديم الأهلية كالمجنون مثلا ، و ليس فيه احتكام و لا ولاية على الموروث"[2]

[1] : عبد القادر حرز الله ، **الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق** ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر،سنة 2007،ص62

[2] : محمد حسن أبو يحى ، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية** ، الطبعة الأولى ،الدار العلمية للنشر و التوزيع ، الأردن ،سنة 2011، ص216

المبحث الثالث : الولي في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري

إن الحديث على مركز الولي في تزويج المرأة في ظل قانون الأسرة الجزائر القديم يقتضي منا التعريج على موقف الفقه الإسلامي من الولاية ، و الذي انقسم الفقه بشأنها إلى فريقين و كما أسلفنا سابقا الذكر فقد ذهب جمهور المالكية و الشافعية و الحنابلة و في رواية أبي يوسف إلى أن المرأة لا يجوز لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها ،كما لا يجوز لغير وليها القيام بالعقد و إلا عد النكاح باطلا.و على عكس الرأي السابق يرى المذهب الحنفي أن المرأة البالغة الراشدة لها كل الحق في إبرام عقد زواجها بنفسها سواء أكانت بكرا أم ثيبا ، و يبقى من المستحب أن تقوم باستئذان وليها ، أما الولي فلا أمامه سوى الإعتراض على الزواج إذا رأى أن الزوج غير كفء أو إذا كان مهرها لأقل من مهر المثل لا سيما و أن الكفاءة شرط في النكاح يتقاسمه الولي و المرأة.

و بالتوفيق بين الرأيين يرى بعض الفقهاء أن الولاية تكون شركة بين المرأة و وليها و لا يمكن تجزئتها.

المطلب الأول :الولي في عقد الزواج ضمن قانون الأسرة رقم 11/84

قبل التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من الولي ، وجب أن نعرج عن مفهوم الركن و الشرط ، أما الركن فهو ما يتوقف عليه حقيقة الشيء أي ماهيته أو ما يتوقف عليه الشيء أو هو ما يتحقق بوجوده وجود الشيء فلا يقوم إلا به ، و قد تباينت المذاهب الفقهية في تحديد أركان الزواج ، ما أدى إلى انعكاس هذه الآراء المتباينة على القوانين الوضعية للتشريعات العربية بوجه عم و منها الجزائر بوجه خاص[1]

و بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ 09 جوان 1984 تحت رقم 11/84 لينظم مسائل الزواج ، خاصة بما جاء في نص المادة 09 منه :"يتم عقد الزواج ، برضا الزوجين ، و بولي الزوجة ، و شاهدين و صداق" حيث عد الولي ركنا من أركان الزواج متأثرا بذلك بالمذهب المالكي الذين يشترطون الولي في عقد الزواج ، حيث أنهم أبطلوا عقد النكاح بدون ولي .[2]

فالولي حسب هذه المادة بعد ركنا من أركان الزواج حيث أنه و بموجبها لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها من دون ولي ، و قد جاءت المادة 11 من نفس القانون مؤكدة على ذلك بنصها :"يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له"[3]. ، غير أنه و بالرجوع إلى نصوص المواد 32 و 33 من نفس القانون نجد أن المشرع الجزائري لا يعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج

---

[1] : أحمد الشامي ، **المرجع السابق** ، ص 20

[2] : بوسطلة شهرزاد ، **المرجع السابق** ، ص 43

[3] : القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري ، **الجريدة الرسمية العدد 31** ، الصادر 31 جويلية 1984.

حيث تنص المادة 32 على أنه :"يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج"، كما نصت المادة 33 من نفس القانون :"إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه ، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ، و يبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

فالمشرع الجزائري هنا و حسب المواد السابق ذكرها اعتبر الولي شرط صحة و ليس ركنا في عقد الزواج أي أنه يفسخ الزواج قبل الدخول إذا انعدم وجود الولي ، و يثبت بصداق المثل بعد الدخول و لا يختل الزواج إلا إذا انعدم ركن مضاف إليه كاجتماع الولي مع الشاهدين أو الولي مع الصداق ، كما نجد أيضا وجه من وجوه التناقض في طيات هذا القانون ، و ذلك بما جاءت به المادتين 12 و 13 حيث جاء في المادة 12 :" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها ، و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون ، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت "[1]، فهنا المشرع ميز بين البنت البكر و الثيب من حيث سلطة اولي في التزويج ، فالثيب ليس للولي سلطة إجبارها على الزواج،و إذا رغبت في الزواج فليس له أن يمنها و للقاضي أن يأذن بذلك ، أما البكر فعليها ولاية الإجبار حيث أنه يجوز لوليها الإعتراض على الزاوج إذا لم يرى فيه مصلحة ، أو لم يكن حسبه كفئا.[2]

هذه النصوص و بالرغم من كونها جاءت منفصلة لأحكام الولي إلا أنها لم تخلوا من الغموض و من الملاحظ على نص المادة 13 التناقض و التعارض بحيث نصت هذه الأخيرة على أنه :"لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ، و لا يجوز أن يزوجها بدون موافقتها "، هذا ما دفع بالكثيرين من شراح و فقهاء القانون بالمناداة بضرورة تفسير الغموض الذي يحيط بهذه النصوص ، ثم جاء قانون 11/84 في فصل الفساد و البطلان –المواد من 32...35- فالمادة 33 من نفس القانون حيث نصت على فسخ الزواج الذي انعقد بدون ولي و يكون الفسخ فبل الدخول أما بعده فيعتبر صحيحا بصداق المثل .

بالإضافة إلى نص المادة 09 من القانون ذاته حيث اعتبرت المادة الولي ركنا من أركان الزواج ، و السؤال الذي يطرح نفسه : كيف يشمل الزواج على حكمين مرة يكون قابلا للإبطال و مرة باطلا ؟

و حسب ما جاء به المذهب المالكي الذي جعل من الولي ركنا من أركان الزواج و رتب عليه في حال عدم وجود الولي البطلان ، و لم يفرق بين البطلان قبل الدخول و بعده ، فقد اعتبر الزواج باطلا من

---

[1] : القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري ، **الجريدة الرسمية العدد 31** ، الصادر 31 جويلية 1984.

[2] :أحمد الشامي ، **المرجع السابق** ، ص 46

الأساس ، و كما أضاف الدكتور محمد محدة –رحمه الله– مخالفة للمعاني اللغوية و الفقهية فيما يخص معنى الركن و الشرط مما جعل هذه النصوص مضطربة .[1]

و بذلك لم يعد اولي ركنا من أركان الزواج بل جعله شرطا من شروطه يترتب عليه الفسخ قبل الدخول و التبوت بعده ، هذا المسلك الذي رفع التعارض بين المادة 09 و المادة 33 السالفة الذكر..

أما فيما يخص دور الولي في عقد الزواج فقد نص المشرع في المادة 11 و 12 بأنه هو الذي يتولى واج المرأة أي أنه يجب أن يتوفر رضا الطرفين و الولي و موليته و يقوم بنقلها أما مجلس العقد ، لأن هذه الأخيرة حياؤها يمنعها من حضور مجالس الرجال و التصريح برأيها ، فالولي هو الذي يتولى هذه المهمة ، و هذا ما يستخلص من نص المادة 11 ، أما فيما يخص حدود سلطة الولي في عقد الزواج فقد نص المشرع في المادة 12 غلى من تؤول من في ولايته في حال تعسف الولي بالإعتراض على الزواج فنصت على :" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته على الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها ن و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون" .

و مما سبق ذكره فإن اشتراط الولي في عقد الزواج هو حماية لمصلحة المولى عليها و درء المفاسد عنها و صونا لها من حضور مجالس الرجال ، و بالتالي أعطى للمشرع هذا الدور للولي لكنه وضع له قيد على سلطة ولايته بأن لا يمنعها من الزواج إذا رغبت فيه سواء كانت بكرا أم ثيبا ، فالمادة لم تخلوا من الغموض ، إذ أنها لم تحدد المعايير التي وفقها بتعين تحديد الزواج الأصلح ، كما أن القضاء لم يتولى تحديد معناها ، لكنه حدد بعض الحالات التي يمكن أن يكون الرجل أصلح للمرأة ، ففي حالة كان الزوج أصلح للمرأة و رغبت فيه فإن عضل الولي يكون تعسف و بالتالي يجوز لهذه الخيرة أن تلجأ للقضاء باعتباره السلطان و لي من لا ولي له[2]

و هذا ما كرسته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 30 مارس 1993[3]

المطلب الثاني : الولي في عقد الزواج ضمن الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم بقانون الأسرة الجزائري رقم 11/84

لقد كانت أحكام الولي في قانون 11/84 و التي أثارت جدلا كبيرا في أوساط الباحثين و الدارسين و شراح القانون نظرا لما اشتملت عليه من تناقضات على الأقل من وجهة نظرهم ، و خاصة ضغط

---

[1] : بوسطلة شهرزاد ، **المرجع السابق** ، ص44

[2] : سيد سابق ، **المرجع السابق** ، ص136

[3] : المجلة القضائية، **قرار المحكمة العليا رقم 90468** ،عدد خاص، إجتهاد غرفة الأحوال الشخصية ،الجزائر، بتاريخ 1993/03/30،ص 49

الجمعيات النسوية بالمطالبة بتحرير المرأة و مساواتها بالرجل ، إذا أنهم لا يتفقون مع كون المرأة التي هي في المناصب العليا مثلا كالوزيرة و القاضية لا تستطيع أن تعقد زواجها إلا بحضور وليها.

و مع كل الضغط لهاته المنظمات النسوية و ما جاءت به من إتفاقيات دولية خاصة إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة المنادية بتحرير المرأة و مساواتها في الحقوق و الإلتزامات مع الرجل ، و بذلك تمت الإستجابة لكل تلط الضغوطات ، و جاء المشرع الجزائري بمشروع تمهيدي لتعديل نصوص قانون الأسرة الجزائري و التي مست بمواد الولاية في الزواج ، و التي سنبينها كالآتي :

جاء في عرض أسباب المشروع الذي عرض على مجلس الحكومة ثم عرض الأسباب المرفقة بالأمر الرئاسي الذي عرض على مجلس الوزراء للمصادقة عليه ، و أنه مما لا يدعوا للشك أن عقد الزواج يتميز من الناحية القانونية عن باقي العقود ، و من ناحية أخرى يخضع للعديد من القواعد و الشروط التي تخضع لها العقود ، إلا أنه يتميز عنها بعدة خصائص ، لا سيما كونه عقد رضائي يتم بمجرد تبادل رضا الطرفين ألا و هما الزوج و الزوجة من أجل تكوين أسرة على الوجه الشرعي، و جديد هذه المادة أنها جعلت للزواج تلاث أركان : الزوج و الزوجة و التراضي ، عند من يرى التقسيم الشرعي للأركان ، و عند من يرى الوقوف عند القراءة القانونية للنص دون منظور شرعي للمادة 09 المعدلة و التي حصرت الركن الشرعي الوحيد في الزواج هو الرضا ، أما فيما يخص غير التراضي فقد اعتبرها المشرع شروط ، و مسألة التفرقة بين الشرط و الركن اختلاف لفظي بين المذاهب ، فالركن المتفق عليه هو التراضي ،أما الباقي فهو مختلف فيها بين اعتبارها ركن أو شرط ، و القاعدة الأصولية تنص على أنه "لا إشكال في الإصطلاح"[1]

نص المشرع الجزائري في المادة 09 مكرر من الأمر رقم 02/05 المرخ في 27 فبراير 2005 بقولها : يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

-اهلية الزواج

-الصداق

-الولي

-شاهدان

-إنعدام الموانع الشرعية للزواج.[2]

[1] : نبيل صقر ، **موسوعة الفكر القانوني** ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، الجزائر،سنة 2004 ، ص 82

[2] : الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، **جريدة رسمية عدد 15** ، الصادرة في 27 فبراير 2005 .

فقد جاء في هذه المادة أن الولي شرط من شروط عقد الزواج ، كما عدلت المادة 11 فأسند إليها المشرع الجزائري ولاية التزويج إلى المرأة الراشدة بخلاف ما كان النص قبل التعديل و التي جاء فيها :" يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين ، و القاضي و لي من لا ولي له "[1]

و بغرض معالجة نصوص القانون السابق حاول المشرع التوفيق بين النصين ، و قام بتعديل على محتوى النص بقوله :" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره " دون الإخلال بالمادة 07 من هذا القانون ، يتولى زواج القصر أولياؤهم و هو الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له".

و بذلك المشرع جعل الحق للمرأة في عقد زواجها باعتبارها طرفا في العقد ، من خلال الإدلاء بموافقتها أما ضابط الحالة المدنية، و بناءا على ما سبق ذكره فقد كرس المشرع حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها مع النص على اشتراط حضور وليها و الذي لا يتجلى فقط في أبوها بل أي شخص آخر تختاره المرأة و ذلك من خلال استعمال حرف التخيير "أو" ، و ما يفهم أن الولي يقتصر دوره على الحضور فقط أي حضورا شكليا ، فالحضور ينطوي على عدة معان فقد يفيد حضوره وجه الإلزام أو الإختيار ، كما أن المشرع جعل من الولي شرط لزوم في عقد الزواج بدل ما كان ركنا و ذلك في المادة 09 مكرر و التي من بين شروطها المنصوص عليها الولي ، أي أن زواج المرأة يكون صحيحا غير أنه موقوفا على إجازة الولي ، و الإجازة تكون قبل و بعد العقد ، و حضور الولي متروك تقديره للمرأة الراشدة في اختيار وليها[2].

كما يفهم من إلغاء المشرع لنص المادة 12: " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها ،و إذا وقع المنع فللقاضي أمن يأذن مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون " فالولي لم يبق له أي دور في العقد كما أن المشرع رتب عن الزواج بدون ولي كل الآثار الخاصة بالزواج الصحيح ، و مما سبق ذكره يستنتج أن المشرع قد تخلى تماما عن ولاية الإجبار بالنسبة لكلتا الحالتين أي الراشدة و القاصرة بالنص على عدم جواز للولي تزويج القاصرة دون موافقتها أو إجبارها على الزواج[3]

و هنا يأتي دور القاضي الذي له السلطة التقديرية لتحديد مدى أهمية الزواج بالنسبة للقاصرة ، فإذا تأكد من ذلك كان هناك إجازة للزواج.

و من خلال ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 11 المعدلة يتضح لنل أن هذا الأخير كرس مبدأ حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها مع اشتراط حضور وليها في العقد ، سواء كان أبا أو أحد الأقارب

---

[1] :عبد القادر حرز الله ، **المرجع السابق** ، ص 68.

[2] : أحمد نصر الجندي ، **شرح قانون الأسرة الجزائري** ، دار الكتب القانونية ،مصر ،سنة2009، ص 52

[3] : بن شويخ الرشيد ، **شرح قانون الأسرة المعدل** ، الطبعة الأولى ،دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، سنة 2008،ص66

أو أي شخص آخر تقوم باختياره ، و هذا ما قد يفتح باب من التأويل ،فالحرف "أو" الذي تم ذكره في نص المادة و الذي يفيد التخيير ما قد يدفع بالمرأة إلى الإستغناء عن أبوها كولي ، و تعمد إلى إعطاء ولاية إبرام عقد زواجها إلى شخص أجنبي عنها ، و هذا ما هو مستهجن و الذي لا يتوافق مع الأعراف السائدة في مجتمعنا .[1]

و نصت المادة 13 : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، و لا يجوز أن يزوجها بدون موافقتها" [2]، بالرغم من ان القانون لا يجيز للمرأة إبرام عقد زواجها بدون حضور وليها ، و بخلاف ما كان ساري في ظل القانون قبل التعديل ، فإن من حق المرأة أن تختار وليها و ليس بالضرورة أن يكون الولي من اهلها و تعد الولاية في عقد الزواج واجبة مصداقا لقوله عليه الصلاة و السلام :"لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرأة نفسها ،فإن الزانية هي التي تزوج نفسها " [3]

أما ولاية الإختيار فهي تابثة في حق الثيب و البكر البالغة التي قام بترشيدها أبوها ، كما بالنسبة لليتيمة الصغيرة حفاظا على مصلحتها من الفاسد.

و المشرع لم يغفل عن هذه النقطة و ذلك الأخد بولاية الإختيار في حق القاصرة ، و قد نصت المادة 13 من القانون على أنه : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، و لا يجوز أن يزوجها بدون موافقتها" ، غير أن المشرع قد أغفل جزئية هامة و هي في حال إجبار الولي من هي في ولايته على الزواج سواء القاصرة أو الراشدة بمن لا ترضاه ما مصير عقد الزواج في هذه الحالة ؟و هل يعد صحيحا أم باطلا ؟

هنا وجب التفريق بين :

الأمر الأول : في حال غياب الرضا ،بكون العقد باطلا لإنتفاء عنصر هام من عناصر العقد و هو الرضا

الأمر الثاني :إدا كان الرضا معيب بعيوب الإرادة من إكراه و غلط و غيرهما ،فإن العقد يكون قابل للفسخ ، إدا يمكن للمرأة أن تلجأ للقضاء و أن تطلب الفسخ لوجود عيب من عيوب الإرادة و هو الإكراه.

---

[1] : يوسف دلاندة، **دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة** ، الطبعة الثانية، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،سنة 2008 ، ص32

[2] : الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، **جريدة رسمية عدد 15** ، الصادرة في 27 فبراير 2005 .

[3] : بن شويخ الرشيد ، **المرجع السابق** ، ص 67

أما فيما يخص امتناع الولي عن تزويج موليته لمن ترضاه فقد نص المشرع في المادة 11 الفقرة02 بقوله :" .... يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين ، و القاضي ولي من لا ولي له " و هنا يكون الولي عاضلا و العضل ظلم في حق المرأة فهنا تنتقل الولاية إلى القاضي [1]

و قد كانت المادة المادة 12 من قانون الأسرة 11/84 قد عالجت عضل الولي بإسناد الولاية إلى القاضي إدا رأى ما فيه مصلحة ، حيث قضت المحكمة العليا في القرار بتاريخ 30-03-1993 و قد جاء فيه : " و متى تبين في قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الإمتناع ، فإن القضاة بقضائهم بالإذن للمدعية بالزواج تطبيق صحيح للقانون" ، غير أن النص ألغي بمقتضى التعديل مما أدى إلى القول بوجود فراغ تشريعي في هاته المسألة و بالتالي وجب الرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة 02/05 و التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، و بالتالي وجب على القاضي التدخل لحسم الموقف وفق ما يرى فيه مصلحة ، و الفقه الإسلامي يقر بإسقاط الولاية في حال العضل و الذي يكون دون وجه مشروع ، منع لمجرد المنع ،و بالتالي القاضي ولي من لا ولي له[2]

إضافة إلى ما سبق فإن المادة 13 من قانون الأسرة لا تميز بين البنت البالغة و القاصرة الحاصلة على إذن الزواج من القاضي ، فهنا المشرع قد خالف فقهاء الشريعة الإسلامية باستغنائه عن ولاية الإجبار على القاصرة و حسنا فعل المشرع.

[1] : طاهري حسين ، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري** ،، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ،سنة2009 ،ص33

[2] :احمد شامي ، **المرجع السابق** ، ص 48

و كخلاصة إلى كل ما سبق فقد اتجه المشرع الجزائري من خلال التعديل الجديد إلى اعتبار الولي في عقد الزواج أمرا شكليا ، فالمرأة يمكن أن تختار أي شخص يوليها في عقد زواجها كما يمكن أن تباشر عقد زواجها بنفسها متى بلغت سن الرشد .

و يمكن القول بان المشرع بهذا التعديل قد خرج عن المذهب المالكي غلى المذهب الحنفي ن إلا أن المشرع لم يأخذ بالرأي الراجح لدى الحنفية بخصوص القاصرة التي تكون عليها ولاية الإجبار ،بالإضافة إلى أنه باشتراط المشرع حضور الولي في العقد ، فإنه ابتعد عن ما جاء به المذهب الحنفي ، مع عدم نصه على حق الولي في الإعتراض على الزواج في حال زوجت المرأة نفسها بغير كفء ن و كان مهرها أقل من مهر المثل ،فضلا عن ذلك فإن المذهب الحنفي لم يذهب إلى أي مسالة في اختيار الولي.

هذا من جانب أمنا الجانب الآخر ، فقد جاء في تعليق للأستاذ **بن داود عبد القادر** بصفته عضوا ضمن لجنة المناقشة لقانون الأسرة فيما يخص مسالة الولاية :....." هذا من صميم الفقه المالكي ، إذ عند المالكية يصح الزواج بالولي الأبعد مع وجود الأقرب على ما فصله عبد الرحمان الجزيري في الفقه في المذاهب الأربعة ، و في رواية عن ابن القاسم ابن مالك ابن أنس أن اشتراط الولاية سنة و ليست بفرض ، و أنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن توكل في زواجها من هو ليس من أقربائها ، ما انه من المستحب للثيب أن يتولى عقد زواجها وليها"

و بالرغم من ذلك فسواء أخد المشرع الجزائري بالمذهب المالكي أو الحنفي ، فإنه لا مناص أن التعديل الذي جاء به المشرع بخصوص الولاية في الزواج ن جاء لإنقاص حدة الصراع الذي كان بين الإتجاهين المتناقضين ، و الذي كان واضحا جليا من خلال المواد المتعلقة بموضوع الولاية في الزواج.

