الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جـــــامعة أدرار
كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية

قســـــم: الشريعـــة

صور المساواة بين الرجل و المرأة في قانون الأسرة الجزائري

دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية
تخصص: شريعـــة و قـــانـــون

إعداد الطالبة:
بن زيد فاطنة

تحت إشراف:
الدكتور المصري مبروك

لجنة المناقشة:

1. **أ.د.اسطنبولي محمد .....أستاذ التعليم العالي.....رئيسا**
2. **د. المصري مبروك.....أستاذ محاضر .....مشرفا و مقررا**
3. **أ.د. بن شويخ الرشيد .....أستاذ التعليم العالي.....مناقشا**
4. **د. بن زيطة أحميدة.....أستاذ مساعد .....مناقشا**

تاريخ المناقشة: 2009/06/06

السنة الجامعية: 1429-1430هـ / 2008-2009 م

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا﴾

[النساء: 01]

إهداء

- إلى من حملتني وهناً على وهن، و سهرت على تربيتي و كانت السند و المشجع الأول لي على طلب العلم: والدتي الحبيبة جزاها الله عني و عن إخوتي خير ما جزى والدة عن ولدها.
- إلى من وفر لي كل الأسباب و أمدني بكل ما أحتاجه في سبيل العلم، والدي الحبيب أطال الله في عمره و متعه بالصحة و العافية.
- إلى إخوتي جميعاً خاصة: بحوص، جمانة، هاجر، أسماء، خديجة.
- إلى كل من كان له الفضل في تعليمي و لو حرفاً، من المرحلة الابتدائية و حتى مرحلة الماجستير.

إلى هؤلاء جميعاً أهدي ثمرة جهدي في هذا البحث.

شكر و تقدير

أحمد الله حمداً يليق بجلال وجهه و عظيم سلطانه على أن وفقني لإتمام هذا البحث.

ثم أتقدم بالشكر لأولئك الذين ساعدوني طوال مسيرتي في هذا البحث و على رأسهم الأستاذ المشرف: **الدكتور المصري مبروك** على جميع ما قدمه لي من توجيهات وتوضيحات في الموضوع و ما أمدني به من مراجع، فجزاه الله عني خير الجزاء. كما أخص بالشكر الأخت **قريدة سلطانة** على ما تحملته معي من متاعب في كتابة هذا البحث، و قد كان لها الفضل في إخراجه بهذا الشكل.

مقدمـــة

مقدمـــة

تحديد الموضوع:

حازت المرأة في العصر الحاضر، عناية الكثير من المفكرين و الفلاسفة و رجال القانون، حيث تعالت الأصوات مطالبةً بحقوق المرأة و وجوب المساواة بينها و بين الرجل، فكانت نتيجة هذه المطالبات على المستوى الدولي، إبرام العديد من الاتفاقيات الرامية إلى المساواة بين الجنسين من أبرزها: الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979م.

و قد انضمت الجزائر إلى تلك الاتفاقيات، مع التحفظ على البعض من موادها خاصة تلك التي توجب المساواة بين الرجل و المرأة في مسائل الأسرة.

إلا أن المشرع الجزائري سعى مؤخراً إلى رفع ذلك التحفظ، وتعديل منظومته التشريعية بما يتوافق و أحكام تلك الاتفاقيات، و في هذا الإطار تم إصدار قانون الأسرة المعدَّل **الأمر رقم 05-02**[1]. حيث تمثلت أهداف هذا الأمر حسب ما تم إعلانه، في:

"- الاستجابة لتطلعات التغيير المعلن عنها من قبل العديد من شرائح المجتمع،

- الانسجام مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف بلادنا، لاسيما تلك المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل."[2]

---

[1] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فبراير 2005م المعدّل و المتمِّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق 9 جوان 1984 و المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005 المؤرخة في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م. و قد تم إقراره من طرف البرلمان بموجب القانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426هـ الموافق 4 ماي 2005، الجريدة الرسمية رقم 43 لسنة 2005 المؤرخة في 15 جمادى الأولى 1426هـ الموافق 22 جوان 2005م.

[2] أهداف الأمر و مضمونه، منشورة في موقع المجلس الشعبي الوطني (لجنة الشؤون القانونية والإدارية و الحريات).WWW.apn-dz.org/arabic/projets-lois-comme/Juridique htm

تاريخ الزيارة: 2005/08/31.

و بالرجوع إلى مواد قانون الأسرة المعدَّل، نجد أن معظمها تتعلق بمسائل طالما اعتبرت في نظر معارضي قانون الأسرة - من رجال قانون و جمعيات نسوية - تشكل مساسا بمبدأ المساواة بين الرجل و المرأة المنبثق عن مبدأ المساواة بين المواطنين المنصوص عليه في الدستور، بما يشير إشارة واضحة أن القانون الجديد جاء أساسا ليعدل أحكام قانون الأسرة القديم بما يحقق المساواة بين الرجل و المرأة.

و قد ارتأيت دراسة الأحكام التي جاء بها قانون الأسرة المعدَّل (الأمر 05-02)، وبالتحديد تلك التي ساوى فيها المشرع بين الرجل و المرأة، و عملي في هذا البحث يتمثل في بيان الأحكام التي تشكل صوراً للمساواة بين الرجل و المرأة و بحث موقف الشريعة من هذه المساواة.

أهمية الموضوع:

يكتسي بحث موضوع المساواة في قانون الأسرة المعدَّل أهمية بالغة، نظراً لكون المساواة هي الفلسفة التي انطلق منها واضعو القانون المعدَّل، و بنوا عليها أحكام هذا القانون، فكان لابد من دراسة تلك المساواة لإدراك حقيقتها و معرفة أبعادها، و موقف الشريعة منها باعتبارها المصدر الأول لقانون الأسرة.

أسباب اختيار الموضوع:

لقد دفعني إلى اختيار هذا الموضوع أسباباً عديدة أهمها:

1. اهتمامي بقانون الأسرة المعدَّل، و رغبتي في الاطلاع على ما تضمنه من أحكام.
2. ما يثار دائماً حول الإسلام، من شبهة ظلم المرأة و الإجحاف بحقها خاصة في أحكام الأسرة، وضرورة الرد عليها بأسلوب علمي هادئ يظهر حقيقة أحكام هذا الدين.

3. ما شهده صدور قانون الأسرة المعدَّل من ضجة كبيرة، و ما أثاره من جدل و نقاش واسع حول مدى مطابقته للشريعة، و ما أشيع من أنه مجرد صدى للاتفاقيات الدولية.

إشكال البحث:

إن هذا البحث يدور حول إشكالين رئيسين هما:
فيما تتجلى صور المساواة بين الرجل و المرأة في قانون الأسرة المعدَّل؟ و ما مدى موافقتها للشريعة الإسلامية؟

الدراسات السابقة:

إن الدراسات تكاد تنعدم في شرح قانون الأسرة المعدَّل، ناهيك عن أن توجد في بحث جانب المساواة فيه، حيث لم أعثر إلا على ثلاثة كتب حول هذا القانون و تتمثل هذه الكتب في:

- الوجيز في شرح قانون الأسرة المعدَّل للأستاذ عبد القادر بن داود.
- شرح وجيز لقانون الأسرة المعدَّل للأستاذ فضيل العيش.
- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للدكتور عبد القادر داودي.

و حتى هذه الكتب الثلاثة، فإنه يؤخذ عليها الاقتضاب و الاختصار الشديد في شرح أحكام القانون، بل و تغفل الحديث عن العديد من المسائل الواردة في القانون المعدَّل.

أهداف البحث:

لقد سعيت من خلال هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية :

1. محاولة الخروج بالمفهوم الصحيح للمساواة بين الرجل و المرأة في أحكام الأسرة، و الذي يحقق فعلا مصلحة المرأة.
2. المساهمة في رد شبهة اللامساواة بين الرجل و المرأة في أحكام الأسرة المثارة ضد الإسلام، والكشف عما تحمله أحكامه في مجال الأسرة من حِكَم و مقاصد.
3. المساهمة في شرح أحكام قانون الأسرة المعدَّل.