و أما ذلك فإن اشتراط الولاية في الزواج لها ما يبررها في الشريعة الإسلامية ، و ذلك للحكمة التي شرعت من أجلها بما فيها حماية المصلحة المرأة من الغرر بها لقلة خبرتها بالرحال و لدرء المفاسد التي قد تقع فيها مستقبلا ، و نظرا للأهمية البالغة التي يكتسيها عقد الزواج باعتباره الميثاق الغليظ ، و لا يتأتى إلا من خلال الولي الذي عادة من المستحيل أن يلحق بها الضرر.

الفصل الثاني

الإطـــار القانونـــي لإتفاقيـة سيـــداو و آثارهـــا على قانـــون الأســـــرة الجزائـــري

على الرغم من التغييرات التي حدتث لصالح المرأة لتنال حقوقها إلا أنها لم تنل مكانتها التي تستحقها ، فبقيت تعاني من سلب لحقوقها و عدم مساواتها بالرجل في كل النواحي الإجتماعية و الإقتصادية و السياسية ، و هذه اللامساواة أثرت سلبا على تصور المرأة لذاتها ، لدا دعت الدول على ضرورة تمكين هذه الأخيرة و إزالة جميع المعيقات و القيود التي تعرقل تحقيق شراكة حقيقية لها في بناء المجتمع . فكان لزاما على المجتمع الدولي تشكيل أرضية صلبة تنطلق منها المفاهيم الخاصة بحقوق المرأة .

و انطلاقا مما سبق سعت الأمم المتحدة إلى وضع إتفاقية تشمل كافة الحقوق الإنسانية للمرأة في جميع الميادين ، و هي إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة المعروفة باتفاقية سيداو التي أتت لترسيخ الحقوق التي يجب على الدول إقرارها للنساء ، و لكن هل حقا تحمي بنود الإتفاقية محل الدراسة في الفصل الثاني حقوق المرأة في الزواج ؟ و منه علينا التطرق لدراسة هذه الأخيرة بشكل يجعلنا نفهم مدى أهميتها و مكانتها ، و من هنا سوف نعالج هذا الموضوع في الفصل الثاني و الذي قسمناه إلى مبحثين : المبحث الأول : دراسة تأصيلية فقهية و قانونية لإتفاقية سيداو

المبحث الثاني : موقف القانون الجزائري من اتفاقية سيداو

المبحث الأول : دراسة تأصيلية فقهية و قانونية لإتفاقية سيداو

شكل التمييز ضد المرأة العائق الأساسي لتحقيق المساواة بين الجنسين ، هذا التمييز هو أكثر أشكال التمييز انتشارا و يشكل أبشع انتهاكات حقوق الإنسان و أكثرها شيوعا ، لذا عملت الأمم المتحدة من خلال الشرعية الدولية لحقوق الإنسان على أكيد مبدأ المساواة و حق كل إنسان في التمتع بالحقوق و الحريات دون تمييز بما في ذلك التمييز على أساس الجنس ، كما عملت على ترجمت هذا المبدأ من خلال عدد من الإتفاقيات الخاصة بقضايا المرأة و منها الإتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق السياسية للمرأة عام 1952 ، و الإتفاقية الدولية بشأن جنسية المرأة المزدوجة عام 1957 و إتفاقية الرضا بالزواج و الحد الأدنى لسن الزواج عام 1962 ، و بالرغم من هذه الإتفاقيات فإن حقوق المرأة كانت لا تزال تعاني الكثير من الإنتهاكات فحاولت الأمم المتحدة مقاربة هذه الحقوق إلى أن تم بها التوصل إلى إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة .[1]

المطلب الأول : التطور التاريخي لإتفاقية سيداو.

اتفاقية سيداو شرعت حقوق شاملة للمرأة و هي تجمع مختلف الشواغل و الهموم و التي تعتبر من أهم الإتفاقيات الدولية الساعية للقضاء على التمييز ضد المرأة و من أجل دراسة هذه الإتفاقية لا بد من التطرق إلى دراسة إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة ، و الذي يعتبر أهم مرحلة تمهيدية لنشأة إتفاقية سيداو و من تم سيتم التطرق في هذا المطلب إلى إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة و إتفاقية سيداو.

الفرع الأول : إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة 1976.

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة في 07 نوفمبر 1967 حيث بدأ إعداده عام 1963 عندما لاحظت الجمعية العامة أنه لا تزال مجموعة كبيرة من الفروق تعاني منها المرأة و لذا طالبت اللجنة الخاصة بوضع المرأة بإعداد مشروع الإعلان بغية رفع التمييز ضد المرأة و الذي وافقت عليه اللجنة في مارس 1966 و قامت بدراسته الجمعية العامة و أعادته إلى اللجنة من أجل مراجعته ، و تبنت اللجنة مشروع الأخير عام 1967 ، حيث أقر هذا الإعلان بالمساواة بين الرجل و المرأة و دعا إلى إتخاد مجموعة من التدابير لضمان تنفيده ، و للإشارة يمثل هذا الإعلان مرحلة هامة من أجل تحقيق المساواة طبقا لنصوص ميثاق الأمم المتحدة و المباديء الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و الإتفاقية الدولية لحقوق الإنسان ، حيث تشير الديباجة إلى أن الجمعية العامة عند تبنيها هذا الإعلان لم تهمل الإعلانات و الإتفاقيات و مختلف التوصيات سواء الصادرة عن الأمم المتحدة أم الوكالات المتخصصة و التي تهدف إلى القضاء على كافة أنواع التفرقة بين الرجل و المرأة .

[1] : سهيل حسين الفتلاوي ،**موسوعة القانون الدولي (حقوق الإنسان)** ،الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة 2007، ص 256

و لقد جاء في ديباجة الإعلان أنه رغم صدور العديد من الإتفاقيات و الإعلانات التي تهدف إلى القضاء على كافة أشكال التمييز ، فإن المرأة لا تزال تعاني من هذا التمييز ، هذا الأخير الذي يتنافى مع كرامة الإنسان و السير الحسن للأسرة و المجتمع ، و من تم جاءت ديباجة الإعلان تعترف بشكل صريح بوجود التفرقة بين الرجل و المرأة ، كما تعترف بمساهمة المرأة في الحياة الإجتماعية و الإقتصادية و السياسية .[1]

يحتوي هذا إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة على إحدى عشر (11) مادة ، حيث جاءت المواد الثلاث الأولى لتركز على مبدأ المساواة بصفة عامة دون أي نوع من التمييز في حين جاءت المادة الرابعة مكملة لإتفاقية الحقوق السياسية 1952 ، حيث تعترف هذه المادة بحق الإقتراع و تقلد المناصب العامة و ممارسة جميع الوظائف بينما جاءت المادة الخامسة مقتبسة من الإتفاقية المتعلقة بجنسية المرأة المتزوجة سنة 1957 ، أما المادة السادسة درجت مجموعة من الحقوق المهمة في حياة المرأة من أجل المساواة و حي حق التملك و التصرف في الأموال و المساواة في الأهلية القانونية ، الحقوق الخاصة بالقانون و المنظم تنقل الأشخاص ، حق الرضا في الزواج دون أي إكراه من أي جهة حيث يعتبر هذا الحق مكملا لإتفاقية الرضا في الزواج و الحد الأدنى لسن الزواج و تسجيل عقود الزواج ، كما اعترفت هذه المادة بتساوي الحقوق أثناء قيام العلاقة الزوجية و أثناء إنتهائها و تساوي جميع الحقوق و الواجبات بين الرجل و المرأة عند تسيير شؤون الأولاد ، كما تمنع هذه المادة زواج القاصرات و خطبتهن من خلال مجموعة من التدابير و المنصوص عليها في إتفاقية الرضا في الزواج و الحد الأدنى لسن الزواج و تسجيل عقود الزواج .

كما تدعو المادة السابعة إلى إلغاء كافة المواد التي تنص على التمييز ضد المرأة في القانون الجنائي ، و طالبت المادة الثامنة بمحاربة الإتجار بالمرأة حيث تعتبر هذه العملية نوع من أنواع العبودية التي تشكل إستغلالا و ظلما ضد المرأة ، ثم إن الإعلان حرص على تمتع جميع النساء كبارا و صغارا متزوجات و عازبات على التعلم من خلال مساواتها بين الرجل و المرأة في حق الإلتحاق بمختلف أنواع المؤسسات التعليمية و جميع المستويات دون أي تمييز ، كما تتمتع المرأة بالمنح و الإعانات الدراسية بنفس النسب التي يتمتع بها الرجل و حق الإستفادة من برنامج مواصلة التعليم و هذا ما قضت به المادة التاسعة.

تخصصت المادة العاشرة في مساواة المرأة مع الرجل في المجال الإقتصادي و الإجتماعي من خلال تمتع المرأة بصفة كاملة في اختيار العمل المناسب لها ، و جعلها في مرتبة متساوية مع الرجل في تلقي المكافآت و الإجازات المأجورة و الإستحقاقات التقاعدية و الضمانات الإجتماعية المختلفة و كدا

[1] : سهيل حسين الفتلاوي ،**المرجع السابق** ، ص 257.

التعويضات العائلية و لقد جاءت المادة الحادية عشر صريحة بشأن تنفيد المساواة تطبيقا لمبادئ ميثاق الأمم المتحدة و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

للإشارة شكل إعلان القضاء على جميع أنواع التمييز ضد المرأة بداية هامة في حياة المرأة حيث سعى إلى رفع كل أنواع التمييز ضد المرأة ذلك من خلال دمجه لمجموعة من القرارات و الإتفاقيات السابقة عنه باعتباره ممهدا لإتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة

الفرع الثاني : ماهية إتفاقية سيداو .

تبدأ الإتفاقية بتعريف مصطلح "التمييز ضد المرأة " في مادتها الأولى على أغراض هذه الإتفاقية ، يعني مصطلح " التمييز ضد المرأة" أي التفرقة أو الإستعباد أو التقييد ، يتم على أساس الجنس و يكون من آثاره أو أغراضه إضعاف أو إبطال الإعتراف للمرأة بحقوق الإنسان و الحريات الأساسية في الميادين السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية أو في أي ميدان آخر أو إضعاف أو إبطال تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها بصرف النظر عن حالتها الزوجية و على أساس المساواة بينها و بين الرجل.

و يمكن استخدام هذا التعريف أيضا كدليل لتقييم الحالات التي تكون فيها معاملة المرأة المختلفة جائزة و مباحة على سبيل المثال ، إذ أنها لا تبطل الإعتراف للمرأة بحقوق الإنسان و الحريات الأساسية أو تضعف أو تبطل تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها .

في المقابل فتدابير الحماية الوقائية مثل تلك التي تقضي باستثناء النساء من بعض أنواع العمل قد تعتبر إجراءا تمييزيا إدا أنها قد تتنافى مع مصلحة المرأة على المدى الطويل [1]

البند الأول : نشأة إتفاقية سيداو

اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة هي معاهدة دولية تم اعتمادها في 18 ديسمبر 1979 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة ، تم عرضها للتصديق بقرار 180/34 في 18 ديسمبر 1979 و توصف بأنها وثيقة حقوق دولية للنساء فقط دون الرجال دخلت حيز التنفيد في 03 ديسمبر 1981 ، جاءت الإتفاقية بجملة من الأهداف من أهمها الإعتراف بالحقوق الإنسانية للمرأة ، القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة ، تحقيق المساواة بين الجنسية في جميع نواحي الحياة كما تعترف الإتفاقية بأهمية أن تصبح المرأة عاملة و مشاركة و منتجة في المجتمع مثل الرجل.

مرت إتفاقية سيداو بمراحل عديدة حيث أنشئت لأول مرة لجنة خاصة بمراقبة أوضاع المرأة عام 1946 ساهمت في اعتماد نصوص هامة من أجل ترقية المرأة و جعلها في مرتبة متساوية مع الرجل ، كما كانت

[1] : هالة سعيد التبسي ، **حقوق المرأة في ضل إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة(سيداو)** ،الطبعة الأولى ،دار النشر منشورات الجلي الحقوقية ، سنة 2011، ص 60

المركز الأساسي لبروز اتفاقيات و مؤتمرات لمعالجة حقوق المرأة من أهمها المؤتمر الذي عقد عام 1979 و الذي أصبحت قراراته نافذة عام 1981 حيث تم إبرام اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة ، بعد تلقي التصديقات العشرين اللازمة مرتكزة على مبدأين هامين هما : عالمية و شمولية حقوق المرأة و عدم قابليتها للتجزئة .

اعتمدت الإتفاقية على مجموعة من الإعلانات و القرارات و المؤتمرات التي عالجت موضوع حقوق الإنسان و التي كان لها الفضل الكبير في بروز هذه الإتفاقية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان و العهديين الدوليين ، الهعد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية و العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية ، كما تعتبر هذه الإتفاقية امتدادا لإعلان القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة و الذي سبق التعرض له إذ تفرغت الإتفاقية في تفصيل مواده.

و عند ذكر مصادقات الدول العربية و الغربية على إتفاقية سيداو نجد أن الولايات المتحدة الأمريكية من الدول المتقدمة الوحيدة التي لم تصادق على هذه الإتفاقية لإحتجاجها أنها تخالف الدستور ، بالإضافة إلى دول أخرى مثل إيران ، السودان ، الصومال ، تونغا ، بالاو ، و على الرغم من أن هذه الإتفاقية من أهم ما جاء لصالح المرأة ، فبعدما برزت عدة اتفاقيات كل واحدة منها متخصصة في مجال معين مثل اتفاقية الحقوق السياسية ، اتفاقية السن الأدنى لزواج ، اتفاقية القضاء على العنف ضد المرأة ، جاءت اتفاقية سيداو لتجمع كافة المشاكل و تعالجها في آن واحد في تلاثين بندا ، بالإضافة إلى الديباجة بهدف توضيح الحقوق الأساسية للمرأة و المساواة بين الجنسية و كدا مكافحة كل آثار التمييز القائمة ضد المرأة ، و التي تجعلها عاجزة أمام الرجل ذلك من خلال وضع برنامج يتضمن مجموعة من التدابير على الدول الأطراف القيام بها ن حيث انضمت الجزائر إليها في 1996/05/22 و من الدول الإسلامية التي صادقت على الإتفاقية نجد أندونيسيا ، باكستان، ماليزيا ، تركيا.[1]

المطلب الثاني : مضمون إتفاقية سيداو

تتضمن إتفاقية سيداو نصوص و قواعد تتمثل في ديباجة و ستة أجزاء تفرعت عنها ثلاثون مادة و التي سنتناولها في الفرع الأول ، أما الفرع الثاني سنتناول فيه طريقة أو آلية عمل هذه الإتفاقية .

الفرع الأول : النصوص و القواعد الأساسية للإتفاقية

[1]: أوسوكين عبد الحفيظ ، **إتفاقية القضاء على جميع أنواع التمييز ضد المرأة** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، قانون خاص ، جامعة وهران ، كلية الحقوق، سنة 2012-2013 ، ص19.

تعتبر المادة من 01 إلى 16 قواعد أساسية للإتفاقية لأنها وضعت منهاجا كاملا لكيفية القضاء على التمييز ضد المرأة على كافة الأصعدة ، كما أنها تحدد الشروط و التدابير التي يجب على الدول الأطراف إتباعها لتحقيق المساواة بين الرجل و المرأة ، انطلاقا من هذا يمكن اعتبار هذه الأخيرة جوهر الإتفاقية.

البند الأول : التعريفات و التدابير

يتضمن هذا الجزء ستة مواد ، نصت على اتخاذ كافة التدابير المناسبة لتقدم المرأة ، من خلال إجراءات قانونية و إدارية فقد اعتمدت الإتفاقية على القاعدة القانونية الأساسية ألا و هي " اقضاء على التمييز ضد المرأة بجميع أشكاله و مظاهره".

جاءت المادة الأولى من الإتفاقية بتعريف شامل للتمييز بحيث تعتبر هذه الأخيرة حجر الأساس للقضاء على كافة أشكال التمييز سواء كان واقعيا أو قانونيا ، فيعد التمييز كل تفرقة أو اختلاف في المعاملة يحول دون الإعتراف للمرأة على قدم المساواة مع الرجل بالحريات و الحقوق الإنسانية في كافة الميادين السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية و المدنية أو أية حقوق أخرى ، بينما تتعرض المادة الثانية للإجراءات القانونية الواجب على الدول الأطراف في الإتفاقية التعهد بالقيام بها للقضاء على التمييز ضد المرأة ، بحيث اشتملت هذه الأخيرة على سبعة بنود منها : – تجسيد مبدأ المساواة في الدساتير الوطنية و التشريعات كافة ، و كافة و كفالة التحقيق العملي لذلك

- إتخاذ التدابير التشريعية و الغير التشريعية لحضر كل تمييز ضد المرأة .
- إقرار حماية قانونية ضد التمييز عن طريق المحاكم الوطنية المتخصصة بتقديم الشكاوي.
- إلتزام السلطات العامة في الدول المصادقة بالإمتناع عن القيام بالممارسات التي تنطوي على التمييز
- إلغاء القوانين و الأعراف و الممارسات التي من شأنها أن تشكل تمييزا ضد المرأة .

و تؤكد المادة التالثة على التدابير التي من الممكن أن تتخدها الدول الأطراف من أجل تطور المرأة و تقدمها على أساس المساواة مع الرجل ، بما في ذلك التشريع .

أما المادة الرابعة فقد أعطت الحق للدول بتبني التدابير الخاصة المؤقتة للتعجيل بالمساواة ، و هو ما اصطلحت الإتفاقية على تسميتها بالإجراءات الإيجابية أو التمييز الإيجابي ، و يقصد به اتخاذ الحكومة بعض التدابير الخاصة التي تعجل في تحقيق المساواة بين الرجل و المرأة بحيث يكون الهدف من ورائها ضمان أفضلية للمرأة في شتى المجالات ، لأنه و في بعض الأحيان حتى و إن منحت للمرأة مساواة قانونية و دستورية إلا أن هذا لا يضمن أنها ستعامل في الواقع معاملة متساوية تلقائيا لذلك تستخدم الدول هذه التدابير المؤقتة التي تحقق مساواة فعلية .

و تدعو المادة الخامسة الدول على العمل على تغيير و تعديل الأنماط الإجتماعية و الثقافية لدور كل من الجل و المرأة ، و يقصد بالدور النمطي للمرأة هو دور الأم المتفرغة لرعاية أطفالها ، كما يجب على الدول الأطراف أن تكفل احتواء التربية الأسرية على تفهم سليم للأمومة المشتركة لكل من الجنسين في تنشئة الأطفال و العناية بالشؤون الأسرية .

تنص المادة السادسة على وجوب اتخاذ الدول الأطراف في الإتفاقية التدابير اللازمة لمكافحة الإتجار بالنساء و استغلالهن بالدعارة من خلال سن التشريعات لمحاربة ذلك[1]

البند الثاني : الحقوق السياسية

تتعهد الدول الأطراف من المادة السابعة إلى المادة التاسعة بحماية حقوق المرأة في مجال الحياة السياسية و تنادي بضرورة المساواة بين الرجل و المرأة في التمتع بها ، حيث تدعو المادة السابعة الدول الأطراف إلى تحقيق المساواة بسن الرجل و المرأة في المجال السياسي ترشيحا و انتخابا و سلطة و وظيفة

و الجدير بالذكر أن هذه الدعوات لاقت صدى كبير في كثير من بلدان العالم خاصة الدول الإسلامية ، و قد تمكنت المرأة من الحصول على بعض الحقوق السياسية مثل حق الإنتخاب و حق الترشح و المشاركة في العديد من المجالس النيابية في العالم بشكل و في الدول العربية بشكل خاص .

نصت المادة الثامنة من الإتفاقية على ضرورة منح المرأة فرصة متكافئة مع فرصة الرجل لتمثيل حكومتها و الإشتراك في أعمال المنظمة الدولية و ما يرتبط بها من منظمات و وكالات .

نادت المادة التاسعة إلى المساواة بين الرجل و المرأة فيحق إكتساب الجنسية و الإحتفاظ بها.

البند الثالث :حق التعليم و العمل

ويشمل هذا الجزء على خمسة مواد تنادي بالقضاء على التمييز في التعليم و العمل و الصحة في الحياة الإجتماعية و الإقتصادية و الثقافية ، إضافة إلى حقوق المرأة الريفية.[2]

فالمادة العاشرة تلزم دول الأطراف بالقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان التعليم بجميع مراحله ، و كدا القضاء على المفاهيم النمطية عن أدوار كل من المرأة و الرجل.

تدعو المادة الحادية عشر الأطراف إلى إتخاذ جميع ما يقتظيه الحال اتخاذه من التدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل ، و منحها الحق في العمل على أساس المساواة ، إضافة إلى الحق في التمتع بنفس فرص التوظيف و حرية اختيار المهنة[1]

---

[1] : إتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ، انضمت الجزائر إليها بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-51 ، المؤرخ في 1996/01/22 ، الجريدة الرسمية ،عدد06 ، الصادرة في 1996/01/24.

[2] : هيفاء أبو غزالة ، **مؤشرات كمية و نوعية إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة** ، الطبعة الأولى ،دار الغريب للطباعة و النشر ،القاهرة ، سنة 2009 ، ص20

و الأمن الوظيفي و التدريب المهني و التأهيل كما تدعوا هذه المادة إلى ضرورة اتخاذ خطوات لضمان حق المرأة في المساواة في الأجر بما في ذلك الإستحقاق و كدا منحها الحق في الضمان الإجتماعي ، على قدم المساواة مع الرجل ، و الحق في الوقاية الصحية و سلامة ظروف العمل بما في ذلك حمايتها عند الإنجاب و غير ذلك من الإجراءات و التدابير و تلزم المادة الثانية عشر الدول الأطراف بضرورة إتخاد التدابير للقضاء على التمييز في ميدان الرعاية الصحية ، لضمان الحصول على الخدمات الرعاية الصحية على أساس التساوي بينها و بين الرجل .