الصعوبات و العراقيل:

إن أبرز صعوبة واجهتني في هذه البحث، هي ندرة المراجع التي تتناول التعديلات الجديدة في قانون الأسرة الجزائري، مما جعلني أجتهد برأيي في شرح العديد من الأحكام التي تضمنها القانون الجديد.

منهج البحث:

إن عملي في هذا البحث، إنصب حول دراسة الأحكام التي ساوى فيها المشرع بين الرجل و المرأة في قانون الأسرة المعدَّل بتحليلها و بيان وجه المساواة فيها ثم مقارنتها مع ما تضمنته الشريعة الإسلامية. و لذلك فقد غلب على هذا البحث المنهج التحليلي المقارن.

خطة البحث:

لقد سلكت في دراستي لهذا الموضوع خطة إجمالية مكونة مما يلي:

مقـدمة

الفصل التمهيدي: مفهوم المساواة عموما

المبحث الأول: معنى المساواة في اللغة

المبحث الثاني: مفهوم المساواة عند الفلاسفة

المبحث الثالث: مفهوم المساواة في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية

الفصل الأول: صور المساواة بين الرجل و المرأة في مسائل الخطبة و الزواج

المبحث الأول: المساواة في آثار العدول عن الخطبة

المبحث الثاني: المساواة في سن الزواج

المبحث الثالث: المساواة في ولاية التزويج

المبحث الرابع: المساواة في الحقوق و الواجبات الزوجية

الفصل الثاني: صور المساواة بين الرجل و المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية وآثاره

المبحث الأول: وقوع الخلع دون اشتراط رضى الزوج

المبحث الثاني: المساواة في الولاية المالية على الأولاد في حالة الطلاق

خـاتمة

الفصل التمهيدي

مفهوم المساواة عموما

المبحث الأول: معنى المساواة في اللغة
المبحث الثاني: مفهوم المساواة عند الفلاسفة
المبحث الثالث: مفهوم المساواة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

الفصل التمهيدي: مفهوم المساواة عموما

قبل الدخول في بحث صور المساواة بين الرجل و المرأة الواردة في قانون الأسرة المعدَّل، فإنه من المفيد الاطلاع أولا على مفهوم المساواة بشكل عام، و الذي يقتضي التعرف على المعنى اللغوي لكلمة المساواة، ثم دراسة التطور التاريخي لمفهوم المساواة عند الفلاسفة، وأخيرا بحث مفهوم المساواة في كل من القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية؛ علما أن لهذا الأخير الانعكاس المباشر على مفهوم المساواة في مسائل الأسرة في كل من التشريعين.

المبحث الأول: معنى المساواة في اللغة

المُسَاوَاةُ: مصدر الفعل (سَاوَى)، سَاوَى الشَّيءُ الشَّيءَ: مَاثَلَهُ وعَادَلَهُ.

جاء في المصباح المنير: " سَاوَاهُ مُسَاواةً مَاثَلَهُ وعَادَلَهُ قَدْراً أو قِيمَة، و مِنْه قَوْلُهم هَذا يُسَاوي دِرْهَماً أَيْ تُعَادِلُ قِيْمتُهُ دِرْهَما."[1]

و في لسان العرب: " سَاوَى الشَّيءُ الشَّيءَ إذا عَادَلَه." [2]

و في القاموس المحيط: " اسْتَوَيا و تَسَاوَيا: تَمَاثلا." [3]

و في تاج العروس: " سَاوَيْتُ هَذا بِذَاك، إذا رَفَعْتُهُ حتى بَلَغَ قَدْره و مَبْلَغَه." [4]

و من ذلك يمكن القول بأن المساواة تعني: المُمَاثَلَة و المعادلة.

قال الراغب الأصفهاني:" المُسَاوَاةُ: المُعَادَلَةُ المُعْتَبَرَةُ بالذّرْعِ و الوَزْنِ و الكَيْل، يقال هذا ثَوْبُ مُسَاوٍ لِذَاكَ الثَّوب." [5]

و الملاحظ أن لفظة المساواة كمصدر للفعل (سَاوَى) قليلة التردد في كتب اللغة، أما المصدر الكثير التردد فهو (السَّوَاء) و يعني: المِثْل[6] ، و جَمْعُهُ: أَسْوَاءٌ و سَوَاسِيَةٌ وسَوَاسٍ وسَوَاسِوَة. [7]

كما أن لكلمة "السَّوَاء" معانٍ أخرى أشهرها:

---

(1) الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، كتاب السين، مادة (س وى)، ج1، ص298.

(2) ابن منظور، **لسان العرب**، حرف الواو و الياء، مادة (سوا)، المج 14، ص410.

(3) الفيروزآبادي، **القاموس المحيط** ، فصل السين، ص1167.

(4) الزبيدي، **تاج العروس**، باب الواو و الياء، فصل السين، ج10، ص187.

(5) الراغب الأصفهاني، **المفردات في غريب القرآن**، كتاب السين، ج1، ص251.

(6) الفيروزآبادي، **القاموس المحيط** ، فصل السين، ص1167؛ ابن منظور، **لسان العرب**، حرف الواو والياء، مادة (سوا)، المج 14، ص408.

(7) الفيروزآبادي، **القاموس المحيط** ، فصل السين، ص1167.

- العَــدْل و النَّصَـفَة[1] و منــه قولــه تعــالى:﴿ قُلْ يَـٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَـٰبِ تَعَالَوْا۟ إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَآءٍۭ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ ﴾[آل عمران: 64]

- الوَسَط[2]، و منه قوله تعالى: ﴿ فَٱطَّلَعَ فَرَءَاهُ فِى سَوَآءِ ٱلْجَحِيمِ ﴾ [الصافات: 55]

---

[1] ابن منظور، **لسان العرب**، حرف الواو والياء، مادة (سوا)، المج 14، ص412؛ الفيروزآبادي، **القاموس المحيط** ، فصل السين، ص1167.

[2] الفيروزآبادي، **القاموس المحيط** ، فصل السين، ص1167؛ الجوهري، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية**، حرف السين، مادة (سوا)، ج6 ، ص2384.

المبحث الثاني: مفهوم المساواة عند الفلاسفة

تعد المساواة إحدى المباحث الفلسفية الكبرى التي أثارت جدلاً كبيراً بين الفلاسفة بشأن تحديد مفهومها، و لقد كان للمفهوم الفلسفي للمساواة في مختلف العصور أثره الكبير على القوانين الوضعية، ولذلك كان من الواجب التطرق لهذا المفهوم و نحن بصدد دراسة موضوع المساواة.

مع الإشارة إلى أنني سأركز فقط على أبرز الآراء الفلسفية حول المساواة؛ بدءاً بالفلاسفة اليونان وانتهاءً بفلاسفة العصر الحديث.

المطلب الأول: مفهوم المساواة عند الفلاسفة اليونان

آمن الفلاسفة اليونان بوجوب المساواة بين الأفراد كأساس للحكم العادل، إلا أن مفهوم المساواة عند غالبيتهم، تحدّد بالمساواة بين المواطنين(الذكور الأحرار ذوو الأصول اليونانية) أما باقي المجتمع والمتمثلين في: الأجانب و العبيد؛ فيخرجون عن نطاق هذه المساواة، و يُعدّون مجرد طبقة عاملة وظيفتها الإنتاج و إشباع الحاجات الضرورية للمجتمع اليوناني، فهم وحدهم من يمارسون التجارة و الصناعة و زراعة الأرض، أما اليونانيون فينبغي عليهم الاشتغال فقط بالفن و الأدب و السياسة و تنمية قدراتهم العقلية و الجسمية.[1]

و قد أرجع هؤلاء الفلاسفة هذا التقسيم إلى الطبيعة أو التركيبة الإنسانية لكل طبقة، حيث زعموا أن اليونانيين من طبيعة رفيعة وقد وهِبُوا فِكْراً و إرادة، أما غيرهم فقد خلقوا أجساماً دون عقول؛ تسيطر عليهم الشهوة و إشباع الغرائز و حب المادة فهم يحملون طبيعة دنيئة. و هذه هي نظرة كبار الفلاسفة و على رأسهم أفلاطون و أرسطو.