و وفقا للمادة التالثة عشر تلزم الإتفاقية الأطرف بالقضاء على التمييز ضد المرأة في المجالات الإقتصادية و الإجتماعية و على رأسها المساواة في الإستحقاقات الأسرية و كدا جميع الجوانب الأخرى المتعلقة بالحياة الثقافية ، حيث تتناول الإتفاقية على وجه الخصوص التمييز ضد المرأة الريفية ، حيث يعترف في المادة الرابعة عشر بأن الريفيات فئة ذات مشاكل خاصة تحتاج إلى عناية و اهتمام شديدين من جانب الدول الأطراف التي عليها أن تتعهد بالقضاء على التمييز ضدهن ، بما يتيح مشاركتهن في التنمية الريفية و سهولة الوصول إلى الخدمات الصحية ،و الإستفادة من برامج الضمان الإجتماعية و الحصول على التدريب و التعليم و المشاركة في الأنشطة المختلفة للمجتمع و الحصول على القروض الزراعية و التمتع بظروف المعيشة ملائمة[2]

البند الرابع :حق الأهلية القانونية

يشتمل هذا الجزء على مادتين فهو يتضمن أحكام موضوعية ختامية لتوفير المساواة للمرأة مع الرجل أمام القانون و في ممارستها لحقوقها القانونية ، و على وجه الخصوص في ميدان الأحوال الشخصية و الأسرية بحيث تكفل المادة الخامسة عشر للنساء المساواة في المسائل القانونية و المدنية بمعنى ان تمنح المرأة المكانة القانونية الممنوحة للرجال في الشؤون المدنية من حيث التمتع بالأهلية القانونية للملكية و إبرام العقود و كدا غدارة الممتلكات و الحق في معاملة متساوية أمام القضاء و كذلك الحق المتصل بحرية الحركة و اختيار مكان السكن و الإقامة.

كما تطالب المادة السادسة عشر بالمساواة بين الذكر و الأنثى في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية سواء تعلقت هذه المساواة بإبرام عقد الزواج أو أثنائه أو عند فسخه و حق إختيار الزوج و حقوق الولاية و الوصاية على الأولاد.

البند الخامس : الهيكل الإداري

---

[1] : أوسوكين عبد الحفيظ ، **المرجع السابق**، ص21

[2] : أوسوكين عبد الحفيظ ، **المرجع السابق** ، ص22

يتضمن هذا الجزء الناحية الإدارية المتعلقة بالأمور الإجرائية المعنية بها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة سواء من حيث كيفية انتخاب أعضائها ، و فترة عضويتهم في اللجنة و اعتماد نظام داخلي خاص بها و كدا عدد اجتماعاتها .

البند السادس : النفاد و التوقيع و الحفظ

و يتألف هذا الجزء من ثماني مواد تتعلق بإلزام الأطراف باتخاد التدابير اللازمة التي تؤدي إلى التطبيق الكامل لكافة الحقوق الواردة في الإتفاقية ، و فيما يخص هذا الجزء فإننا نجد أن طريقة الإلتزام بأحكام المعاهدة اختلفت من دولة إلى أخرى ، فهناك من الدول من قامت بالتوقيع ، و هناك من صادقت عليها ، في حين دول أخرى لجأت إلى طريقة الإنظمام و هذا ما قضت به المادة الخامسة و العشرين من إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة .[1]

الفرع الثاني : آلية عمل الإتفاقية

تعتبر اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة في جوهرها إعلانا عالميا لحقوق المرأة ، بحيث تقر هذه الأخيرة أن مجرد التسليم بإنسانية المرأة لا يعد كافيا لضمان حماية حقوقها لهذا قامت بترسيخ برنامجا من الإجراءات الذي يتعين على الدول إتباعه من أجل تحقيق المساواة بين الرجل و المرأة و القضاء على التمييز ضدها فيما يتعلق بالتمتع بكافة حقوقها المدنية و السياسية و الإقتصادية و الثقافية، فقد تناولت المواد من السابعة عشر حتى المادة الثانية و العشرين آلية عمل اتفاقية سيداو و المتمثلة في إنشاء لجنة للقضاء على التمييز ضد المرأة .

البند الأول : لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة

لقد تم إنشاء هذه اللجنة بموجب المادة السابعة عشر من إتفاقية سيداو لمراقبة تطبيق الإتفاقية و تنفيد بنودها و تتكون هذه اللجة من 22 خبيرا من ذوي المكانة الخلقية الرفيعة و الكفاءة في الميادين التي تشملها الإتفاقية ، يتم انتخابهم بالإقتراع السري من قائمة الأشخاص المرشحين من الدول الأعضاء حيث حق لكل دولة أن ترشح شخصا واحدا من مواطنيها و تدعوا الإتفاقية إلى الأخد بعين بالإعتبار التوزيع الجغرافي للأعضاء عند الإنتخاب فبالرغم من أن هؤلاء الأشخاص مرشحين من قبل دولهم إلا أنهم يعملون بصفتهم الشخصية بوصفهم خبراء مستقلون و ليس بوصفهم ممثلين لدولهم ، و تكون مدة إنتخاب الأعضاء أربع سنوات كما يمكن أن يعاد انتخابهم في اجتماعات الدول بالإتفاقية التي يدعوا إليها الأمين العام للأمم المتحدة كل سنتين .

[1] : هيفاء أبو غزالة ، **المرجع السابق** ، ص22

هذا و يقضي النظام الداخلي للجنة بأن تنتخب من بين أعضائها رئيسا و ثلاث نواب للرئيس و مقررا واحدا ، مع الأخد بعين الإعتبار التمثيل الجغرافي بطبيعة الحال ، و يعد هؤلاء هم أعضاء المكتب حيث يتم انتخابهم لمدة سنتين ، كما يجوز لهم إعادة انتخابهم ، و تمثل رئيسة اللجنة بالإضافة إلى رئاسة اللجنة و الإشراف على عملها في اجتماعات الأمم المتحدة المختلفة و بالتالي فهي تمثل اللجنة في اجتماعات لجنة المرأة و حقوق الإنسان و اللجنة التابعة للجمعية العامة ، كما تشترك الرئيسة في الإجتماع السنوي لرؤساء هيئات الأمم المتحدة المنشاة بموجب معاهدات حقوق الإنسان[1]

و تجدر الملاحظة أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تختلف عن سائر الهيئات الدولية التابعة للأمم المتحدة من ناحيتين :

الناحية الأولى : أن عضوية هذه اللجنة مند تاريخ إنشائها عام 1982 قد اقتصر غالبيتها على النساء

الناحية الثانية : عضوية معظم الهيئات الخاصة بصكوك حقوق الإنسان يغلب عليها أهل المحاماة و القضاة ، أما فيما يخص لجنة سيداو تتخد أعضاؤها من جميع مجالات الحياة الإقتصادية و الدبلوماسية و علم الإجتماع ....إلخ.

فقد ساهم هذان العاملان في تسهيل مهمة لجنة سيداو في إيجاد و اتباع وسائل متنوعة و مختلفة لتنفيد البنود التي تتضمنها الإتفاقية ، و تجتمع اللجنة بحسب العادة و وفقا للمادة 20 لا تزيد عن أسبوعين سنويا ، و حاليا أصبحت اللجنة تجتمع مرتين في العام ، حيث تعقد دورتين سنويا مدة كل منهما ثلاث أسابيع ، و عادة يتم عقد اجتماعات اللجنة في شهر ديسمبر من كل عام ، و ينبثق عن اللجنة فريق عمل يتألف من أربع إلى خمسة من أعضاء اللجنة حيث يجتمع هذا الأخير قبل الدورة من أجل الإعداد لاجتماع اللجنة ، فهو يهتم بإعداد قوائم الموضوعات و الأسئلة المتعلقة بالتقارير للدول الأطراف التي تكون محلا للدراسة و النظر من قبل اللجنة في تلك الدورة ، و تحال قوائم الأسئلة التي أعدها الفريق قبل انعقاد الدورة على الدول و الأطراف المطلوب من هذه الأخيرة تقديم تقاريرها مكتوبة إلى الأمانة مقدما لكي يتسنى ترجمتها إلى لغات الأمم المتحدة الرسمية و تقديمها إلى أعضاء اللجنة قبل الدورة و ذلك على النحو التالي : أ-يعد الفريق العامل لما قبل الدورة قائمة قصيرة بالقضايا و الأسئلة المتعلقة بالتقارير التي ستنظر اللجنة فيها في دورتها المقبلة.

ب-يجتمع الفريق العامل قبل الدورة لمدة خمسة أيام في جلسات معلقة من أجل إعداد القوائم التي تتضمن القضايا و الأسئلة التي ستتاح للدول الأطراف.

---

[1] : منال محمود المشني ، **حقوق المرأة بين المواثيق الدولية و أصالة التشريع الإسلامي ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة** ، الطبعة الأولى ،دار الثقافة ، الأردن ،سنة 2011 ،ص 295.

ج-يتم دعوة الهيئات الدولية و ممثلي المنظمان الغير حكومية لتقديم معلومات إلى الفريق العامل ما قبل الدورة .

د-ترسل قوائم الأسئلة إلى الدول الأطراف المعنية في غضون أسبوع من انتهاء الفريق العامل من عمله.

ذ-ينبغي أن يكون رد الدولة على الأسئلة دقيقا و على صلة بالموضوع و ينبغي ألا يتجاوز عدد صفحاته 30 صفحة .

و بهدف تسيير عمل اللجنة مع الهيئات الأخرى المنشأة بمعاهدات و مع آليات أخرى للأمم المتحدة ، اعتمدت اللجنة تعيين منسقين للعمل مع تلك الهيئات.[1]

أولا : مهام لجنة سيداو

من أهم مهام اللجنة دراسة التقارير التي تقدم من قبل الدول المنظمة إلى الإتفاقية ، كما خولت المادة الواحدة و العشرون من الإتفاقية سلطة تقديم مقترحات و توصيات عامة بناء على دراسة التقارير الواردة من الدول و يمكن تلخيص أهم مهامها فيما يلي :

- ✓ رصد و مرافبة تطبيق الإتفاقية
- ✓ تلقي التقارير حول نفاد أحكام الإتفاقية و عن التقدم المحرز في تطبيقها.
- ✓ دراسة التقارير و الإجراءات التي اتخدتها الدول و من ثم طرح التساؤلات للدول.
- ✓ تلقي التقارير من المنظمات الغير حكومية .
- ✓ تقصي الحقائق و المعلومات من كافة المصادر المتاحة.
- ✓ المعاين الميدانية بموجب البروتوكول الإختياري.
- ✓ إصدار الملاحظات الختامية.
- ✓ تلقي الشكاوى الفردية[2]

البند الثاني : البوتوكول الإختياري لإتفاقية سيداو

البرووكول الإختياري لإتفاقية سيداو هو معاهدة متصلة بالإتفاقية و هو لا يضيف أية حقوق موضوعية جديدة للمرأة ن و إنما يدخل إجراءين جديدين هما الإجراء المعتمد لتلقي الرسائل و تقديمها و الإجراء المعتمد للتحري عن المعلومات ، كما انه يشكل ملحقا للإتفاقية ، و لقد قامت لجنة وضع المرأة الناشطة في منظمة الأمم المتحدة فريق عمل لصياغة بروتوكول اختياري يلحق بالإتفاقية ، حالها حال المواثيق

[1] : إتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ، انضمت الجزائر إليها بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-51 ، المؤرخ في 1996/01/22 ، الجريدة الرسمية ،عدد06 ، الصادرة في 1996/01/24.

[2] : هيفاء أبو غزالة ، **المرجع السابق**، ص 32

الدولية الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان و التي تتبعها عادة بروتوكولات اختيارية و الهادفة إلى وضع إجراءات إما تتعلق بالإتفاقية بحد ذاتها أو تتعلق بجانب مهم منها .

تم اعتماد البروتوكول الإختياري للإتفاقية في 06 أكتوبر 1999م و أصبح نافدا بتاريخ 22 ديسمبر 2000م بعد التصديق عليه ، و هذا بهذف ضمان و تعزيز تطبيق الإتفاقية في بلدان الأعضاء و الملزمة بأحكامها .[1]

و يتكون البروتوكول من واحد و عشرين (21) مادة تعترف الدولة الطرف في هذا البروتوكول باختصاص لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في التبليغات المقدمة إليها و بالنظر فيها ، و يجوز تقديم هذه التبليغات من قبل الأفراد أو المجموعات الدين يزعمون أنهم ضحايا انتهاكات لأي من الحقوق الواردة في الإتفاقية سيداو ، و يحدد البروتوكول الإجراءات التي على اللجنة اتخادها للتأكد من مصداقية هذه التبليغات و التحري عن ذلك عن طريق الدولة ذاتها ، و مطالبتها باتخاد تدابير معينة و تقديم و تقديم تقارير للجنة عن ذلك.

و مند بدء سريان أحكام البروتوكول الإختياري في ديسمبر 2000م خصصت اللجنة وقتا في كل دورة للنظر في المسائل الناشئة بموجبه ، و قد عينت هذه الأخيرة لهذا الغرض فريقا عاملا من خمسة أشخاص للعناية بالسائل الواردة بموجب البروتوكول بحيث أعد هذا الفريق استمارة نمودجية تستخدم عند تقديم الرسائل كما يتخد فريق العمل عدد من القرارات المتعلقة بأسوب عمله.

و ينص البروتوكول على أنه إدا تلقت لجنة معلومات موثوقة تدل على وقوع انتهاكات جسمية أو منظمة من جانب دولة طرف للحقوق المنصوص عليها في الإتفاقية فإنها تدعوا تلك الدولة الطرف إلى التعاون في فحص المعلومات و تقديم ملاحظات بشأن لمعلومة المعينة بهذا الغرض ، و يحق للجنة أن تعين عظوا أو أكثر من أعضائها لإجراء تحري بهذا الشأن و تقديم تقرير على وجه الإستعجال إلى اللجنة و يجوز أن يتضمن التحري العام الزيارة لإقليم الدولة الطرق إدا استلزم الأمر ذلك و موافقتها ، مما يعني أيضا أن البروتوكول يمنح اللجنة الحق في مراقبة الدول بشأن التدابير التي تتخدها استجابة لآراء اللجنة و توصياتها من خلال التقارير التي تقدمها الدولة الطرف بموجب المادة 18 من الإتفاقية [2]

[1] : هالة سعيد التبسي ، **المرجع السابق**، ص 164

[2] : منال محمود المشني ، **المرجع السابق**،ص 303.

المبحث الثاني : موقف القانون الجزائري من إتفاقية سيداو

من أجل دعم و ترقية حقوق الإنسان صادقت الجزائر على معظم الإتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان التي اعتمدتها الأمم المتحدة ، و نظرا للإنتهاكات التي تتعرض لها المرأة عبر العالم اهتمت الأمم المتحدة بوضعيتها ، و مسايرة لهذا التوجه انضمت الجزائر إلى إتفاقية سيداو و صادقت عليها و من أجل ملائمة الإلتزامات المتعلقة بالإتفاقية مع التشريعات الداخلية الجزائرية أبدت الجزائر تحفظات داخلية على بنود الإتفاقية ذلك من أجل ضمان الحرية لتنفيد إلتزاماتها حول الإتفاقية.

المطلب الأول : مصادقة الجزائر على الإتفاقية

لا يكتفي لالتزام الدولة بمعاهدة ما مجرد توقيع ممثلها عليها ، بل يجب أن يقترن بذلك ما يفيد قبول الدولة نهائيا الإلتزام بها ، و للتعبير عن هذا القبول وسائل مختلفة أشارت إليها إتفاقية "**فينا**" لقانون المعاهدات لسنة 1969 و في الغالب يتم التعبير عن ارتضاء دولة ما الإلتزام بالمعاهدة التي وقعها ممثلها عن طريق التصديق عليها و هذا ما اتبعه المشرع الجزائري ، و بما أن الدولة الجزائرية صادقت على الإتفاقية ، فتعتبر ملزمة بتطبيق مباشر لإلتزاماتها الدولية في مجال حماية حقوق المرأة ، و لا بد من تضمين تشريعاتها الداخلية بنصوص الإتفاقية و نشرها في الجريدة الرسمية.[1]

الفرع الأول : التصديق كوسيلة لقبول الإلتزام بالإتفاقية في قانون الداخلي الجزائري

تختلف طرق الإلتزام بالمعاهدة من دولة إلى أخرى و حسب نظام الحكم المتبع في الدول فنجد المعاهدات تنص على دخولها حيز التنفيد بمجرد التصديق عليها أو توقيعها أو بالإنظمام إليها ، و في المقابل نجد دولا لا تلتزم بالمعاهدة بوسيلة التصديق فقط ، و نجد كذلك دول تلتزم بالمعاهدة بالتوقيع عليها و بتبادل الوثائق الخاصة بها و بمقتضى القانون الدولي تتمتع الدول بكامل الحرية في تقرير أو اختيار أسلوب التزاماتها الدولية في نظامها القانوني الوطني ، و لكن هذه الحرية مقيدة بشرط واحد و هو عدم المساس بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، أي أن الدول لا تملك أن تتخد من هذه الحرية وسيلة للتحلل أو الإخلال بإلتزاماتها الدولية ،و تعتبر الجزائر من الدول التي تلتزم بالمعاهدة بوسيلة التصديق و هذا ما نستشفه من نص المادة 132 من الدستور 1999 و التي تنص على ما يلي " **المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها تسموا على القانون".**

و يعرف التصديق بأنه قبول الإلتزام رسميا من السلطة التي تملك عقد المعاهدات عن الدولة و يعد إجراء جوهري بدونه لا تتقيد الدولة أساسا بالمعاهدة التي وقعتها ن و يقصد بالتصديق الفعل الرسمي الذي

[1] : اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 انضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب مرسوم رقم 222/87 ، المؤرخ في 1987/10/13، **الجريدة الرسمية** ،عدد 42 ، الصادرة في 1987/10/14.

صدر عن رئيس الدولة في إطار احترام إجراءات القانون الوطني و الذي تلتزم به الدولة على المستوى الدولي ، و يعرف كذلك بأنه :" الإقرار الصادر عن السلطات الداخلية المتصلة في الدولة بالموافقة على نحو يلزم الدولة بالمعاهدة على الصعيد الخارجي ، فهو إجراء خارجي يعقب التوقيع و يضفي على المعاهدة قوة النفاد و تتأكد وجهة نظر الدولة"

و تعتمد الدولة الجزائرية التصديق كوسيلة أساسية و رسمية للإلتزام النهائي بالمعاهدة و من جهة ثانية تعتبر وسيلة التصديق المعيار الرئيسي لإدماج المعاهدة في القانون الوطني ، و الذي يتولى مهمة التصديق على المعاهدات في الجزائر هو رئيس الجمهورية بحيث تنص المادة 77 فقرة 11 من الدستور الجزائري 1996 على ما يلي :" يضطلع رئيس الجمهورية بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور بالسلطات و الصلاحيات الآتية: يبرم المعاهدات الدولية و يصادق عليها" [1].

من أهم ما يميز هذا التصديق في الجزائر أنه نوعان ، التصديق المشروط بموافقة البرلمان و تصديق غير مشروط أي يختص به رئيس الجمهورية لوحده.

و يقصد بالتصديق الغير مشروط أن الرئيس يقوم بالتصديق على المعاهدات بنفسه دون الرجوع إلى البرلمان بينما يقصد بالتصديق المشروط و هو لابد من موافقة البرلمان على بعض المعاهدات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية ، و هذا ما نصت عله المادة 131 من دستور 1999 على أنه :"**يصادق رئيس الجمهورية على إتفاقيات الهدنة و معاهدة السلم و التحالف و الإتحاد و المعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص و المعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة من ميزانية الدولة ، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة**".

إذن نستشف من هذه المادة أن الإتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان تندرج ضمن الإتفاقيات التي يشترط فيها موافقة البرلمان للتصديق عليها ، و بما أن الجزائر التزمت بإتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بإجراء التصديق الذي يعتبر المعيار الرئيسي لإدماج المعاهدات الدولية في القانون الوطني ، فإنها ملزمة حسب نص المادة 1/18 من الإتفاقية بأن تقوم بتقديم تقرير أولي إلى الأمين العام لهيئة الأمم المتحدة يصف فيه أوضاع المرأة و حالتها في الجزائر و تقوم بالتطرق و مناقشة لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و طلك في غضون سنة واحدة من بدء نفاد الإتفاقية في القانون الداخلي الجزائري ، تم يقوم بعد ذلك بتقديم تقرير دوري كل أربع سنوات على الأقل أو كلما طلبت منه لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتقديمه.

---

[1] : دستور 28 نوفمبر 1996 ، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 ، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 ، الجريدة الرسمية عدد76 الصادرة في 08 ديسمبر 1996 .