---

[1] إمام عبد الفتاح إمام، **أفلاطون و المرأة**، مكتبة مدبولي، (بدون بلد نشر)، 1996، ص59 ،60 ،66 ؛ السيد عبد الحميد فودة، **حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية و الشريعة الإسلامية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية: 2003، ص.22

أما النساء - بما فيهن اليونانيات - فقد خرجن أيضا من نطاق المساواة، حيث استبعدهن أرسطو من المشاركة في شؤون الحياة العامة بحجة " أن الطبيعة لم تزود المرأة بأي استعداد عقلي يعتد به، لذلك كان من الواجب عنده أن يقتصر عملها على تدبير شؤون المنزل و القيام بمهام الحضانة والأمومة." [1]

و عند أفلاطون ظلت المرأة إحدى ممتلكات الرجل؛ و ارتبط وضعها دائماً بوضع الملكيـة الخاصة، فحين حرّم الملكية في كتابه "الجمهورية"، و أحل محلها الشيوع في الأموال و النساء و الأطفال؛ مما ترتب عنه زوال الأسرة و زوال معها وظيفة المرأة كزوجة و أم، حينها ساوى أفلاطون المرأة بالرجل، و أجاز لها أن تتولى جميع الوظائف التي يتولاها، بشرط أن تتخلص من خصائصها الأنثوية من عاطفة و حنان؛ وتكتسب الصفات الرجولية كالقدرة على القتال و المشاركة في المعارك و القيام بالتدريبات العسكرية تماماً كالرجال. وبالتالي فهو لم يساو المرأة(كأنثى) بالرجل ؛ بل ساواها به لما صارت رجلاً مثله.[2]

أما حين عاد و أجاز الملكية في كتابه "القوانين"، فقد عادت المرأة كما كانت إحدى أوجه الملكية، واعتبرها قاصراً طوال حياتها، فجعلها تحت وصاية الأب الذي يتولى عنها جميع شؤونها بما في ذلك اختيار الزوج المناسب و إبرام عقد الزواج، لتصبح تحت وصاية الزوج، فوصاية أحد أبنائها إذا ترمَّلت، كما حَرَمَها الميراث؛ فالأب هو الذي يعين من يرثه في وصية واجبة؛ على أن يكون الوارث أحد أبنائه الذكور، فإن لم يكن له أبناء ذكور، فعليه أن يختار- في وصيته - أحد المواطنين زوجاًً لابنته ليصير وريثاً له. [3]

---

[1] السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 22.

[2] إمام عبد الفتاح إمام، مرجع سابق، ص 78،79،81.

[3] المرجع نفسه، ص 98،102،103.

و على خلاف فكر أفلاطون و أرسطو التمييزي، ناد أصحاب المدرسة الرواقية بالمساواة كحق طبيعي للجميع، و عرفوه بأنه حق نشدان الفضيلة التي لا ينبغي أن تمنع عن أحد. [1] كما آمنوا بمبدأ الأخوة العالمية ودعوا إلى إلغاء تعدد الدول و إنشاء دولة عالمية واحدة تضم كامل الجنس البشري. [2]

إلا أن صدى المدرسة الرواقية ظل محدوداً بالمقارنة مع الأصوات التمييزية الكثيرة؛ والتي كانت تقصر المساواة في: مساواة المواطن بالمواطن(اليوناني باليوناني).

المطلب الثاني: مفهوم المساواة عند فلاسفة القرون الوسطى

لقد كان للديانة المسيحية دوراً بارزاً في تحرير البشر والارتفاع بهم عن الأحقاد والمصالح الدنيوية، حيث دعت تعاليمها إلى المساواة بين الناس و إلى ضرورة التعامل فيما بينهم على أساس المحبة و الإخاء و التسامح.[3]

إلا أنه مع مرور الزمن تم تحريف الكثير من التعاليم المسيحية؛ من قبل رجال الكنيسة و فلاسفتها، الذين انحازوا إلى الملوك و تحالفوا معهم، فكان من مقتضيات هذا التحالف؛ التزام رجال الكنيسة بالتنظير لما يخدم مصالح الملوك و يكرس سلطانهم. فكانت النتيجة غياب كل المفاهيم التي تشكل حقوقاً للرعية بما في ذلك مفهوم المساواة، و سواد فلسفة الواجبات وعلى رأسها واجب الطاعة المطلقة، الذي يقضي بطاعة الرعية للملك وطاعة العبد لسيده و طاعة المرأة لزوجها؛ كطاعة الإله. [4]

و بالتالي فقد غابت المساواة حتى في أوساط الرجال، فما بالك بالنساء.

---

[1] عبد المنعم الحنفي، **الموسوعة الفلسفية**، دار المعارف، سوسة ـ تونس: 1992، ص432.

[2] السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص25.

[3] محمد سالم عيّاد الحلبي، **مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي**، الدار العلمية الدولية ـ دار الثقافة، عمان- الأردن: 2002م، ص116.

[4] المرجع نفسه، ص117.

لقد كانت نظرة فلاسفة هذا العصر إلى المرأة، نظرة احتقار وازدراء بل كراهية وعداء، فقد اعتبروها مخلوقة من مادة غير مادة الرجل؛ و أنها تحمل طبيعة دنيئة تجعلها سبباً لكل الشرور وأولها الخطيئة الأولى حيث اعتبروا حواء السبب في غواية آدم وإخراجه من الجنة. و لذلك حُرمت من التدخل في أي شأن من الشؤون العامة، كما مُنِعَت من التعليم و دخول أماكن العبادة، بل وصل بهم الحد إلى أن تساءلوا في أحد المجامع الكنسية: عما إذا كان للمرأة روح؟ لينتهوا إلى أن لها روحاً إلا أنها روح شيطانية. [1]

المطلب الثالث: مفهوم المساواة عند فلاسفة عصر النهضة

شهدت أوربا في عصر النهضة حركة فكرية كبيرة، و ظهور الكثير من المدارس الفلسفية المنددَة بكل أشكال الظلم و القمع والاضطهاد؛ والمطالِبة بنشر الحرية و المساواة بين الأفراد.

و قد دفعت المرحلة الدينية (الكَنَسيّة) بكل ما ارتبطت به من أشكال الظلم، بالفلاسفة إلى هجر الأساس الديني، و البحث عن أسس أخرى لحماية الفرد من طغيان السلطة الحاكمة[2]، فظهرت أسس جديدة أهمها: فكرة القانون الطبيعي؛ و فكرة العقد الاجتماعي.

الفرع الأول: مفهوم المساواة في نظرية القانون الطبيعي

يؤكد أنصار هذه النظرية على مبدأ المساواة بين الأفراد أمام القانون، و أن أساسه طبيعي فطري؛ حيث أن الأفراد تمتعوا في الحياة الفطرية الأولى التي عاشوها، بالمساواة التامة فيما بينهم، و مارسوا حقوقهم وحرياتهم دون تفرقة[3]. كما أن الطبيعة البشرية المشتركة بينهم تقتضي المساواة، و عبر جون لوك عن ذلك بالقول: " بأنه مادام الناس قد

---

[1] محمد سالم عيّاد الحلبي، مرجع سابق، ص117.

[2] حمود حمبلي، **حقوق الإنسان بين النظم الوضعية و الشريعة الإسلامية**، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر: 1995، ص8-9 .

[3] عبد الغني بسيوني، **النظم السياسية**، الدار الجامعية، (بدون بلد نشر)،(بدون تاريخ نشر)، ص371.