و بالفعل و بمصادقة الجزائر على الإتفاقية في غضون سنتين قامت بتقديم تقرير أولي للجنة ق.ع.ج.ا.ت.ض.م و فيه ذكر الوفد الجزائري في التقرير أن الجزائر حرصت على تقديم هذا التقرير رغم المشاكل و الصعوبات التي تواجهها ، و هذا يشهد أن الجزائر تلتزم بالدفاع عن حقوق الإنسان لا سيما حقوق المرأة حسب ما حددتها الإتفاقية ، و كما جاء في التقرير الأولي برنامج الإصلاحات السياسية و الإقتصادية التي شنت مند اعتماد دستور 23 فبراير 1989 ، بهدف إنشاء مؤسسات جديدة و الفصل بين السلطات و مبدأ استقلالية السلطة القضائية ، كما أكدت الجزائر أنها متمسكة بعملية الإنظمام إلى جميع الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان ، أما بالنسبة إلى التقرير الدوري فقد قدم بعد أربع سنوات من تقديم التقرير الأولي و ذلك وفق لنص المادة 18 /1 من الإتفاقية و جاء فيه خلاصة الأعمال التي قامت بها الدولة الجزائرية و السلطات الحكومية في تقرير حقوق المرأة في الجزائر ، و يرمي هذا التقرير الدوري في إعطاء اللجنة صورة للحالة الحقيقية للمرأة الجزائرية و التدابير العملية المتخدة مند دخول الإتفاقية حيز النفاد ، و حتى تتمكن الجزائر من الوفاء بإلتزاماتها المتعلقة بالإتفاقية على أحسن وجه و ملزمة بإدراج نصوص الإتفاقية في تشريعاتها الداخلية و هذا ما أوجبته الإتفاقية على الدول التي صادقت عليها.[1]

الفرع الثاني : واجب تضمين التشريعات الداخلية بنصوص الإتفاقية

يستدعي التطبيق المباشر لإتفاقية حقوق الإنسان ، أن تكون القاعدة القانونية صالحة بذاتها للتطبيق في القانون الوطني ، أو بموجب نصوص قانونية يصبغ عليها صفة القاعدة الوطنية ، أما في حالة ما إذا لا تتطابق اتفاقيات حقوق الإنسان مع التشريعات الداخلية فلابد من إدماج إلتزاماتها المتعلقة بالإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان في نظامها القانوني الوطني ، و لكن هذا الإلتزام مقيد بشرط واحد هو عدم المساس بمبدأ **العقد شريعة المتعاقدين** و يعتبر إدماج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الوطني محكوم بأحكام دستورية لكل دولة من الدول الأطراف في اتفاقيات حقوق الإنسان.

و بما أن الجزائر تلتزم باتفاقيات الدولبة لحقوق الإنسان بإجراء التصديق عليها ، و هذا وفقا لنص المادة 132 من الدستور و تمنحها مكانة أعلى من مكانة قوانينها الداخلية، فهنا يستلزم منا معرفة محتوى هذه المكانة أو محتوى هذا السمو الذي تمتاز به الإتفاقيات الدولية الموقع عليها و غير المصادق عليها.[2]

البند الاول : مبدأ سمو الإتفاقيات المصادق عليها على التشريع الداخلي الجزائري

---

[1] : عبد الكريم مختاري ، **الممارسات الجزائرية في ظل المعاهدات الدولية على ضوء دستور 1996** ،مدكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي ، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق ، تيزي وزو ، 2002-2003 ، ص 94

[2] : محمد بوسلطان ، **مباديء القانون الدولي العام** ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ،الجزائر ،سنة 2005، ص 281

وفقا لما جاء في نص المادة 132 من الدستور التي تنص عل :" **المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها تسمو على القانون** " إذن يتضح من نص المادة أن جميع الإتفاقيات التي تم إدراجها في النظام القانوني الجزائري عن طريق إقرارها و المصادقة عليها قانونا أو عن طريق الإنظمام إليها تصبح جزءا مكملا للتشريع الجزائري بل و تكتسب بإسم الدستور قيمة قانونية أعلى من تلك الممنحة للقوانين العادية ، بحيث يصبح لها مركز قانوني أسمى من القوانين الداخلية بعد الدستور ، و من بين الإلتزامات التي أخدتها الجزائر على عاتقها مبدأ سمو الإتفاقيات المصادق عليها على القانون الداخلي الجزائري ، و هذا ما أكده المجلس الدستوري في قراره المؤرخ في 20 أغسطس عام 1989 ، و قد نص هذا القرار حرفيا على أنه : "**و نظرا لكون أية إتفاقية بعد المصادقة عليها و نشرها تندرج في القانون الوطني ، و تكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين ، و تخول كل مواطن جزائري أن يتدرع بها أمام الجهات القضائية** " ، و ما نستشفه من هذا القرار أن من صلاحيات المجلس الدستوري مدى مراقبته للإتفاقيات و المعاهدات الدولية المصادق عليها و مدى تجسيد سموها على القوانين الداخلية ، فنصت المادة 165 من دستور 1996 على أنه :" **يفصل المجلس الدّستوري، بالإضافة إلى الاختصاصات التي خوّلتها إيّاه صراحة أحكام أخرى في الدّستور، في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية**".[1]

فمن صلاحيات اختصاصات المجلس الدستوري النظر في مدى مراقبة دستورية المعاهدة طالما أن المعاهدة في سموها تتراوح مابين القانون و الدستور ، فتسمو على الأول و يسمو عليها الثاني ، فمن خلال قيامنا بفحص هذه النصوص الدستورية ، و قرارات المجلس الدستوري فإذن تحل مكانة أعلى من القوانين الداخلية و ذلك قياسا على ما جاء في نص المادة 132 من دستور 1996 و كذا قرار المجلس الدستوري. [2]

البند الثاني : مكانة المعاهدات الدولية الموقع عليها في القانون الجزائري

لقد اعتبر المشرع الجزائري بأن الوسيلة الأساسية للإلتزام بالمعاهدات الدولية هو عن طريق إجراء التصديق ، و ذلك من أجل إدماج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الجزائري ، و توصلنا إلى نتيجة أن المعاهدات المصادق عليها لها مرتبة أسمى من القوانين الوطنية ، و بالرجوع إلى المادتين 131 و 132 من دستور 1996 فإننا نجد أن المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان التي تم التصديق عليها وفق الشروط

[1] : دستور 28 نوفمبر 1996 ، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 ، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 ، الجريدة الرسمية عدد76 الصادرة في 08 ديسمبر 1996 .

[2] : عبد الكريم مختاري ، **المرجع السابق**، ص 96

المحددة في الدستور تجعل منها ذات مكانة أسمى من الدستور و بالتالي فإن المعاهدات الموقع عليها من طرف رئيس الجمهورية لا يمكن أن ترقى إلى مكانة السمو إلا بعد التصديق عليها ، و هذا ما يجعلها مقصية من الإدماج في القانون الداخلي و بالتالي لا يمكن أن تسمو على القوانين الداخلية.

إن جعل التصديق كوسيلة وحيدة من أجل إدماج المعاهدات في القانون الداخلي الجزائري يؤدي إلى المساس بحقوق المرأة ، إذ ما يلاحظ في النظام القانوني الجزائري هو الوقت الطويل الذي يفصل بين التوقيع على المعاهدة و التصديق عليها ، فقد يتعدى الوقت المستغرق للتصديق على بعض المعاهدات الدولية 20 سنة أو أكثر ، و باعتبار أن المؤسس الدستوري جعل اتفاقيات حقوق الإنسان من المعاهدات التي تشترط فيها موافقة البرلمان للتصديق عليها ، فإنها تظهر ضرورة الإسراع في التصديق على الإتفاقيات الموقعة ، و اجتناب المدة الطويلة التي تؤثر سلبا على الحقوق ، و بالتالي لابد من ضرورة التصديق على الإتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان و خاصة حقوق المرأة من أجل إبراز مكانتها و سموها في القانون الداخلي .[1]

البند الثالث : وجوب نشر الإتفاقية كمرحلة حتمية لإدراجها ضمن القانون الوطني

لا تعتبر الإتفاقية الدولية مصدرا من مصادر القانون الوضعي ، و حتى يكون لها ذلك فغالبا ما تضع الدول بعض الإجراءات التي تمثل مجموعة آليات هدفها تنظيم و مراقبة المعاهدة في المجال الدولي إلى المجال الداخلي ما لم تتوافر على شرط النشر.

إن ما يلاحظ في النظام القانوني الجزائري عدم ضبط المؤسس الدستوري لشرط نشر المعاهدات ، المصادق عليها رغم إشارة المجلس الدستوري على وجوب نشر المعاهدات المصادق عليها في قراره الأول ، و كذلك أشار إلى مسألة نشر المعاهدات الدولية المشرع التنظيمي ، و كوننا ندرس هذه الإتفاقية فماذا كان موقف المشرع الجزائري من مسألة نشرها ؟[2]

أولا : قرار المجلس الدستوري و إلزامية نشر المعاهدات الدولية

لقد غفل المؤسس الدستوري على الإشارة إلى إجراءات نشر الإتفاقية الدولية ، و لم يتطرق إليها بتاتا ، رغم علمه بهذه المرحلة الضرورية ، فالإتفاقيات الدولية لا تعد مصدرا من مصادر القانون الداخلي ، و من أجل تحويلها إلى قاعدة قانونية ملزمة فإن معظم الدول تلجأ إلى إضفاء ما اصطلح على تسميته بالصيغة التنفيذية و ذلك بعد التصديق عليها ، و لكن المؤسس الدستوري لما تطرق إلى مسألة وجوب نشر المعاهدات المصادق عليها و هذا ما نستشفه من نص المادة 132 من الدستور التي تنص

---

[1] : وهيبة برازة ، **مواطنة المرأة في التشريع الجزائري ، مقارنة الإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان** ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون ، جامعة مولود معمري ،كلية الحقوق ، ، تيزي وزو ، 2004-2005، ص 125

[2] : عبد الكريم مختاري ، **المرجع السابق**، ص 100

:"**الإتفاقيات المصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون** "، أن ما يمكن ملاحظته بالنسبة لنص المادة 132 من الدستور ، أنه لا يوجد فيها فيها ما يشير إلى مسألة نشر الإتفاقيات الدولية ، بالرغم من أن أغلبية الدول نظمت مسألة نشر الإتفاقيات الدولية بموجب نصوص دستورية ، إلا أن القانون الدستوري الجزائري بقي صامتا ، إلا أن المجلس الدستوري تطرق أولا إلى مسألة إلزامية نشر المعاهدات الدولية و ذلك في قراره المفاجئ لسنة 1989 ، و نظرا لكون أية إتفاقية تعد المصادقة عليها و نشرها تندرج في القانون الوطني ، و تكتسب بمقتضى المادة 132 من الدستور سلطة السمو على القوانين ، و تخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية.

إن هذا القرار الذي توصل إليه المجلس الدستوري يبدوا واضحا و بسيطا نظريا لكن الواقع العملي يبين لنا عكس ذلك ، ذلك أن التصديق على المعاهدات الدولية غالبا ما تندرج فيه عملية النشر ، و إصدار عملية النشر لا يليها دائما ظهور نص المعاهدة في الجريدة الرسمية و بالتالي يقع العبء على المواطن و خاصة على المحامين الحصول عليها في أجل الإسترشاد بها أمام القضاء و المحاكم الوطنية [1]

ثانيا : تكريس المرسوم الرئاسي رقم 403/02 لعملية نشر المعاهدات

كما ذكرنا سابقا أنه لا يوجد أي نص دستوري ينظم مسألة نشر المعاهدات الدولية ، إلا أن المشرع الجزائري عمد إلى مسألة نشر المعاهدات الدولية بموجب مراسيم تنظيمية و هذا ما نص عليه المرسوم الرئاسي رقم 02 /403 من نص المادة 16 : "**تعمل وزارة الشؤون الخارجية على المصادقة على الإتفاقيات.... و تسهر على نشرها مع التحفظات أو التصريحات التفسيرية عند الإقتضاء توضح و ترافق الإلتزامات التي تعهدت بها الجزائر** ...".

يتضح لنا من خلال نص المادة أنه لا توجد قاعدة إلزامية تبين لها وجوب نشر المعاهدات الدولية المصادق عليها و ذلك استنادا لكلمة "يسهر" فتبقى بمثابة إلتزام ببذل عناية و ليس تحقيق نتيجة و هذا يعني عدم إلزامية نشر المعاهدة.

ثالثا: نشر إتفاقية سيداو في القانون الداخلي

لقد توصلنا سابقا أن النظام القانوني الجزائري لا يحكمه نظام محدود معين بالنسبة إلى مسألة نشر المعاهدات الدولية من أجل إدراجها في القانون الداخلي ، فبعد أن نص المجلس الدستوري في قراره

---

[1]: عمار رزيق ، **نشر الإتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في النظام القانوني الجزائري** ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، العدد 13 ، جوان 2000،ص 106.

الأول على إلزامية نشر المعاهدات ، و من خلال اطلاعنا على بعض الإتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان و التي نشرها المشرع الجزائري ، لم يتبع طريقة محددة للنشر ، فقد يصادق على إتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي ، ثم يتبعها مرسوم آخر للنشر ، قد يصادق على الإتفاقية و يقوم بنشرها بموجب مرسوم رئاسي واحد.

عن ما لمسناه أثناء قيامنا بدراسة الإتفاقية محل البحث نجد أن المشرع الجزائري قام بنشر الإتفاقية بموجب مرسوم التصديق و هذا خلافا لما هو الحال بالنسبة للعهدين الدوليين المتعلقين بحقوق الإنسان ، فقد عمدت السلطات الجزائرية على نشر نصها كاملا رفقة المرسوم الرئاسي رقم 51/95 الصادر في 22 جانفي 1996 .[1]

إن نشر الإتفاقية يدل على أن الجزائر بدأت تهتم تدريجيا بمسألة حقوق الإنسان ، و خاصة حقوق المرأة ، فهذا ما يمكننا من ربط قواعد القانون الدولي إلى النظام القانوني الجزائري أي إدماج المعاهدات الدولية في القوانين الداخلية فنشر الإتفاقية (ق.ع.ج.ا.ت.ض.م) في القانون الداخلي يؤثر إيجابيا على حقوق المرأة الجزائرية و بالتالي إمكانية الإحتجاج بها أمام المحاكم الوطنية و القضاء فتعد بمثابة ضمانة من ضمانات حقوق المرأة.[2]

المطلب الثاني : التحفظات الجزائرية على إتفاقية سيداو

غالبا ما يكون للدول عند التوقيع على المعاهدة أو التصديق عليها ، أو عند التعبير بالتزاماتها بالمعاهدة الرغبة في عدم الإلتزام بنصوص معينة في المعاهدة ، و يتم ذلك عن طريق التحفظ ، و لا تستثنى الجزائر من الدول التي تنظم و تصادق بتحفظ على إتفاقيات حقوق الإنسان و ذلك بالرغم من أن هذا التحفظ يتعارض مع طبيعتها الموضوعية و التي تمس بفعالية و عالمية القواعد الدولية ، و رغم تزايد عدد الدول التي صادقت على إتفاقية ق.ع.ا.ت.ص.م فقد كانت أكثر من أية إتفاقية دولية أخرى لحقوق الإنسان موضعا للتحفظات ن و تعتبر الجزائر من بين الدول التي انضمت إلى الإتفاقية بتحفظ لذلك سنقوم بدراسة الأسس القانونية للتحفظ في الفرع الأول ، و بدراسة مضمون التحفظات الجزائرية على الإتفاقية و ما مدى شرعية التحفظات الجزائرية على ضوء الإتفاقية .

الفرع الأول : الأسس القانونية للتحفظ

---

[1]: حبيب خداش ، **الجزائر و المواثيق الدولية لحقوق الإنسان** ،مجلة المحاماة ، تيزي وزو ، العدد01 ، سنة 2004 ، ص 80.

[2] : علي معزوز ،**الخصوصيات الثقافية و عالمية حقوق الإنسان** ،مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في الحقوق ، جامعة بومرداس ،كلية الحقوق ، 2004-2005، ص 34

التحفظ هو إعلان أو بيان تقدمه الدول عند التوقيع أو التصديق على معاهدة ما ، أو عند الإنظمام إليها و يسمح للدول تحديد موقفها النهائي إزاء المعاهدة من أجل استبعاد أي نص يتعارض مع نصوصها الداخلية ، و قد اهتمت الأمم المتحدة بموضوع التحفظ ، نحن بصدد دراسة إ.ق.ع.ج.ا.ت.ض.م التي تعتبر من بين أهم الإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان فكيف كان موقفها إزاء مسألة التحفظ ؟

البند الأول : تعريف التحفظ على المعاهدات الدولية

يراد بالتحفظ على أنه تصريح رسمي صادر عن دولة أو منظمة دولية ، عند توقيعها على المعاهدة او التصديق عليها ، أو الإنظمام إليها و يتضمن الشروط التي تضعها لكي تنظم إلى المعاهدة و يكون من أثره الحد من نطاق الآثار القانونية التي تسحبها المعاهدة في مواجهة الدولة ، أو المنظمة في علاقاتها مع غيرها من أطراف المعاهدة .[1]

البند الثاني : التحفظ وفقا لإتفاقية سيداو

عادة ما تنص الإتفاقية الدولية لحقوق الإنسان في أحكامها الختامية على جواز إبداء تحفظات عليها ، هذا إدا كانت تسمح بإبداء تحفظات ، و يجوز إبداء التحفظ في أية مرحلة ، أي أثناء التوقيع أو التصديق أو الإنظمام إليها ، و بمقتضى التحفظ يمكن للدولة أن تحد أو تمنع رضاها من أن تكون ملومة ببعض نصوص الإتفاقية ، أو تعلن تفسيرا لنصوص معينة في الإتفاقية بمقتضاها تعبر الدولة عن فهمها لكيفية تطبيق هذه النصوص ، و إذا كانت حقوق الإنسان في أغلبها قانون إتفاقي فإنه يمكن إبداء التحفظات بشأنها من قبل الدول بما لهذه الدول من سيادة ، فالدولة تعلن تعليقها بتوقيع أو تصديق أية إتفاقية متعلقة بحقوق الإنسان ، شرط أن تسمح بإبداء تحفظات بشأنها إذا كانت بعض نصوص المعاهدة تعارض قوانينها و مبادئها التي تؤمن بها و بالتالي فإن التحفظ يعد تعبيرا عن سيادة الدولة فيما تبرمه من إلتزامات غير أن هذه السيادة غبر مطلقة و إنما هي مقيدة بمميزات قواعد حقق الإنسان ، و التي تختلف عن قواعد القانون الدولي ، و هي مقيدة بأحكام الإتفاقية في حد ذاتها ، إذ هناك إتفاقات لا تسمح بإبداء التحفظات بشأنها لأن بعض الإتفاقيات المعنية بحقوق الإنسان تنظم مسألة التحفظات بأحكام صريحة و هذا ما نصت عليه إتفاقية القضاء ع.ج.ا.ت.ض.م و المتمثلة في عدم إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع و غرض الإتفاقية التي أبرمت من اجله و يتمثل الغرض الرئيسي لهذه الإتفاقية هو حضر التمييز القائم ضد المرأة و المساواة المطلقة بين الجنسين.[2]

---

[1] : محمد بوسلطان ، **المرجع السابق**، ص 296

[2] : علي إبراهيم، **الوسيط في المعاهدات الدولية لإبرام الشروط الشكلية و الموضوعية** ،دار النهضة العربية ، مصر،سنة 1995،ص231

الفرع الثاني : مضمون التحفظات و مدى شرعيتها على الإتفاقية

و هنا سوف نقسم هذا الفرع إلى بندين :

البند الأول : مضمون التحفظات الجزائرية على إتفاقية سيداو

عن مجمل التحفظات التي أبدتها الجزائر على الإتفاقية يدور حول وضعية المرأة في إطار قانون الأسرة الجزائري المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية و من بين هذه المواد المتحفظ عليها نجد : **المادة 02فقرة 02 ، المادة 15فقرة04 ، المادة 16 و المادة 29** ، و جاء التحفظ كالآتي :

المادة 02 :[1]

"**تعلن الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية أنها على استعداد لتطبيق أحكام هذه المواد بشرط عدم تعارضها مع أحكام قانون الأسرة الجزائري** ".

بينما جاءت المادة 02 من الإتفاقية تنص على ما يلي : "**تشجب الدول الأطراف جميع أنواع التمييز ضد المرأة و تتفق على أن تنتهج كل الوسائل المناسبة و دون إبطاء سياسة تستهدف القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، و تحقيقا لذلك ، تتعهد بالقيام بما يلي :**

(أ) **تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى ، إذا لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الآن ، و كفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال القانون و الوسائل المناسبة الأخرى.**

(ب) **اتخاذ المناسب من التدابير التشريعية و غيرها ، بما في ذلك ما يقتضيه الأمر من جزاءات ، لحضر كل تمييز ضد المرأة.**

(ت) **إقرار الحماية القانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل و ضمان الحماية الفعالة للمرأة ، عن طريق المحاكم الوطنية ذات الإختصاص و المؤسسات العامة الأخرى ، من أي عمل تمييزي،**

(ث) **الإمتناع عن الاضطلاع بأي عمل أو ممارسة تمييزية ضد المرأة ، و كفالة تصرف السلطات و المؤسسات العامة بما يتفق و هذا الإلتزام ،**

(ج) **اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة من جانب أي شخص أو منظمة أو مؤسسة ،**

(ح) **اتخاذ جميع التدابير المناسبة ، بما في ذلك التشريع ، لتعديل أو إلغاء القوانين و الأعراف و الممارسات القائمة التي تشكل تمييزا ضد المرأة ،**

[1] : علي إبراهيم ، **المرجع السابق** ، ص 310

(خ) **إلغاء جميع أحكام قوانين العقوبات الوطنية التي تشكل تمييزا ضد المرأة "**[1]

لقد أكدت الجزائر أنها مستعدة بتطبيق هذه المادة شرط عدم تعارضها مع أحكام قانون المرأة و المضمونة بموجب أحكام الدستور الذي كفل مبدأ المساواة بين المواطنين ، فنصت المادة 29 الفقرة 02 من الدستور على ما يلي : "**و لا يمكن أن تتذرع بأي تمييز يعود سببه ... الجنس...**" و كفلت جميع القوانين الأخرى لقانون المدني ، القانون الجنائي و قانون الإجراءات الجزائية و قانون الإنتخابات و كفلت هذه القوانين مبدأ المساواة و نجد نص التحفظ ينص على عدم التعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري في مسالة تعدد الزوجات و كذا في مسألة المساواة في المسائل المالية و على سبيل المثال نجد أن المشروع الجزائري نظم هذه المسالة بموجب أحكام قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية فينبع التحفظ على عدم رغبة الدولة الجزائرية في تعارض المادة 02 من الإتفاقية في أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة في مسائل الميراث .

و كذلك تحفظت الجزائر على نص المادة 09 الفقرة 02 من الإتفاقية ، و جاء التحفظ على النحو التالي "**تود حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن تعرب عن تحفظاتها بشأن أحكام الفقرة 02 من المادة 09 التي تتنافى مع أحكام قانون الجنسية و قانون الأسرة الجزائري** ".[2]

تحفظت الجزائر على البند المتعلق بالجنسية الواردة في المادة 09 الفقرة 02 من الإتفاقية التي جاء فيها : " **تمنح الدول الأطراف للمرأة حقا مساويا لحق الرجل في اكتساب جنسيتها أو الإحتفاظ بها أو تغييرها . و تضمن بوجه خاص ألا يترب على الزواج من أجنبي أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج ، أن تتغير تلقائيا جنسية الزوجة ، أو أن تصبح بلا جنسية أو أن تفرض عليها جنسية الزوج** " .و في هذا الصدد ينظم أحكام الجنسية قانون رقم 70-86 و كانت تنص المادة 06 و 07 منه (قبل التعديل) على أنه لا يسمح للطفل اكتساب جنسية الأم ، إلا إذا كان الأب غير معروف ، أو عديم الجنسية أو أنه ولد في الجزائر من أم جزائرية و أب أجنبي ولد في الجزائر ، و يعود سبب تحفظ الجزائر على نص المادة 09 على أن قانون الجنسية الجزائرية يكرس حق الدم في جهة الأب فقط الذي يستطيع أن يمنح لأولاده الجنسية الجزائرية و لو كان متزوجا بأجنبية بينما لا تستطيع المرأة الجزائرية المتزوجة من أجنبي منح الجنسية الجزائرية لأولادها.

---

[1] : إتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ، انظمت الجزائر إليها بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-51 ، المؤرخ في 1996/01/22 ، الجريدة الرسمية ،عدد06 ، الصادرة في 1996/01/24.

[2] : إتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ، انظمت الجزائر إليها بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-51 ، المؤرخ في 1996/01/22 ، الجريدة الرسمية ،عدد06 ، الصادرة في 1996/01/24.

يهدف المشرع الجزائري إلى تفادي حصول خلط في الأنساب بحكم نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري الأمر رقم 05-02 الذي ينسب الابن لأبيه بحكم الزواج الشرعي ، و كذلك نص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري الأمر رقم 05-02 الذي ينسب الابن لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة.[1]

و تحفظت الجزائر كذلك في نص المادة 15 فقرة 04 و جاء التحفظ على النحو التالي :" تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام الفقرة 04 من المادة 15 المتعلقة بحق المرأة في اختيار مكان إقامتها و سكنها ينبغي ألا يفسر على نحو يتعارض مع أحكام الفصل الرابع المادة (34) من قانون الأسرة الجزائري " ، إن سبب التحفظ على هذه الفقرة من المادة يقتصر على المسألة المتعلقة بسكن المرأة المتزوجة حسب هذا الصدد تلزم أحكام قانون الأسرة الجزائري للمرأة الجزائرية المتزوجة السكن في بيت الزوجية و لا تستطيع السفر أو التنقل إلا بإذن زوجها ، كما أن التعاليم الدينية و الأعراف تقضي بأن سكن المرأة الغير متزوجة مع عائلتها ، و بالتالي التحفظ الخاص بمسكن المرأة المتزوجة يأتي كنتيجة منطقية لما يقتضيه عقد الزواج من ضرورة إقامة الزوجة في السكن الذي يعده لها الزوج لكي تتمكن من القيام بمسؤولياتها كزوجة ووالدة في منزل الزوجية ، علما أن حق النفقة يسقط إذا صدر حكم قضائي بنشوزها أي في حالة عدم التزامها في سكن الزوجية دون أي مبرر مقبول ، أما بالنسبة للتحفظ الخاص بالمادة 16 من الإتفاقية فجاء نص التحفظ على النحو التالي : " تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بتساوي حقوق الرجل و المرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج و عند فسخه على السواء ينبغي ألا يتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري ".، كما تنص المادة 16 من الإتفاقية :"01-**تتخذ دول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية ، و بوجه خاص تضمن على الأساس تساوي الرجل و المرأة :**

(أ) نفس الحق في عقد الزواج ،

(ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج ، و في عدم عقد الزواج إلا برضا الحر الكامل ،

(ت) نفس الحقوق و المسؤوليات أثناء الزواج و عند فسخه ،

(ث) نفس الحقوق و المسؤوليات كوالدة ، بغض النظر عن حالتها الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالها ، و في جميع الأحوال ، تكون مصالح الأطفال هي الراجحة ،

[1] : الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، جريدة رسمية عدد 15 ، الصادرة في 27 فبراير 2005 .

(ج) نفس الحقوق في أن تقرر بحرية و بشعور من المسؤولية عدد أطفالها و الفترة بين إنجاب طفل و آخر ، و في الحصول على المعلومات و التثقيف و الوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق ،

(ح) نفس الحقوق و المسؤوليات فيما يتعلق بالولاية و القوامة و الوصاية على الأطفال و تبنيهم ، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الإجتماعية ، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني ، و في جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة ،

(خ) نفس الحقوق الشخصية للزوج و الزوجة ، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة و المهنة و الوظيفة ،

(د) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية و حيازة الممتلكات و الإشراف عليها ، و إدارتها و التمتع بها و التصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة .

02-لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أثر قانوني ، و تتخد جميع الإجراءات الضرورية ، بما فيها التشريع ، لتحديد سن أدنى للزواج و لجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا."[1]

تحفظت الجزائر على نص المادة 16 لأنها تعارضت مع أحكام قانون الأسرة الجزائري ، فالملاحظ أن أحكام هذه المادة متعلقة بالزواج و الأسرة و التساوي في الحقوق و المسؤوليات المترتبة عن الزواج و فسخه و الحقوق و المسؤوليات المناطة الواردة في الأمور المتعلقة بأطفالها و بالولاية و القوامة و الوصاية على أطفالها ، فكل هذه المواضيع نضمها قانون الأسرة الجزائري ، و عليه تأتي هذه التحفظات للأسباب التالية و التي سنقوم بشرحها في إيجاز :

أولا : بالنسبة لأهلية المرأة في حق تزويج نفسها

يعد رضا المرأة ركن أساسي لإبرام عقد الزواج فلا يصح عقد الزواج بدون رضاها الحر و الكامل ، كما يجب أن تعود الحكمة من وجود الولي ، و هو ضمان مصلحتها ، و يعد كذلك مبدأ الولاية هو مبدأ التضامن و تحمل المسؤولية إذا يعتبر عقد الزواج له خطورة لا يمكن لفرد واحد تحمل مسؤوليته و الولاية في عقد ازواج تعتبر مظهر تكريم لا علاقة له بالجنس ، فمظهر الزواج اجتماعي و هو سنة من السنن

[1] :إتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ، انظمت الجزائر إليها بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-51 ، المؤرخ في 1996/01/22 ، الجريدة الرسمية ،عدد06 ، الصادرة في 1996/01/24

الكونية و تعتبر الولاية من باب الإحاطة و السعي لتحقيق المصلحة لهذه المرأة ، و قد جعلت الولاية للذكر باعتباره يتصرف بالمنطق أكثر من العاطفة .[1]

ثانيا : حق القوامة

هو لا يعني بأي حال من الأحوال تسلط الرجل و استبداد الزوج أو تجريد المرأة أو الزوجة من دورها في الأسرة ، بل القوامة هي مسؤولية يمارسها الزوج في إطار الإنفاق على الأسرة و المعاشرة بالمعروف ، و التي لا تتحقق إلا بمراعاة التوازن و التقابل في الحقوق و الواجبات ، فالمبدأ الأساسي في إدارة الحياة الزوجية في الإسلام هو التشاور و هذا ما يشير إليه القرآن الكريم صراحة بقوله تعالى : "**فإن أرادا فصالا عن تراض منهما و تشاور فلا جناح عليهما** " و هذا يدل على أن هناك قدر من التفاعل و تبادل الرأي بين الزوجين في أمور حياتهما المشتركة ، أما فيما يخص الحقوق المتعلقة لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية و حيازة الممتلكات فإن الجزائر تأخذ في هذا الشأن بأحكام قانون الأسرة الجزائري و المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ، بحيث يكون للمرأة ذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج المالية ، معنى هذا أنه ليس للزوج أي تأثير على أهليتها إذا كانت بالغة الرشد ، فهي ليست في حاجة لا إلى إذن الزوج ، و لا مساعدته حتى تقوم بكل التصرفات في أموالها ، فالزوجة إذن تبقى مالكة لكل الأموال التي جاءت بها قبل الزواج أو أثناؤه و نفس القاعدة تطبق على أموال الزوج و لكن ليس بصفة مطلقة لأنه يتحمل أعباء مالية لا تقع على المرأة و لكن ليس ما يمنع أن يتفق الزوجان في عقد الزواج على نظام الذمة المالية المشتركة ، أي أن كل ما يكتسبه أي زوج من أمواله خلال الحياة الزوجية تعتبر ملكية مشتركة بينهما .

أما بالنسبة للتحفظ الأخير الذي أبدته الجزائر على نص المادة 29 جاء بالصيغة الآتية : "إن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لا تعتبر نفسها ملزمة بالفقرة الأولى من المادة 29 التي تنص على أن أي خلاف ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطرف حول تفسير أو تطبيق الإتفاقية و لا يسوى عن طريق المفاوضات ، يعرض بناءا على طلب واحدة من هذه الدول للتحكيم أو محكمة العدل الدولية" .

يعتبر هذا التحفظ هو الأخير الذي أجازته الإتفاقية صراحة اعتبرته تحفظا لا يمس بغرض هذه الإتفاقية ، بحيث اعتبرته الجزائر نفسها غير ملزمة بتسوية أي نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق الإتفاقية من اختصاص محكمة العدل الدولية ، و ذلك في صورة ما إذا لم تتوصل الأطراف لتسوية عن طريق المفاوضات كمرحلة

[1] : بلحاج العربي ،**الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –زواج ،طلاق–** ،الجزء الأول،الطبعة الرابعة ،الجزائر،ص 118

أولى ، أو إذا لم تتوصل في مرحة ثانية إلى اتفاق لتنظيم إجراء التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع خلال مدة 06 أشهر من تاريخ طلب التحكيم.[1]

البند الثاني : مدى شرعية التحفظات الجزائرية على ضوء الإتفاقية

يعتبر التحفظ من بين الوسائل السياسية و القانونية التي تبديها الدول من أجل عدم الإرتباط كليا باتفاقيات حقوق الإنسان ، و التنصل من بعض قواعد القانون الدولي ، و الهدف من التحفظ هو إظهار ممانعة الدول عند التوقيع أو التصديق على الإتفاقية و على نصوص معينة لا تتوافق مع أنظمتها الداخلية للدول المتحفظة ، لا سيما أن المعاهدات الدولية تأتي في مرتبة أعلى من مرتبة القوانين الداخلية دون الدستور ، و إن الهدف الذي تصبوا إلى تحقيقه إ.ق.ع.ج.ا.ت.ض.م هو حماية المرأة و حماية جميع أشكال التمييز ضدها ، و بمعنى آخر ألزمت الإتفاقية دول الأطراف أن تنتهج بكل الوسائل المناسبة و دون إبطاء سياسية القضاء على التمييز ضد المرأة ، و ذلك بتجسيد المساواة بين الرجل و المرأة في الدساتير الوطنية و تشريعاتها المناسبة الأخرى و لكن في حالة ما إذا تحفظت الدول على بعض نصوص الإتفاقية تكون غير ملزمة بتطبيقها لأن الدول لا تقبل تحمل إلتزامات لم تعبر عن رغبتها في الإلتزام بها ، و يرجع سبب التحفظ على أن مواد الإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ، في مخالفة أحكام المعاهدات الدولية لقانونها الوطني ، أي أنها لا تقبل نصوص الإتفاقيات الدولية إلا إذا حدود تلاؤمها مع القانون الوطني.

يتضح لنا أن معظم التحفظات التي أبدتها الجزائر تجاه المواد 2 و 9 فقرة 15،02فقرة4 ، 16 تعتبر تحفظات تمس بهدف و غرض الإتفاقية لأن الهدف الأساسي للإتفاقية يدور حول تشجيع و حث الدول على تحقيق مبدأ المساواة بين الجنسية في جميع المجالات و النص على هذا المبدأ قوانينها الداخلية إذ كما يقال تعتبر هذه الإتفاقية الوثيقة النموذجية لتكريس المساواة بين الجنسية ، و إن ما اشترطته الجزائر من أجل تطبيق المواد التي تحفظت عليها أن تتلاءم أحكامها مع أحكام قانون الأسرة الجزائري ، و كذلك قانون الجنسية ، إلا أن هذه التحفظات اعتبرتها هيئة الأمم المتحدة تمس بغرض و هذف الإتفاقية و هذا وفقا لنص المادة 28 فقرة 02 التي جاءت :"**لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الإتفاقية و غرضها** "، و الجزائر بررت التحفظات التي أبدتها على نصوص الإتفاقية وفقا لأحكام قوانينها الداخلية إلا أن الإتفاقية **فينا** لقانون المعاهدات التي إنضمت إليها الجزائر بتحفظ تنص في مادتها 27 على أن :" **لا يجوز لأي طرف أن يستظهر بأحكام قانونه الداخلي لتبرير عدم تنفيده**

[1] : بلحاج العربي ،**الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –زواج ،طلاق–** ،الجزء الأول،الطبعة الرابعة ،الجزائر،ص 119

لمعاهدة ما ...."[1] ، و بهذا نرى بأن الجزائر طعنت في مبدأ تدرج القواعد القانونية المجسدة دستوريا و الذي بموجبه تتمتع المعاهدات الدولية بمرتبة أسمى من القانون.[2]

و في هذا الصدد و أثناء مناقشة لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، التقارير الدورية للجزائر و بالخصوص التقرير الدوري الثاني أعربت اللجنة عن قلقها إزاء التحفظات الجزائرية التي اعتبرتها أنها تمس بهدف و غرض الإتفاقية ، و ألزمت الجزائر بإعادة النظر في كل التحفظات و ذلك من أجل رفعها ، و اعتبرت اللجنة أن كل من قانون الأسرة الجزائري و قانون الجنسية يعتبران من التشريعات التمييزية التي لا تعطي للمرأة نفس حقوق الرجل و طالبت الجزائر إعادة النظر في جميع تشريعاتها الوطنية التي لا تساوي بين الحقوق بين الجنسين .

و نظرا للإلتزامات المتعلقة بالإتفاقية و بالإضافة إلى القلق الذي أعربته اللجنة فيما يخص التجسيد الفعلي لمبدأ المساواة بين الجنسية ، و أثناء مناقشة التقرير الدوري الثاني الجزائري ، بالإضافة إلى الإستياء الذي صدر من مناضلي حقوق الإنسان بالجزائر بخصوص الجمعيات النسوية في بلادنا طلب رئيس الجمهورية من الحكومة اتخاد الإجراءات اللازمة لملائمة التشريعات الوطنية مع تطور القانون الدولي ، و إعادة النظر في وجاهة التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الإتفاقية قصد سحبها ، و بالفعل اقترحت الحكومة مشروع قانون يعدل و يكمل قانون الأسرة ، و يكرس مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة من أجل رفع التحفظ الخاص بالمادة 02 و المادة 09 و المادة 16 إلى تكرس مبدأ المساواة بين الجنسين في الأمور المتعلقة بالزواج و وصاية المرأة على أولادها القصر ، و كذلك إعادة النظر في قانون الجنسية الجزائري الذي اعتبرته اللجنة من القوانين التمييزية الذي يذم و يحرم المرأة من الحقوق المساوية لحقوق الرجل و إعطاء الجنسية لأطفالها كما حثت اللجنة للجزائر على تكريسها لمبدأ المساواة بين الجنسين في مجال التمتع بنفس الحقوق مع الرجل في المجال السياسي[3]

و في الأخير يمكن القول بأن اتفاقية سيداو جاءت ملمة و شاملة لكافة حقوق المرأة ، و مساواتها بالرجل حيث تعتبر أهم اتفاقية دولية ساعية للمساواة بين الجنسين ، فقد صادفت عليها الجزائر و انضمت إليها مع بعض التحفظات التي أسندت على خصوصيتها الثقافية الدينية ، المتمثلة في الشريعة الإسلامية بصورة أساسية و كدا الواقع أو الفترة التي مرت بها الجزائر خلال العشرية السوداء الفائتة و ما كانت تعيشه الجزائر من ضغوطات داخلية لا تسمح لها بالموافقة على الاتفاقية كاملة دون تحفظ على

---

[1] :إتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ، انظمت الجزائر إليها بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-51 ، المؤرخ في 1996/01/22 ، الجريدة الرسمية ،عدد06 ، الصادرة في 1996/01/24

[2] :حبيب خداش ، **المرجع السابق**، ص 79

[3] : ندى خليفة ، **واقع تحفظات الدول العربية على تطبيق(إ.ق.ع.ج.أ.ت.ض.م)** ، لبنان،لا يوجد تاريخ النشر ،ص 68

بعض المواد التي لا يمكن للجزائر أن تنفذها نتيجة للظروف الداخلية التي كانت تعيشها ، و أيضا نتيجة تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء التي تعتبر مصدر قانون الأسرة الجزائري.

خاتمة

خـــــاتمة :

و كنتيجة لما تقدم نصل إلى القول بأنه على الرغم من أن إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة تعد أول صك دولي كفل على وجه من التخصيص جميع الحقوق الإنسانية للمرأة في جميع مناحي الحياة ، هذه الأخيرة التي لطالما لعبت الدور الأساسي و الكبير في بناء الأسرة و تحديد وجه التأثر و التأثير القائم في المجتمع ، كما تضمن أيضا جميع السبل الكفيلة للقضاء على مختلف أوجه التمييز و التحيز القائم ضدها ، إلا أن هذه الأخيرة أفرزت مجموعة من التأثيرات الإيجابية و السلبية على الأسرة العربية الإسلامية بصفة عامة ، و الأسرة الجزائرية بصفة خاصة ، لاسيما في ظل تعديل و تفعيل قانون الأسرة الجزائري ليظهر بحلته المجسدة في الأمر 05-02 و التي تتماشى إلى حد بعيد مع مطالب هذه الإتفاقية و التي وجدت صداها في الوسط النسوي بعد مصادقة الجزائر عليها في 22 ديسمبر 1996.

لقد حاولنا في هذا البحث ، الإجابة على سؤال في غاية الأهمية ، هل حقا تحمي بنود الإتفاقية محل الدراسة حقوق المرأة ؟ و قد توصلنا إلى نتيجة نهائية هي أن جل بنود تلك الإتفاقية إنما تؤدي للعكس و ذلك من خلال الإصرار على محو كافة الفوارق بين المرأة و الرجل ، تلك الفوارق الفطرية التي فطر الخالق كل منهما عليها ، و هي التي ليست تمييزا ضد أي منهما ، بل هي تمثل عوامل مساعدة تساعد كل منهما على أداء أدواره بشكل متكامل ليكمل كل منهما الآخر.

أما ما جاءت به الإتفاقية من أحكام ، فمن شأنها أن تسلب المرأة الحقوق التي كفلتها لها الشريعة الإسلامية الغراء ، بالتأكيد ليس من مصلحة المرأة أن يسلب حقها في الرعاية و الحماية و الحياة الكريمة ، كما أنها تشكل تحدي لاستهداف السيادة الوطنية للدول الضعيفة بحيث تصبح الأمم المتحدة بمثابة حكومة عالمية.و كدا تحدي الحرمان من الحق في تنظيم الشأن العام وفق الهوية الوطنية ، و التدخل في فرض نمودج إباحي.

و كنتيجة عامة يمكن القول أن اليوم هناك نوعان من المرجعية القانونية التي تستند إليها قضايا المرأة ، الأولى عبارة عن مرجعية محلية تتمثل في الدستور و القوانين الوطنية الصادرة بموجبه ، و الثانية مرجعية دولية تتمثل في الإتفاقيات و المعاهدات و المواثيق الدولية التوي وقعت عليها الجزائر و إلتزمت بتنفيدها ، و التي على رأسها إتفاقية **سيداو** ، و لتفادي وجود تناقض و لبس بين هذه الإتفاقية ذات الآثار الأخيرة و واقع الأسرة الجزائري النابع من أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء لابد من :

-العمل على توعية المرأة بضرورة التمسك بمبادئ الشريعة الإسلامية بعيدا عن تأثيرات التيارات الخارجية

-ضرورة توعية الأسرة الجزائرية بمخاطر هذه الإتفاقية ، و كدا تفعيل الدور الإجتماعي للجمعيات و الباحثين في مجال الأسرة.