خلقوا بطريقة واحدة، و من نوع واحد، و أن لهم نفس القدرات العقلية، فيجب أن يكونوا متساوين فيما بينهم بلا تبعية أو خضوع."[1]

الفرع الثاني: مفهوم المساواة في نظرية العقد الاجتماعي

طبقاً لأصحاب هذه النظرية فإن الأفراد قد تعاقدوا للخروج من حياة الفطرة إلى المجتمع المنظم، وتنازلوا عن المساواة الطبيعية (الفطرية) ليكتسبوا مكانها مساواة قانونية شرعية تسهر السلطة السياسية على تحقيقها و حمايتها. فالفرد لم يتنازل عن حياة الفطرة(المساواة الطبيعية) إلا من أجل حياة أفَضل و هي الحياة المنظمة و التي تضمن له الأمن و الحماية من طغيان غيره من بني البشر.[2]

و قد شكلت هاتان النظريتان بذرة المناداة بحماية الفرد و حقوقه الطبيعية الأصلية، والتي نمت لتنتج في الأخير مذهباً فلسفياً يقوم أساساً على تقديس الفرد و حريته الشخصية وهو: المذهب الفردي، و الذي دفع بدوره إلى ظهور مذهب آخر كرد فعل له و هو المذهب الاشتراكي. فما هو مفهوم المساواة عند كلٍ من المذهبين.

المطلب الرابع: مفهوم المساواة بين المذهبين الفردي و الاشتراكي

الفرع الأول: مفهوم المساواة في المذهب الفردي

---

[1] المرجع نفسه، ص371.

[2] المرجع نفسه، ص372.

يتلخص مفهوم المساواة عند أنصار المذهب الفردي في: المساواة أمام القانون[1] والتي تعني:" وحدة الخضوع لقاعدة القانون التي يجب أن تكون واحدة بالنسبة للجميع."[2] أي أن يتساوى الجميع رجالا و نساء أمام القاعدة القانونية و أن يعاملوا معاملة واحدة دون أي تمييز.

و بالرغم من مساهمة المذهب الفردي في إرساء مبدأ المساواة خاصة عند تقريره مساواة الأفراد أمام القانون و منع إعطاء أي امتيازات لفئة على أخرى، إلا أن ما يلاحظ على مفهوم المساواة في هذا المذهب، هو أنه مفهوم سلبي حيث يكتفي بالامتناع عن التفرقة و هذا ليس إلا الحد الأدنى لمعنى المساواة.

و الملاحظة الأهم على هذا المذهب هو أنه بتوحيده المعاملة في مواجهة الجميع، سيؤدي بالمآل إلى تكريس التمايز و ضرب جوهر المساواة، ذلك أن الأفراد في الواقع ليسوا متساويين في الإمكانات و القدرات ومن شأن إخضاعهم لذات القاعدة القانونية، أن يفتح المجال للقوي أن يزداد مع الزمن قوةً و للضعيف أن يزداد ضعفا لأن نقطة البدء للجميع ليست واحدة.[3]

الفرع الثاني: مفهوم المساواة في المذهب الاشتراكي

يقوم المذهب الاشتراكي في نظرته للمساواة على رفض مفهوم المساواة القانونية التي يطرحها المذهب الفردي، و يرى بوجوب المساواة الاقتصادية أو الواقعية ، و هذه الأخيرة لا

---

(1) **الموسوعة الفلسفية**، وضع لجنة من العلماء و الأكاديميين السوفياتيين، ترجمة: سمير كرم، دار الطليعة، بيروت: 1981، ص477.

(2) طعيمة الجرف ، **الحريات العامة بين المذهبين الفردي و الاشتراكي**، مكتبة نهضة مصر،(بدون بلد نشر)،(بدون تاريخ نشر)، ص64.

(3) طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص64-65.