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر:

1. القرآن الكريم.
2. السنة النبوية الشريفة .
3. دستور 28 نوفمبر 1996 ، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 ، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 ، الجريدة الرسمية عدد76 الصادرة في 08 ديسمبر 1996 .
4. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 31 ، الصادر 31 جويلية 1984، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، جريدة رسمية عدد 15 ، الصادرة في 27 فبراير 2005 .
5. إتفاقيات دولية :
   1. إتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ، انضمت الجزائر إليها بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-51 ، المؤرخ في 1996/01/22 ، الجريدة الرسمية ،عدد06 ، الصادرة في 1996/01/24.
   2. إتفاقية **فينا** لقانون المعاهدات لسنة 1969 ، انضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب مرسوم رقم 87-222 ، المؤرخ في 1987/10/13 ، جريدة رسمية عدد 42 ، الصادرة في 1987/10/14

قائمة المراجع:

1. الأكحل بن حواء ، **نظرية الولاية في الزواج** ، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر، سنة 1982 .

2. إسماعيل أبا بكر علي البامري ، **أحكام الأسرة (الزواج و الطلاق) بين الحنفية و الشافعية** ، طبعة 2009 ،دار الحامد للنشر و التوزيع ، الأردن .

3. أماني علي المتولي ، **الضوابط الشرعية و القانونية للأنواع الحديثة للزواج و الطلاق** ، دار الكاتب الحديث ، مصر ،سنة 2010 .

4. الإمام أبو زهرة ، **الأحوال الشخصية** ، دار الفكر العربي ،مصر .

5. أحمد الشامي ، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات** ، دار الجامعة الجديد ، مصر، سنة 2011.

6. عوض بن رجاء العوفي ، **الولاية في النكاح** ، الجزء الأول، الطبعة الأولى ،مكتبة الملك فهد الوطنية ، السعودية ،سنة 2002.

7. إسماعيل نواهضة ، **الأحوال الشخصية في فقه النكاح** ، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر و التوزيع ، الأردن،سنة 2010.

8. محمد رأفت عثمان ، **فقه النساء في خطبة و الزواج** ، كلية الشريعة ، جامعة الأزهر، دار الإعتصام للطبع و النشر و التوزيع، مصر.

9. فاروق عبد الله كريم ، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي** ، جامعة السليمانية ، كلية القانون ، طبعة 2004 ، العراق .

10. جمعة سمحان الهبلاوي ، **الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و أثرها في التشريع الإسلامي** ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر .

11. محمود محمد حمودة ، **فقه الأحوال الشخصية** ، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع ، الأردن .

12. مصطفى أمين ، **أحكام الزواج و الطلاق في فقه الإمام الظاهري** ، الطبعة الأولى ،دار قنديل للنشر و التوزيع ، سنة2010.

13.نضال محمد أبو سنينة ، **الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية** ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ،سنة 2011 .

14.أحمد محمد علي داود ، **الأحوال الشخصية** ،الطبعة الأولى ، دار الفقه للنسر و التوزيع ، الأردن ،سنة 2009 .

15.سيد سابق ، **فقه السنة** ، الجزء الثاني ، طبعة 2008 ،دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، لبنان.

16. الشيخ شمس الدين ، **قانون الأسرة و المقترحات البديلة** ، الطبعة الأولى ، شركة دار الأمة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، سنة 2003 .

17. محمد خضر قادر ، **دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية** ، طبعة 2010 ، دار اليازوردي العلمية للنشر و التوزيع ، الأردن .

18. محمود علي السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، الطبعة التالثة، دار الفكر ،الأردن ،سنة 2010 .

19.عبد القادر حرز الله ، **الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق** ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر،سنة 2007.

20.محمد حسن أبو يحى ، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية** ، الطبعة الأولى ،الدار العلمية للنشر و التوزيع ، الأردن ،سنة 2011.

21. نبيل صقر ، **موسوعة الفكر القانوني** ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، الجزائر،سنة 2004 .

22. أحمد نصر الجندي ، **شرح قانون الأسرة الجزائري** ، دار الكتب القانونية ،مصر ،سنة 2009 .

23. بن شويخ الرشيد ، **شرح قانون الأسرة المعدل** ، الطبعة الأولى ،دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، سنة 2008.

24. يوسف دلاندة، **دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة** ، الطبعة الثانية، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،سنة 2008 .

25. طاهري حسين ، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري** ،، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ،سنة2009 .

26. سهيل حسين الفتلاوي ،**موسوعة القانون الدولي (حقوق الإنسان)** ،الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة 2007.

27. هالة سعيد التبسي ، **حقوق المرأة في ضل إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة(سيداو)** ،الطبعة الأولى ،دار النشر منشورات الجلي الحقوقية ، سنة 2011.

28. هيفاء أبو غزالة ، **مؤشرات كمية و نوعية إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة** ، الطبعة الأولى ،دار الغريب للطباعة و النشر ،القاهرة ، سنة 2009 .

29. منال محمود المشني ، **حقوق المرأة بين المواثيق الدولية و أصالة التشريع الإسلامي ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة** ، الطبعة الأولى ،دار الثقافة ، الأردن ،سنة 2011 .

30. محمد بوسلطان ، **مباديء القانون الدولي العام** ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ،الجزائر ،سنة 2005.

31.علي إبراهيم ، **الوسيط في المعاهدات الدولية لإبرام الشروط الشكلية و الموضوعية**،دار النهضة العربية ، مصر ، سنة 1995.

32.بلحاج العربي ،**الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –زواج ،طلاق–** ،الجزء الأول،الطبعة الرابعة ،الجزائر.

المراسيم :

01. المجلة القضائية، **قرار المحكمة العليا رقم 90468** ،عدد خاص، إجتهاد غرفة الأحوال الشخصية ،الجزائر، بتاريخ 1993/03/30.

الأطروحات و المذكرات:

01. أوسوكين عبد الحفيظ ، **إتفاقية القضاء على جميع أنواع التمييز ضد المرأة** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، قانون خاص ، جامعة وهران ،كلية الحقوق، سنة 2012-2013.

02. وهيبة برازة ، **مواطنة المرأة في التشريع الجزائري ، مقارنة الإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان** ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون ، جامعة مولود معمري ،كلية الحقوق ، ، تيزي وزو ، 2004-2005.

03. عبد الكريم مختاري ، **الممارسات الجزائرية في ظل المعاهدات الدولية على ضوء دستور 1996** ،مدكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي ، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق ، تيزي وزو ، 2002-2003 .

04. علي معزوز ،**الخصوصيات الثقافية و عالمية حقوق الإنسان** ،مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في الحقوق ، جامعة بومرداس ،كلية الحقوق ، 2004-2005.

المقلات و المجلات :

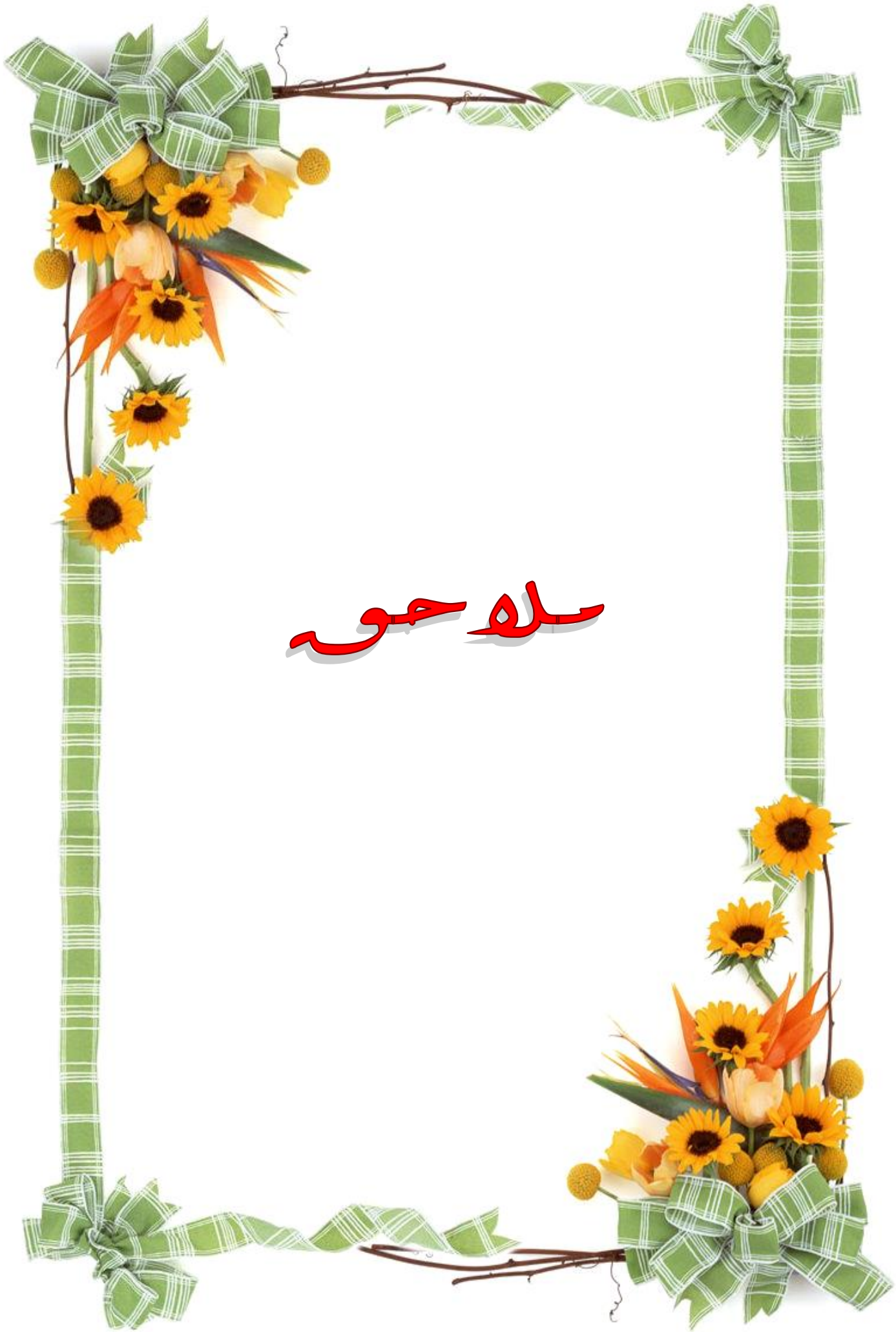
1. بوسطلة شهرزاد ، **مجلة المنتدى القانوني** ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد الرابع ، جوان 2007.

2. بوكايس سمية ، **مجلة الفقه و القانون** ، العدد 20 ، 02 يونيو 2014 .

3. عمار رزيق ، **نشر الإتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في النظام القانوني الجزائري** ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، العدد 13 ، جوان 2000.

4. حبيب خداش ، **الجزائر و المواثيق الدولية لحقوق الإنسان** ،مجلة المحاماة ، تيزي وزو ، العدد01 ، سنة 2004 .

5. ندى خليفة ، **واقع تحفظات الدول العربية على تطبيق(إ.ق.ع.ج.أ.ت.ض.م)** ، لبنان، لا يوجد تاريخ النشر .


سلة حمى

إتفاقية القضاء

على كافة أشكال التمييز ضد المرأة

الدوحة - قطر

إعداد:عايدة أبوراس

تعتبر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة منذ اعتمادها في عام 1979 الشرعة العالمية لحقوق جميع النساء. فبالرغم من تبني الإعلان العالمي لحقوق الإنسان واعتماد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والإجتماعية والثقافية في عام 1966، بالإضافة إلى عدد من الاتفاقيات والإعلانات والقرارات الأخرى المتعلقة بحقوق المرأة، ومنها اتفاقية المساواة في الأجور (1951)، واتفاقية الحقوق السياسية للمرأة (1952)، والاتفاقية بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج (1962)، وإعلان القضاء على التمييز ضد المرأة (1967)، وإعلان حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والنزاعات المسلحة (1974)، سرعان ما أدرك المجتمع الدولي أن المرأة تحتاج إلى صك شامل لضمان حقوقها كاملة.

ونتيجة لذلك، شرعت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة في 1965 في صياغة الإعلان الخاص بالقضاء على التمييز ضد المرأة. وبما أن الإعلان لم يتخذ شكل اتفاقية تعاقدية، فإنه وبالرغم من هيبته ألأدبية والسياسية لم يضع أمام الدول التزامات واجبة التنفيذ، ومن هنا كان لا بد

من دراسات الإمكانية لإعداد اتفاقية تجعل من الإعلان قوة ملزمة للمنضمين إليه، ونتيجة لهذه الجهود جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) التي اعتمدتها الجمعية العامة للامم المتحدة، وعرضتها على الدول الأعضاء في المنظومه الدولية، قصد التوقيع والتصديق والانضمام إليها في 18 ديسمبر 1979. ثم يعد ذلك، دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1981 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.

تتضمن الاتفاقية بصورة أساسية لائحة بحقوق المرأة/الإنسان وتهدف إلى إرساء قواعد قانونية لحماية حقوق النساء، كما أنها تكتسب أهمية لأنها أقرت مبدأ عدم التمييز ضد النساء كمبدأ متصل بحقوق الإنسان، وجمعت بينه وبين معايير المواثيق السابقة. لذلك فهي وثيقة: تعرف بمفهوم التمييز ضد المرأة، وتعتبره انتهاكاً لمبدأي المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان وتؤكد على كون الحقوق الإنسانية شاملة لا تقبل التجزئة ولا التصرف.هذا ويناط بالإتفاقية ثلاثة مهام؛

- تضمن الحقوق الخاصة للأفراد، كما توفر آلية تقديم الشكاوي الفردية(للبروتوكول الإختياري) في حال تعرض أي من الحقوق المنصوص عليها للإنتهاك.
- توضح التزامات الدول أو المسؤوليات المترتبطة بهذه الحقوق.
- تخلق آليات لمراقبة مدى توافق ما تقوم به الدول مع التزاماتها.

ماذا أضافت الاتفاقية:

* أكدت على أن حقوق المرأة هي جزء من منظومة حقوق الإنسان.
* قدمت تعريفاً واضحاً للتمييز.
* دعت الى ضرورة إتخاذ التدابير الرامية إلى تحقيق المساواة الفعلية بين الجنسين
* وضحت المبادئ والإجراءات والآليات الكفيلة بضمان الحقوق الإنسانية للنساء
* دعت إلى اتخاذ التدابير المؤقته من أجل التعجيل بتحقيق المساواة،مع الأخذ بمبدأ التمييز الإجابي

- أكدت على الحق الإنجابي للمرأة.
- أشارت إلى ضرورة تغيير العادات والتقاليد التي من شأنها أن تؤدي إلى التمييز ضد المرأة أو تعزيز صور نمطية سلبية عن المرأة.

إن للدول والحكومات كامل الحرية في الانضمام أو عدم الانضمام إلى المعاهدات الدولية لكنها حينما تصبح "طرفاً في معاهدة ما أو "تصدق" عليها فإنها تلتزم بتطبيق موادها وتقبل الخضوع لمراقبة المنظومة الدولية في هذا الصدد. لذلك فبموجب تصديقها على الاتفاقية، تلتزم الدول الأطراف بالتزامين أساسين هما:

"التزام قانوني: يتمثل في التزام الدول بتضمين مبدأ المساواة في دستورها وكافة تشريعاتها الوطنية، ومراجعه كافة التشريعات الوطنية بهدف إلغاء جميع النصوص القانونية القائمة التي تتضمن اي شكل من أشكال التمييز ضد المرأة بسبب الجنس (في القوانين المدنية، قانون العمل، قانون العقوبات وكل القوانين ذات الصلة).

التزام عملي: ويعني الالتزام بالتطبيق العملي لمبدأ المساواة بين الرجال والنساء في جميع المجالات الحيوية للمرأة التي نصت عليها الاتفاقية؛ وذلك عن طريق اتخاذ التدابير التشريعية وغيرها من التدابير المناسبة الأخرى، بهدف إلغاء كافة الأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تشكل تمييزاً ضد المرأة.

الجزء الثاني : هيكلية إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز

1. الاتفاقية من حيث الشكل

تتضمن الاتفاقية ديباجة، وتتبعها ثلاثون مادة تطبيقية،موزعة في ستة اجزاء:

الجزء الأول:	المواد1-6
الجزء الثاني:	المواد 7-9
الجزء الثالث:	المواد10-14

الجزء الرابع:	المواد 15-16
الجزء الخامس:	22المواد 17-22
الجزء السادس:	30المواد 23-30

2. الإتفاقية من حيث المضمون

الديباجة:

تم إبداء القلق نحوإستمرار التمييز ضد المرأة بالرغم من الجهود التي المبذولة من قبل الأمم المتحدة من أجل تقدم حقوق الإنسان وإرساء المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة. كما وأشارت الديباجة إلى أن هذا التمييز يشكل عائقاً مهماً أمام تنمية أي مجتمع، وينعكس سلباً على رخاء المجتمع والأسرة وتحقيق السلام. ومصلحة العالم بأسره تتطلب المشاركة الفاعلة للمرأة، وعلى قدم المساواة مع الرجل في جميع مجالات الحياة. وتوضح الديباجة أن غرض الإتفاقية هو القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و تحقيق المساواة الكاملة في الحقوق بين الرجل و المرأة. وهما مبدءان مركزيان للأمم المتحدة و يشكلان واجبا ملزما بمقتضى ميثاق الأمم المتحدة والمواثيق الدولية الأخرى.

وتشكل الأجزاء الأربعة الأولى والمتضمنة ستة عشر مادة مُجمل الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للنساء مع التأكيد على وضعهن القانوني،أما الجزئيين الخامس والسادس فمتعلقان الامور الاجرائية المعنية بها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في الامم المتحدة من حيث كيفية انتخاب الاعضاء وفترة العضوية واعتماد نظام داخلي خاص بها وعدد اجتماعاتها،إضافة الى تتضمن احكاما بشأن الاشتراك في الاتفاقية واجراءات اعادة النظر والنصوص ذات العلاقة، وتتعهد الدولة بموائمة تشريعاتها او تبني تشريعات جديدة من شأنها أن تُسّرع في تحقيق الحقوق المنصوص عليها في الإتفاقية.

الجزء الأول: (المواد 1-6)

المادة 1:

تعريف التمييز ضد المرأة؛حيث يُعرّف التمييز ضد المرأة على أنه أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه النيل من الاعتراف للمرأة، على أساس تساوي الرجل والمرأة، بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو إبطال الاعتراف للمرأة بهذه الحقوق أو تمتعها بها وممارستها لها بغض النظر عن حالتها الزوجية.

ولا تقتصر الإتفاقية على مجرد تعريف التمييز، بل تصف أيضا بالتفصيل الإلتزامات التي تقع على عاتق الدول في التنفيذ، والتي تتمثل في الإحترام والحماية والإيفاء، أما الاحترام، فيتطلب من الدولة الامتناع عن التدخل بشكل مباشر أو غير مباشر في التمتع بحقوق الانسان، وأما الحماية، فتستلزم من الدولة اتخاذ التدابير اللازمة لمنع الغير من التدخل في حقوق الإنسان للأفراد، وأما الإبفاء، فيقتضي تيسير التمتع بحقوق الإنسان وتأمينها وتعزيزها بإعتماد المناسب من التدابير التشريعية والإدارية والقضائية والتوعية وغيرها من التدابير الرامية إلى إحقاق حقوق الإنسان بالكامل.

المادة 2:

تتعلق بحظر التمييز في الدساتير والتشريعات الوطنية، هي نواة هذه الاتفاقية فيما يتعلق بالتزامات الدول في تنفيذ الاتفاقية. في هذه المادةُ يطلب من الدول أن تدرج أولاً مفهوم المساواة في دستور كل منها، ثم تصدر تشريعاً يحظر ويعاقب أي شكل من أشكال التمييز ضد المرأة.

- تلزم الدول باتخاذ الإجراءات المختلفة للقضاء على التمييز
- تجسيد مبدأ المساواة في الدستور والتحقيق العملي لهذا المبدأ
- اتخاذ التدرابير المناسبة بما في ذلك التشريع
- اتخاذ التدابير القضاء على التمييز/أي شخص أو مؤسسة
- تشكل هذه المادة المحور الأساسي من الاتفاقية
- هي مادة أساسية وجوهرية ومحورية في الاتفاقية.
- الالتزام الأساسي للدول، وهو القضاء على التمييز

- التحفظ عليها بالذات يفسد هذا الالتزام ويُفرغ الاتفاقية من مضمونها.

نلاحظ أن مستويات التزامات الدولة نحو تنفيذ هذه المادة وهي الاحترام، والحماية والايفاء،تتمثل في؛ التزام الاحترام بأنُ تحجم الدول نفسها عن التمييز ضد المرأة وذلك بإصدار التشريعات الصحية وإنشاء محافل تحكيمية ومحاكم تستطيع حماية النساء وتزويدهن بالحلول المناسبة. وينعكس التزام الحماية في النص التالي الوارد في الإتفاقية "يتعين على الدول اتخاذ كافة الاجراءات المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة من جانب أي شخص أو أية منظمة أو تشريعية، لإبطال جميع القوانين والممارسات والانظمة التمييزية".

المادة 3:

ضمان حقوق المرأة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية ضمان التمتع بها على أساس المساواة مع الرجل.

المادة 4:

تتعلق بالتدابير الخاصة المؤقتة التي من شأنها في حال تبنيها أن تُسرع في تحقيق المساواة علماً أن تلك التدابير الخاصة لا تعتبر تمييزا (ضد الرجل)، ،مع التأكيد على أن أية إجراءات من شأنها حماية الأمومة ليست إجراءات تمييزية.

المادة 5:

تتعلق بضرورة تعديل الأنماط الإجتماعية و السلوك الثقافية القائمة على فكرة دونية أو تفوق أحد الجنسين، والتركيز على أهمية التربية الأسرية والتركيز على كونها مسؤولية مشتركة بين الرجال والنساء علماً أن الإعتبار الأساسي هو المصلحة العامة للأطفال. وترتبط المادة 5 التي تدعو إلى تعديل أنماط السلوك الثقافية ارتباطاً وثيقاً بالمادة 4 (اعتماد التدابير الخاصة المؤقتة)، كما أن المادة 5 هي المادة الوحيدة في جميع إتفاقيات حقوق الإنسان التي تشير مباشرة إلى تعديل الأنماط الثقافية.

المادة 6:

إتخاذ التدابير الرامية إلى مكافحة جميع أشكال الإتجار بالمرأة وإستغلال دعارة المرأة.

الجزء الثاني :(المواد 7–9)

في المواد 7 إلى 9، تعدد الاتفاقية مجموعة التزامات الدولة لضمان حقوق المرأة في المشاركة في الحياة العامة والسياسية؛ الحق في التصويت في جميع الانتخابات وأهلية الانتخابات؛ والحق في المشاركة في المنظمات غير الحكومية التي تعنى بالحياة العامة والسياسية؛ والحق في تمثيل الحكومات على المستوى الدولي؛ والحق في اكتساب الجنسية أو تغييرها أو الاحتفاظ بها؛ والحقوق المتصلة بجنسية الأطفال.

المادة 7:

القضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامة للبلد،الحق في التصويت، وأهلية الانتخاب والمشاركة في وضع السياسات الحكومية وشغل المناصب على قدم المساواة مع الرجل.

المادة 8:

ضمان فرصة تمثيل المرأة لحكومتها على المستوى الدولي و المنظمات الدولية.

المادة 9:

تتعلق بحق النساء وأطفالهن في التمتع بالجنسية

- منح المرأة الحق في اكتساب الجنسية أو تغييرها أو الاحتفاظ به
- ضمان ألا تتغير جنسية المرأة تلقائيا، أو ان تصبح بلا جنسية إذا تزوجت من أجنبي، أو إذا غير زوجها جنسيته.
- أن تمنح المرأة حقاً مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها.

الجزء الثالث من الاتفاقية (المواد 10–14)

المادة 10:

حق المرأة في التعليم

خلافاً للمادة 13 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي عرّفت بشكل واسع الحق في التعليم، شرحت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هذا الحق بالتفصيل، حيث يمكن تقسيم الإلتزامات الواردة في المادة 10 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال

التمييز ضد المرأة إلى ثلاثة أنواع؛ أولاً، الالتزام بـ "بتوفير المنهج التعليمي ذاته وفرص المنح الدراسة ذاتها على قدم المساواة مع الرجل." وثانياً، الطلب إلى الدول الأطراف "تنقيح و مراجعة الكتب المدرسية وإزالة الصور النمطية لأدوار الرجل والمرأة" وثالثاً، يتعين على الدول أن تلتزم "بردم الفجوة بين الجنسين في مجال التعليم وذلك بوضع برامج تمكّن النساء من العودة إلى المدرسة لمتابعة تعليمهن ليكون بإمكانهن التمتع بحق متساوي في مكان العمل والمجتمع ككل".كما أشارت المادة 10 أيضاً إلى المشاكل الخاصة المتعلقة بتسرب الإناث من المدرسة، وهي ظاهرة منتشرة في بلدان في بلدان معينة. فغالباً ما تغادر الفتيات المدرسة للزواج حيث تفضل بعض العائلات في العالم الثالث الاستثمار في تعليم الذكور من الاطفال بدلاً من الإناث. ولذلك يتعين على الدول وضع تشريعات واتخاذ خطوات ملائمة لتخفيض نسبة التسرب من المدرسة.

المادة 11:

حق المرأة في العمل

وتنقسم المادة 11 المعنية بحق العمل إلى جزئين؛

يشيرالجزء الأول منها إلى حق المرأة في العمالة بشكل عام، بينما يشير الثاني تحديداً إلى منع التمييز في مكان العمل بسبب الحمل أو الزواج.

وفيما يتعلق بحق العمالة، ينبغي على الدول أولا الاعتراف بهذا الحق للجميع كحق غير قابل للتصرف به. وثانيا ينبغي على الدول ضمان المساواة في الحصول على فرص العمل، والمساواة في حرية اختيار الوظيفة أو المهنة، والمساواة في الترفيه والأمن الوظيفي والمنافع، والأجر المساوي للعمل المساوي، والحق في الضمان الاجتماعي، والحق في ظروف العمل الصحية الآمنة.

وفي الجزء الثاني من المادة 11، تطلب اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من الدول منع التمييز في مكان العمل وحظر ومعاقبة الفصل عن العمل بسبب الزواج أو الحمل.

ويطلب من الدول أيضا وضع تشريعات لإجازات الأمومة، وخلق شبكة من مرافق العناية بالأطفال لمساعدة الأمهات العاملات، وتوفير حماية للنساء الحوامل في بيئات العمل التي قد تكون ضارة بصحتهن. وفي عام 1989، أضافت اللجنة المعنية باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي أوكلت إليها مهمة الإشراف على متابعة تنفيذ الاتفاقية، في ملاحظتها العامة رقم 12 في تفسير المادة 11، واجب الدولة في حماية المرأة من العنف، بما في ذلك التحرش الجنسي في مكان العمل.

المادة 12:

حق المرأة في الحصول على رعاية صحية

تطلب المادة 12 من الدول أن توفر للمرأة حقاً مساوياً في الحصول على الخدمات الصحية التي تشمل تخطيط الأسرة، وخدمات الصحة الإنجابية.

المادة 13:

حق المرأة في الحصول على استحقاقات أسرية وقروض مصرفية والتمتع بحياة ونشاطات ثقافية، حيث أكدت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على أهمية الاستقلال المالي للمرأة؛ فاعادت تأكيد حق المرأة المتساوي في الحصول على القروض المصرفية، والرهن العقاري، والاعتماد التمويلي والمنافع الأسرية. كما أضافت حق كل امرأة في التمتع بالانشطة الرياضة والحياة الثقافية.

المادة 14:

حقوق المرأة الريفية

أبدت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اهتماما خاصا بالمرأة الريفية لأنها عادة ما تعاني عبئاً مضاعفاً،وأكدت على الحقوق التالية:

- حق الاستفادة من التنمية الريفية؛
- وحق المشاركة في المراحل الأولى من التخطيط التنموي؛

- وحق العناية الصحية؛
- وحق الحصول على التدريب الصحيح والتعليم؛
- وحق تنظيم مجموعات المساعدة الذاتية أو التعاونيات من اجل الحصول على فرص عمل؛
- وحق المشاركة في جميع الأنشطة المجتمعية.

ويتعلق آخر بندين في المادة 14 بشكل كبير باحتياجات المرأة الريفية وهي: " الحصول على اعتمادات تمويلية وقروض زراعية، ومرافق للتسويق، وتكنولوجيا ملائمة، ومعاملة متساوية في إصلاح الأراضي والإصلاح الزراعي كما في برامج إعادة التوطين؛ والتمتع بظروف معيشية مناسبة، وخاصة فيما يتعلق بالإسكان، والصرف الصحي، والتزود بالكهرباء والماء، والمواصلات والاتصالات".

الجزء الرابع : (المواد 15– 16)

المادة 15 :

خاصة بالمساواة أمام القانون، تطلب المادة 15 من الدول ضمان المساواة للمرأة والرجل أمام القانون. ويتطلب هذا إعطاء المرأة حقوقاً متساوية "في ابرام العقود، وإدارة الممتلكات، وان تعامل بتساوي أمام جميع المحاكم ومحافل التحكيم" ، ولتنفيذ هذه المادة، ينبغي تعديل وإبطال جميع القوانين والتشريعات الوطنية الهادفة إلى الحد من القدرة القانونية للمرأة. وتعتبر المادة 15 هامة لأن "المرأة في بلدان كثيرة لا تملك حقوق الملكية ذاتها التي يتمتع بها الرجل: فغالبا ما تميز قوانين الملكية التقليدية ضد المرأة من حيث أن الأولاد الذكور فقط هم من يرث أرض العائلة، وأن الأزواج يتولون عند الزواج تلقائياً ملكيات زوجاتهم جميعها"، كما أن بعضاً من الأنظمة القانونية لا تسمح للمرأة بإبرام عقود لوحدها، بل لا بد من توقيع زوجها قبل أن يعتبر العقد ملزما من الناحية القانونية، حتى في الحالات التي تتعلق بملكيتها الخاصة أو بمداخيلها".

ويشير القسم الثاني من المادة 15 إلى حق المرأة في اختيار مكان إقامتها وموطنها بحرية. ويعطي هذا الحق لجميع النساء بمن فيهن "النساء المتزوجات".

المادة 16:

الحقوق المتصلة بالزواج والحياة الأسرية؛

1. الحق في الزواج وفي حرية اختيار الزوج.
2. الحقوق أثناء الزواج وعند فسخه.
3. الحقوق المتعلقة بالوصاية،الولاية والتبني، اللقب العائلي و المهنة.
4. تحديد سن أدنى للزواج،وأهمية تسجيل الزواج،ورفض زواج الاطفال.

هذه المادة هي مادة محورية للاتفاقية وهي القاسم المشترك في تحفظات معظم الدول العربية، كما إنها تمثل أكثر المجالات مقاومة للتغيير.

الجزء الثالث: لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة(سيداو):

الهيكلية:

تم تشكيل لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (اللجنة) بموجب المادة 17(الجزء الخامس من الإتفاقية)،لتكون الجهة المعنية بعملية رصد ومراقبة تفعيل الإتفاقية وذلك **ضمن المعايير التالية:**

- تتكون اللجنة من 23 خبيرا،يتم اختيارهم بالاقتراع السري
- ترشيح الخبراء يتم من قبل الدول بناء على طلب من الامين العام
- يراعى التوزيع الجغرافي عند اختيار الخبراء
- مدة العضوية أربع سنوات،تبدأ في اليوم الاول من كانون الثاني من السنة التالية لانتخابهم
- في حال استقالة أحد الاعضاء قبل انتهاء مدته، يتم ابلاغ الدولة الطرف التي ينتمي اليها العضو المستقيل لترشيح البديل في غضون شهرين ليشغل المنصب للفترة المتبقية من عضوية سلفه
- يحيل الامين العام الاسم الذي تم اختياره مرفقا بالسيرة الذاتية،الى اللجنة للموافقة عليه ومن ثم يتم اخطار الدول الاطراف

مهام لجنة السيداو:

رصد تنفيذ وتفعيل بنود الإتفاقية من خلال؛

1. النظر في التقارير الوطنية.
2. تقديم الملاحظات الختامية حول التقارير الوطنية الدورية.
3. إصدارالتوصيات العامة.
4. النظر في الشكاوي الفردية.
5. التحقيق.

1. **النظر في التقارير الوطنية:**

تتعهد الدول الأطراف بعد انضمامها للاتفاقية، بإبلاغ لجنة إتفاقية سيداو بواسطة تقارير دورية، عن مدى التقدم المحرز باتجاه التدابير التشريعية. القضائية والإدارية وغيرها من أجل إنفاذ أحكام هذه الاتفاقية.

وهذه التقارير الدورية، هي تقارير رسمية تقوم بتحضيرها حكومات الدول الأطراف وتلتزم بتقديمها للأمين العام للأمم المتحدة حسب ما نصت عليه الاتفاقية في المادة 18 منها، وحسب النموذج المقترح من طرف منظمة الأمم المتحدة، **أنواع التقارير:**

التقرير الأولي: وهو تقرير يقدم في السنة الأولى التي تلي تصديق الدولة على الاتفاقية. ويهدف هذا التقرير إلى توضيح الإطار الذي ستدخل فيه الاتفاقية حيز التطبيق، وذلك بتقديم صورة دقيقة وشاملة عن الإطار القانوني السياسي والاجتماعي للدولة، كما يستوجب تقديم وصف اوضاع النساء فيها (مؤشرات محددة تهم جميع الميادين من شأنها أن تكون هي المنطلق لتساعد فيما بعد على قياس التقدم الذي احرز في مختلف الميادين التي ستتطرق لها التقارير الدورية اللاحقة).

التقرير الدوري: هو تقرير تتقدم به الدولة الطرف كل أربع سنوات، يفترض فيه أن يكون أقل تفصيلا من التقرير الأولي، ويمكنه انطلاقا من الوضع الاولي أن يقدم أولا التطور المحرز خلال السنوات الأربع المنصرمة (التدابير التي اتخذت من اجل تفعيل الاتفاقية: الإجراءات التشريعية والقضائية والإدارية وغيرها، والتقدم المحرز في هذا الصدد) وثانيا تشخيصاً لأهم المعيقات (العوامل والعقبات أو الصعوبات) التي تقف في وجه تفعيل مواد الاتفاقية، وثالثاً وأخيراً تحديد الآليات.

تقارير الظل: أو التقارير البديلة أو الموازية، وهذا النوع من التقارير تعده إحدى منظمات المجتمع المدني أو تحالف من منظمات المجتمع المدني،بهدف تزويد لجنة سيداو بمعلومات إضافية، أو معلومات قد تم إغفالها أو حذفها في التقارير الوطنية حول الجهود المبذولة من قبل الحكومات من أجل تنفيذ الإتفاقية، خصوصاً عندما يتم إعداد التقارير الوطنية الدورية بمعزل عن تلك المنظمات

إن تقديم التقارير ليس بتمرين رسمي، وليس بمسألة إجرائية فقط، بل إن الالتزام بتقديمها يبين مدى وفاء الدول بالتزاماتها، مما يسمح للجنة بتقييم مدى ما تحقق من التزامات، وبمراقبة وتحديد وتقييم الاستراتيجيات التي تم اعتمادها الأمر الذي يتيح الفرصة للتقدير الدقيق للمشكلات التي تعيق تطبيق الاتفاقية: مواطن القوة والضعف ولهذا فإن إعداد التقارير تعتبر فرصة لمراجعة القوانين والسياسات والممارسات بهدف تحديد مدى الالتزام بالمعايير التي تنص عليها الاتفاقية ولذلك ***فإن تقديم التقارير يلعب دور القوة وبواسطة هذا النوع من التقارير يمكن للجنة الاتفاقية أن تقيس مدى***:

- الأثر الايجابي الذي نجم عن التزام الدول بتقديم التقارير الدورية حول تطبيق الاتفاقية، من حيث المساهمة في تسليط الضوء على القوانين المجحفة بحق المرأة، وعلى الفجوة القائمة بين النصوص القانونية وتطبيقها؛
- التغير الذي أحدثه الانضمام إلى الاتفاقية على الوضع العام للمرأة ومكانتها في هذه الدول؛
- الصعاب أو المعيقات التي تؤثر على مدى الوفاء بالالتزامات المقررة في هذه الاتفاقية

بموجب المادة 18 من الإتفاقية؛حيث تعقد اللجنة دورات عادية كل سنة، تستغرق كل دورة ثلاثة أسابيع ،تُعقد دورات استثنائية للجنة بقرار من اللجنة أو بناء على طلب دولة طرف في الاتفاقية.تدعو اللجنة في المعتاد ثماني دول أطراف في الاتفاقية الى تقديم تقاريرها كل دورة.تُعطى الافضلية للتقارير المعلقة لمدة طويلة وللتقارير الاولية، ويراعى تحقيق التوازن بين التقارير من حيث العامل الجغرافي،حيث يتم تشكيل فريق عامل لما قبل الدورة من أعضاء لجنة سيداو يتألف من خمسة أشخاص، أحدهم يسمى المقرر القُطري، ويراعى تحقيق توزيع جغرافي متوازن.

تتم مراجعة التقارير الوطنية من قبل الفريق العامل بتنسيق المقرر القُطري،حيث يجتمع الفريق العامل لمدة خمسة أيام في جلسات مغلقة قبل الدورة التي سيجري فيها النظر في التقارير، حيث يتم تحضير قائمة الاسئلة والمسائل.

يمتنع فرادى أعضاء اللجنة عن المشاركة في أي جانب من جوانب النظر في تقارير الدول الذين هم من رعاياها من أجل المحافظة على أعلى مستويات الحياد.

أما المنهجية المتبعة في النظر في التقارير فتتضمن؛

- مراجعة التقرير
- إعداد قائمة بالاسئلة والمسائل المتعلقة بالتقريرُ ترسل الى الدول في غضون أسبوع من إنتهاء الفريق للمراجعة التقرير،للرد عليها في غضون ستة أسابيع.
- ترجمة قائمة الاسئلة والمسائل وردود الدول الأطراف الى لغات الامم المتحدة وتتاح على الموقع الشبكي لمفوضية حقوق الإنسان، ينبغي أن يكون رد الدول دقيقا وقتضباً، وألا يتجاوز الحد الأقصى المسموح به،25-30 صفحة مكتوبة بالبنط 12 والخطTimes New Roman ،مع ترك مسافة واحدة بين السطور، وينبغي أن يقدم في نسخة اليكترونية، ويجوز الحاق عدد محدود من الصفحات الإضافية تقتصر على البيانات الإحصائية.
- الحوار البنّاء(مناقشة التقارير الدورية)،وذلك وفقا لولاية اللجنة المنصوص عليها في المادة 18 من الاتفاقية،تعتزم اللجنة أن يُتخذ نظرها في أي تقرير شكل حوار بناء مع ممثلي الدولة مقدمة التقرير،

والهدف هو تحسين حالة الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية في الدولة المعنية،حيث تكرس اللجنة جلستين مفتوحتين مدة كل منها ثلاث ساعات للنظر في التقارير الأولية.تبدأ الجلسة بتعليقات استهلالية مقدمة من الدولة الطرف على أن لا تتجاوز 30 دقيقة.ثم يبدأ النظر في التقرير الأولي على أساس كل مادة على حدى،باستثناء المواد 1،2،7،8،15،16 حيث ينظر فيها على شكل مجموعات،يطرح الخبراء الأسئلة على شكل مجموعات،يعقبها أجوبة الدولة الطرف،ثم تليها مجموعة أخرى من الاسئلة وهكذا. يمكن للخبراء من لجنة سيداو أن يضمنوا أسئلتهم بشأن المواد 1و 2 أي ملاحظات عامةُ،يستخدم أسلوب النظر في التقارير الأولية أيضا في الحالات التي يكون فيها التقرير الأولي مُدمجاً مع واحدٍ أو أكثر من التقارير الدورية.

بعد أن يدلي عدة خبراء بأسئلة في إطار مجموعة من المجموعات،يفسح المجال للدولة الطرف للرد؛ وتعقب ذلك جولة أخرى من الاسئلة والردود، الى أن تتم تغطية كل المجموعات.

المداخلات من لجنة الخبراء لا تتجاوز مداخلتين أو ثلاثة مداخلات مدة كل منها 3-5 دقائق في إطار كل مجموعة، مع تفادي تكرار الاسئلة.

2. تقديم الملاحظات الختامية حول التقارير الوطنية الدورية.

عام 2008، في الدورة 41 تم اعتماد اسم الملاحظات الختامية بدلا من التعليقات الختامية،والإتفاق على تعيين مقررا بشأن متابعة تنفيذ الملاحظات الختامية تكون ولايته لمدة عام،ووضع ملاحظات ختامية مفصلة مشفوعة بتوصيات محددة قابلة للتحقيق دون أن تكون مُلزمة مع مراعاة إدراج عناوين موضوعية يمكن للدولة الطرف الإستعانة في إعداد تقريرها.

في نهاية الحوار البناء، تعقد لجنة الخبراء جلسة مغلقة للنظر في المسائل الرئيسية التي يجب تناولها في الملاحظات الختامية التي تبديها للدولة المعنية وذلك استناداً الى ملاحظات المقرر القُطري، الذي يعد المشروع الأول للملاحظات الختامية،ومن ثم تضعها اللجنة في صيغتها النهائية في الاجتماعات المغلقة.

تعكس الملاحظات الختامية المسائل التي اتفقت عليها اللجنة ولا تعكس آراء المقرر القُطري للبلد،ولاتُدرج فيها الا المسائل التي أُثيرت خلال الحوار البناء، وموعد التقرير القادم.

تحال الملاحظات الختامية الى الدولة الطرف،فور انتهاء الجلسة، وتُتاح على موقع مفوضية حقوق الإنسان.

العناوين الموضوعية للملاحظات الختامية:

- المقدمة
- مستوى الوفد
- جودة الحوار
- الجوانب الايجابية، دور البرلمان من حيث؛التصديق على الاتفاقية،تنفيذ بنودها،المشاركة في إعداد التقارير ومتابعة الملاحظات الختامية
- مجالات الاهتمام الرئيسية والتوصيات،بحسب ترتيب أهمية المسائل المعينة للبلد الجاري النظر في تقريره
- توصية تطلب نشر الاتفاقية على نطاق واسع في الدولة الطرف، وفقرة بشأن الاستعانة بإعلان ومنهاج عمل بيجين، وإدراج منظور النوع الاجتماعي لتحقيق الأهداف الالفية.

وفي هذا الصدد لا بد من الإشارة إلى أن اللجنة ترحب بالمعلومات التي تصلها من المنظمات غير الحكومية، إلا أنه لا يوجد بمواد الاتفاقية حكم واضح يجيز اعتماد مثل هذه المعلومات، كما أنه ليس للجنة سلطة تقرير ما إذا كانت التحفظات أو لم تكن متنافية مع موضوع الاتفاقية وغرضها الأساسي، كل ما تقوم به هو أنها تشجع الدول الأطراف التي تصر على الإبقاء على تحفظاتها بأن تضعها في أضيق الصيغ الممكنة واكثرها دقة لضمان عدم تعارضها مع أهداف وغايات الاتفاقية ولإبقاء هذه التحفظات قيد المراجعه بهدف سحبها، كما تشجع الدول الأطراف بإنتظام على إعادة النظر في تحفظاتها وسحبها أثناء تقديمها لتقاريرها.

توفر عملية مناقشة التقرير للدولة الطرف من قبل اللجنة منبراً للحوار مع هيئة مستقلة تماما ينحصر همها في تقديم المساعدة البناءة حتى تتمكن الدول الأطراف من الوفاء بإلتزاماتها، ولهذا فإن اللجنة تقترح، توصي، تعرب عن قلقها، ولكنها لا تدين، ولا تقول إن الدولة تنتهك الاتفاقية وإنما تشير إلى الفجوات والثغرات من خلال الملاحظات الختامية.

3. إصدارالتوصيات العامة:

تم إصدار 28 توصية عامة حتى الآن.أول عشرة توصيات أصدرتها اللجنة كانت قصيرة ومقتضبة ومعنية بمحتوى التقارير والتحفظات.في عام 1991/الجلسة العاشرة قررت لجنة سيداو إتباع نهجاً جديداً لإصدار التوصيات العامة بحيث تكون كل توصية على إرتباط وثيق مع إحدى مواد وفقرات الإتفاقية.

أما مراحل إصدار التوصيات العامة فتشمل؛ حوار مفتوح مابين اللجنة والمنظمات غير الحكومية والأطراف الأخرى لإختيار موضوع التوصية.ثم يطلب من أحد أعضاء اللجنة إعداد مسودة التوصية العامة لتتم مناقشتها في الجلسة القادمة خلال إحدى مجموعات العمل.عندما تتم المراجعة يتم إعتماد المسودة النهائية للتوصية العامة ويتم إصدارها.

4. النظر في الشكاوي الفردية:

نظام الشكاوى الفردية إجراء بدأه العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بموجب بروتوكوله الاختياري، والمادة 14 للاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والمادة 22 من اتفاقية مناهضة التعذيب واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بموجب بروتوكولها الاختياري. ويمكن للأفراد الذين تُنتهك حقوقهم – المنصوص عليها في معاهدات حقوق الإنسان المذكورة أعلاه – تقديم شكوى فردية. وبالطبع يجب أن تستوفي الشكوى شروطاً معينة لتقوم اللجان

بمراجعتها. والشروط هي ما يلي: "شكوى غير مغفلة، وشكوى تقع ضمن إختصاص اللجنة، أي أن يتعلق الإنتهاك بحق تصونه المعاهدة ذات الصلة، وشكوى تتعلق إنتهاك ارتكبته دولة طرف في الاتفاقية وكانت قد قبلت أهلية اللجنة لمراجعة الشكاوى الفردية (بموجب الإنضمام للبروتوكول اختياري)، وشكوى لم تقم بمراجعتها منظمة دولية أخرى، وشكوى قامت بمراجعتها السلطات المحلية– مبدأ استنفاذ الحلول ". وعند قبول الشكوى للمراجعة تقوم اللجنة بدراستها بسرية؛ ثم يُتاح للدولة المعنية مدة ستة أشهر للرد كتابة، لتوضيح المسالة واقتراح حل أو حل المسألة. وإذا لم تُحل المسألة تصدر اللجنة وجهات نظرها، وتضمنها تقريرها السنوي إلى الجمعية العمومية. ولأن استنفاد جميع الحلول المحلية شرط مسبق هام لقبول الشكاوى، يمكن الوصول إلى أن هذه الآلية على ما يبدو تحمي سيادة الدولة أكثر مما تضمن حقوق الانسان.

5. التحقيق:

يتعلق هذا الإجراء فقط بمعاهدتين دوليتين لحقوق الإنسان: اتفاقية مناهضة التعذيب (المواد 8 – 10) واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (بروتوكول اختياري). ويمكن لكل من لجنتي هاتين المعاهدتين، بمبادرة خاصة منها، إجراء تحقيقات إذا ما استلمت معلومات موثوقة تتضمن حقائق حول إنتهاكات صارخة للاتفاقيات من قبل دولة طرف. وقد تجري التحقيقات فقط بخضوض الدول الأطراف التي اعترفت بأهلية اللجنة ذات الصلة بهذا الشأن. ويمكن أن تُستبعد الدول الأطراف في البروتوكول الاختياري لإتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أهلية اللجنة بإصدار إعلان بموجب المادة 10. وإذا ما تم إعلان لجنة الاتفاقية أن دولة طرف تقوم بشكل منتظم بانتهاك الاتفاقيات، تقوم هذه اللجنة بدعوة الدول الطرف إلى التعاون وتقديم معلومات وملاحظات عن المسائل المطلوبة. وقد تُقرر اللجنة تعيين شخص ليقوم بتحقيق سري وتقديم تقريراً عاجلاً عن الإنتهاكات التي تم الكشف عنها. وتقضي إجراء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة واتفاقية مناهضة التعذيب أن تجري بموافقة الدول " زيارة مناطق الدولة المعنية، لتقوم

اللجنة بعد ذلك بدراسة النتائج وإحالتها إلى الدولة الطرف مرفقة بأية ملاحظات مناسبة أو اقتراحات/توصيات". وعندئذ يأتي دور الدولة في الرد على ملاحظات اللجنة (يكون لديها عادة مهلة ستة أشهر للرد)، وعند نهاية الإجراء قد يدرج بيان التحقيق في التقرير السنوي المقدم إلى الجمعية العمومية.

بالرغم أن هذا الإجراء يحمي سيادة الدولة، لأن السرية وموافقة الدول أمران ضروريان من أجل المضي في التحقيق، فقد ثبتت فعاليته، لأن الزيارات والتحقيقات تعتبر وسيلة ردع لأية إنتهاكات في حقوق المواطنين.

الجزء الرابع : التحفظات على إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة:

- عرّفت إتفاقية فينا(1969) لقانون المعاهدات المبرمة ،التحفظ في المادة(1/2/د)بأنه إعلان من جانب واحد أي كانت صيغته أو تسميته يصدر عن الدولة،عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو موافقتها أو انضمامها إلى معاهدة ما،وتهدف به إستبعاد الأثر القانوني أو تعديله لأحكام معينة في المعاهدات من حيث سريانها على هذه الدولة،ويُعرّف أيضاً أنه تصريح صادر عن إحدى الدول المشتركة في معاهدو ما،تُعرب فيه عن رغباتها عن عدم التقيد في أحد أحكامها أو تعديل مرماه أو جلاء ما يكتنف من غموض، وهو يُعد شذوذاً عن القاعدة العامة المبينة في المعاهدة ويتم التحفظ بشكل قرار تفسيري. والمقصود بالتحفظات من حيث المبدأ ،أن تستخدم مؤقتاً فقط عندما تكون الدول غير قادرة على إعمال مادة من مواد معاهدة ما.

- المادة 19 من اتفاقية فيينا حول قانون المعاهدات لعام 1969 التي وإن أجازت للدول عند انضمامها إلى معاهدة ما إبداء تحفظات، إلا أنها اشترطت ألا يكون أي تحفظ منها منافيا لموضوع الاتفاقية وغرضها كما أن المادة 21 من هذه الاتفاقية تؤكد على عدم سريان

التحفظات، وعلى أنه ليس لها أي أثر في القانون الدولي.وهذا ما أكدت عليه الفقرة الثانية من المادة 28 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة ، والتي تنص على: "لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها".

- الدول العربية التي تحفظت على المواد السابقة من إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)– وخاصة المادة السادسة عشر – لم تتحفظ على المادة الخامسة والمادة الرابعة والعشرين من نفس الإتفاقية، و التي تنص على انه: "تتعهد الدول الأطراف باتخاذ جميع ما يلزم من تدابير على الصعيد الوطني تستهدف تحقيق الأعمال الكاملة للحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية" فكيف يمكن لهذه الدول الموائمة بين تحفظها على المواد (2،7،9،15،16) من جهة والوفاء بالتزاماتها بمقتضيات المادتين الخامسة والرابعة والعشرين من الإتفاقية؟
- تحفظات الدول العربية على سيداو تتعارض مع الوفاء بالتزاماتها في تطبيق معاهدات أخرى انضمت إليها سابقاً ؛ "الشرعة الدولية لحقوق الإنسان" إذ إن معظم الدول العربية المنضمة إلى سيداو قد سبق لها المصادقة على العهد الدولي الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية وأصبحت بذلك مطالبة بتطبيق جميع مقتضياته خاصة أنها لم تتحفظ على المادة 23 منه، والتي تنص على المساواة بين الجنسين داخل الأسرة.
- المادة 27 من اتفاقية فيينا لا تجيز لطرف في المعاهدة ان يتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذ أحكام إتفاقية تم الإنضمام اليها.
- معظم الدساتير العربية، تنص على المساواة بين الرجال والنساء/المواطنين أمام القانون وإذا كانت مقتضيات القوانين الوطنية المعمول بها الدول العربية سبباً لإبداء التحفظات على هذه الاتفاقية، فإنها بذلك تعتبر مخالفة للمقتضيات الدستورية لتلك البلد، ومن ثم فهي قوانين غير دستورية،(أي أن البلاد العربية تخالف دساتيرها).

- عدد الدول الأطراف في الإتفاقية بلغ 186 دولة،منها الدول العربية بإستثناء السودان والصومال.وهناك 98 دولة وقعت على البروتوكول الاختياري،منها تونس وليبيا.
- تاريخ الانضمام او التصديق على الإتفاقية متفاوت بين الدول العربية 1981-2009
- الدول الأطراف في هذه الاتفاقية عامة ضمنت وثائق مصادقتها على هذه الاتفاقية الكثير من التحفظات (العامة والخاصة) على موادها وبنودها.

والملفات للنظر أن عدد هذه التحفظات تجاوز ما أبدي من تحفظات على الاتفاقيات الأخرى لحقوق الإنسان، أو بصيغة أخرى أن هذه الاتفاقية كانت موضعاً للتحفظات أكثر من أي اتفاقية دولية أخرى.

بشكل عام ،بلغ عدد الدول التي أبدت تحفظات على إحدى مواد و/أو فقرات الاتفاقية 58 دولة،أي ما نسبته ربع عدد الدول الأطراف.والمادة 29 فقرة 1 كانت أكثر المواد التي أبدت الدول المختلفة تحفظاً عليها وهي المعنية بالتحكيم بين الاطراف المتنازعة.

التحفظات التي أبدتها معظم الدول العربية – التي انضمت إلى هذه الاتفاقية –تتعلق بمواد ستة أساسية وجوهرية ومحورية من الاتفاقية: بعضها يتصل بالمسائل الإجرائية في الأساس (المادة2)،منها يتصل بالأساسيات (المواد 7 و 9 و 15 و 16).بعض الدول العربية رفعت التحفظ التي كانت قد أبدته حين الإنضمام الى الإتفاقية،مثل الكويت رفعت التحفظ عل المادة 7،المتعلقة بالمشاركة بالحياة السياسية والعامة، والمملكة الأردنية الهاشمية رفعت التحفظ على الفقرة الرابعة من المادة 15 والمتعلقة بحرية الحركة والتنقل.

وقد أعربت لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في إحدى توصياتها العامة وبعد دراستها لتقارير مقدمة من الدول الأطراف "عن قلقها إزاء العدد الكبير من التحفظات التي بدا أنها لا تتناسب مع موضوع وغايات الاتفاقية".

الجزء الخامس : البرتوكول الاختياري الملحق بإتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد

المرأة

اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 4 الدورة الرابعة والخمسون بتاريخ 9 أكتوبر 1999،يؤكد، مجددا، الإيمان بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الإنسان وقيمته، وبالحقوق المتساوية للرجال والنساء،والتصميم على ضمان تمتع المرأة، بشكل تام وعلى قدم المساواة، بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وعلى اتخاذ إجراءات فعالة لمنع أي انتهاكات لهذه الحقوق والحريات.

يتكون من عشرين مادة، تُمنح بموجبها الصلاحيات للجنة القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة بتلقي الشكاوي والتبليغات من الأفراد أو المجموعات ، أو نيابة عنهم، بموجب الولاية القضائية للدولة الطرف، والتي يزعمون فيها أنهم ضحايا لانتهاك أي من الحقوق الواردة في الاتفاقية على يدي تلك الدولة الطرف. تقر الدولة الطرف في هذا البروتوكول باختصاص اللجنة الخاصة بالقضاء على التمييز ضد المرأة في تلقي التبليغات المقدمة لها والنظر فيها.

وتوضح مواد البروتوكول آلية اجراء التحقيق والشروط الواجب استيفاءها للنظر في الشكوى.

كما أنه لا يسمح بإبداء أي تحفظات على هذا البروتوكول.إلا أنه يجوز لأي دولة طرف أن تقترح إجراء تعديل على هذا البروتوكول، وأن تودعه لدى الأمين العام للأمم المتحدة. ويقوم الأمين العام، بناء على ذلك، بإبلاغ الدول الأطراف بأي تعديلات مقترحة، طالبا منها إخطاره بما إذا كانت تحبذ عقد مؤتمر للدول الأطراف بغية دراسة الاقتراح، والتصويت عليه. وفي حال اختيار ما لا يقل عن ثلث الدول الأطراف عقد مثل هذا المؤتمر، يدعو الأمين العام إلى عقده تحت رعاية الأمم المتحدة. ويقدم أي تعديل تعتمده أغلبية الدول الأطراف التي تحضر المؤتمر، وتدلي بصوتها فيه، إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة لإقراره.

يسري مفعول التعديلات عندما تقرها الجمعية العامة للأمم المتحدة، وتقبل بها الدول الأطراف في هذا البروتوكول بأغلبية الثلثين، وفقا للعمليات الدستورية في كل منها، وتصبح التعليمات ملزمة للدول

الأطراف التي قبلت بها،بينما تظل الدول الأطراف الأخرى ملزمة بأحكام هذا البروتوكول، وأي تعديلات سابقة تكون قد قبلت بها.

يجوز لأي دولة طرف أن تبدي رغبتها في نبذ هذا البروتوكول، في أي وقت، بموجب إشعار خطي موجه إلى الأمين العام للأمم المتحدة. ويسري مفعول الانسحاب من البروتوكول بعد ستة أشهر من تاريخ تلقي الإشعار من قبل الأمين العام، مع استمرار تطبيق أحكامه على أي تبليغ قُدم ، أو أي تحقيقُ بوشر فيه ، قبل تاريخ سريان مفعول الانسحاب الرسمي.

الجزء السادس: موائمة التشريعات الوطنية مع بنود إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة

واكب تصديق الدول العربية(1982-2009) على إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة،المؤتمرات الدولية المعنية بحقوق الإنسان بشكل عام وحقوق المرأة بشكل خاص إضافة إلى إعلان الألفية ،مما أدى إلى ممأسسة العمل على تحقيق المساواة وتعزيز العمل على الإلتزام بتحقيق تكافؤ الفرص بين الجنسين ،ومن هذه المؤتمرات على سبيل المثال لا الحصر:

- مؤتمر القاهرة للتنمية والسكان 1995، والذي انطلق من خمسة عشر من المباديء المنادية بإحترام حقوق الإنسان وحقه في حياة كريمة وتمتعه بالحريات و مكتسبات التنمية، وجاء برنامج العمل المنبثق عن المؤتمر والذي التزمت به 179 دولة إطارً عاماً للسياسات الواجب إتخذها من أجل تحقيق أهداف المؤتمر الرامية الى تحقيق المساواة بين الجنسين وخفض الفقر والتعليم والتمتع بالصحة الانجابية وخلق فرص العمل.
- المؤتمر الدولي الرابع للمرأة (بيجين)1994، وإعلان بيجين ومنهاج العمل المنبثق عنه بمحاوره الإثني عشر التي شملت قضايا مثل التعليم والمشاركة الإقتصادية والصحة الإنجابية والنزاعات المسلحة وغيرها، إضافة الى الدعوة بضرورة تأسيس آليات وطنية معنية بقضايا المرأة والعمل على متابعة التقدم المحرز في تحقيق تكافؤ الفرص والعدالة النوعية.

➢ إعلان الألفية 2000، والأهداف التنموية الثمانية التي انبثقت عنه والمتعلقة بالتعليم والفقر والصحة والمساواة بين الجنسين وغيرها.

تكمن أهمية هذه المؤتمرات في إلتزام الدول بتحقيق الأهداف الواردة في كل منها، والتزام الدول بتقديم التقارير حول التقدم المحرز في إنجاز تلك الأهداف، عن طريق تطوير وتبني السياسات المناسبة وتنفيذ البرامج المحققة للأهداف المنشودة.

ففي هذا المجال إتخذت الدول اجراءات تهدف إلى:

* إنشاء آليات وطنية معنية بقضايا المرأة، والتي- وإن إتخذت هياكل مؤسسية تختلف من دولة الى أخرى- أسهمت في مأسسة العمل على تحقيق تكافؤ الفرص وتحقيق المساواة على مستوى صنع السياسات وتنفيذ البرامج.
* مراجعة التشريعات الوطنية المميزة ضد المرأة وتعديلها بما يتوافق مع المواثيق الدولية، إضافة الى تقديم مقترحات لقوانين من شأنها تحقيق تكافؤ الفرص و مراعية للنوع الإجتماعي، وفي هذه المجال تم تعديل قوانين العمل في معظم الدول العربية، وقوانين العقوبات والإنتخاب والأحوال الشخصية مثل رفع سن الزواج وقوانين جوازات السفر والجنسية في بعض الدول، وتم تبني قوانين جديدة مثل مكافحة الإتجار بالبشر ومناهضة العنف الأسري و قانون تسليف النفقة، ولا تزال الآليات الوطنية المعنية بقضايا المرأة في الدول العربية تبذل الجهود الرامية الى تحقيق المزيد من الإنجازات في هذا المجال.
* توفير المساعدة المجانية القانونية والتأهيل النفسي وتوفير المأوى للنساء ضحايا العنف.
* زيادة الإهتمام بتوفير الإحصاءات المصنفة على أساس الجنس، وهذا أدى الى بناء قدرات الآليات الموسيسية المعنية بالإحصاءات الرسمية.
* الإلتزام بإعداد التقارير الوطنية الدورية المتعلقة بالمعاهدات والإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة.

- رفع التحفظات عن بعض الفقرات التي تم التحفظ عليها عند التصديق على إتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة،مثل حق الترشيح والإنتخاب، منح المرأةالجنسية لزوجها وأطفالها،التنقل.
- تخصيص الموازانات لتنفيذ البرامج الرامية إلى تحقيق تكافؤ الفرص والمساواة.
- أخذ التدابير الخاصة مثل الكوتا من أجل تعزيز مشاركة المرأة السياسية، إضافة الى زيادة نسبة تعيين النساء في مواقع صنع القرار.

الفهرس

الفهـــرس

البسملـة.

التشكـرات.

المقدمـــــة.

الفصل الأول: المبادئ العامة لحرية الزواج في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

تمهيد.....02

المبحث الأول: مفهوم الولاية في الزواج.....03

المطلب الأول:تعريف الولاية في الزواج.....03

الفرع الأول:الولاية في اللغة.....03

الفرع الثاني: الولاية شرعا.....04

المطلب الثاني:أدلة مشروعيتها.....04

الفرع الأول: من الكتاب.....05

الفرع الثاني: من السنة.....05

المطلب الثالث : أقسام الولاية 06

الفرع الأول:ولاية الإجبار.....06

الفرع الثاني:ولاية الإختيار.....07

المبحث الثاني : موقف الفقه الإسلامي من الولي في عقد النكاح.....08

المطلب الأول : القائلين باشتراط الولي في الزواج و أدلتهم.....08

الفرع الأول :أدلتهم من الكتاب.....08

الفرع الثاني :أدلتهم من السنة.....12

المطلب الثاني : القائلين بعدم اشتراط الولي في الزواج و أدلتهم.....15

الفرع الأول :أدلتهم من الكتاب.....16

الفرع الثاني :أدلتهم من السنة.....18

المطلب الثالث:شروط الولي في الشريعة الإسلامية.....21

الفرع الأول:الشروط المتفق عليها.....22

الفرع الثاني:الشروط المختلف فيها.....22
المبحث الثالث: الولي في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري.....26
المطلب الأول : الولي في عقد النكاح ضمن قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84.....26
المطلب الثاني: الولي في عقد النكاح ضمن قانون الأسرة الجزائري رقم 02/05.....29
خلاصة الفصل.....33
الفصل الثاني : الإطار القانوني لإتفاقية سيداو و آثارهـا على القانون الجزائـري
تمهيد.....35
المبحث الأول:دراسة تأصيلية فقهية و قانونية لإتفاقية سيداو.....36
المطلب الأول:التطور التاريخي لإتفاقية سيداو.....36
الفرع الأول : إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة 1976.....36
الفرع الثاني : ماهية إتفاقية سيداو.....38
المطلب الثاني:مضمون إتفاقية سيداو.....40
الفرع الأول : النصوص و القواعد الأساسية للإتفاقية.....40
الفرع الثاني : آلية عمل الإتفاقية.....44
المبحث الثاني:موقف القانون الجزائري من إتفاقية سيداو.....48
المطلب الأول:مصادقة الجزائر على الإتفاقية.....48
الفرع الأول : التصديق كوسيلة لقبول الإلتزام بالإتفاقية في القانون الداخلي الجزائري.....48
الفرع الثاني : واجب تضمين التشريعات الداخلية بنصوص الإتفاقية.....50
المطلب الثاني:التحفظات الجزائرية على إتفاقية سيداو.....55
الفرع الأول : الأسس القانونية للتحفظ.....55
الفرع الثاني : مضمون التحفظات.....56
خاتمة.....66
قائمة المصادر و المراجع.....69
الملاحق.....75
الفهرس.....99