تتحقق في رأيهم إلا بإلغاء الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج و تصفية الطبقات المستغِلّة (أصحاب رؤوس الأموال) و الوصول إلى المجتمع الشيوعي حيث كل شيء مشاع بين الأفراد.[1]

إن ما يحسب للنظرية الاشتراكية هي أنها ركزت على المفهوم الإيجابي للمساواة والذي يقضي بتمكين الأفراد من الوسائل الكفيلة بتمتعهم بالمساواة من تعليم و صحة وعمل، إلا أن أهم ما يؤخذ على هذه النظرية، هو أنها اشترطت للوصول إلى المساواة أموراً تصادم السنن الكونية و الفطرة الإنسانية.

فما اشترطته من إلغاء الفوارق الطبقية بإزالة الطبقة المستغِلة مالكة رؤوس الأموال، هي دعوى مستحيلة، فاختلاف الناس و تمايزهم في الإمكانات و القدرات سنة كونية لم يخلو منها عصر أو مجتمع، فالحل ليس في إلغاء الطبقات و إنما الأَوْلى وضع القواعد الكفيلة بتكامل الطبقات و منع استبداد أو استغلال طبقة لأخرى.

كما أن دعواها لإلغاء الملكية الخاصة و إحلال الشيوعية، فيها قمع لتطلعات النفس البشرية التي جُبِلت على حب الامتلاك و الاستئثار، كما أن لها آثاراً وخيمة من تفشٍ للاتكالية و موت روح المنافسة والإبداع.

المبحث الثالث: مفهوم المساواة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

المطلب الأول: مفهوم المساواة في القانون الوضعي

[1] **الموسوعة الفلسفية**، مرجع سابق، ص477.

يقصد بالمساواة في الفقه القانوني:" تمتع جميع الأفراد بالحقوق و الحريات العامة والتزامهم بالواجبات على قدر واحد بدون تمييز أو تفريق"[1]

و تحقيقاً لهذا المعنى كان من خصائص القاعدة القانونية: العموم والتجريد.

و يعد مبدأ المساواة في الفكر القانوني المعاصر المبدأ الأساس الذي تستند إليه جميع الحقوق و الحريات، و المفتاح الرئيس للوصول إلى الديمقراطية و كفالة الحرية.[2]

و قد استقر الفقه و القضاء القانونيان على ضرورة أن تتجلى المساواة في مظاهر هي: المساواة أمام القانون، المساواة أمام القضاء، المساواة في الانتفاع بالمرافق العامة، المساواة في تولي الوظائف العامة، المساواة في تحمل الأعباء العامة.

و انتهى الفقه القانوني إلى تحديد خصائص المساواة التي يحققها القانون، و أهم هذه الخصائص **النسبيّة**، فالمساواة القانونية هي مساواة نسبية، مقيدة بتماثل الظروف فلا تكون المساواة إلا بين المراكز المتماثلة فلا يعقل مثلا المساواة بين الأغنياء و الفقراء في تحمل الضريبة، كما أنها مقيدة بتحقق الشروط التي يفرضها المشرع غالباً للتمتع بحق معين فالمساواة مثلا في تولي وظيفة معينة لا تكون إلا بين الأشخاص الذين تتوفر فيهم شروط تولي هذه الوظيفة كالسن و المؤهل العلمي.[3]

و قد تَصَدّر مبدأ المساواة نصوص الإعلانات و الاتفاقيات الدولية، بل خُصِصت اتفاقيات برمتها لحماية هذا المبدأ.

---

[1] محمد سالم عياد الحلبي، مرجع سابق، ص159.

[2] عبد الغني بسيوني، مرجع سابق، ص370.

[3] حمود حمبلي، **حقوق الإنسان بين النظم الوضعية و الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص290.

فقد أشار ميثاق الأمم المتحدة[1] إلى مبدأ المساواة و ذلك في ديباجته التي جاء فيها: « نحن شعوب الأمم المتحدة، و قد آلينا على أنفسنا... أن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان و بكرامة الإنسان وقدره و بما للرجال و النساء و الأمم كبيرها و صغيرها من حقوق متساوية. »

أما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[2] فقد جاءت الكثير من مواده تنص صراحة على وجوب المساواة بين الأفراد، و من ذلك المادة الأولى منه و التي نصت على أنه:« يولد جميع الناس أحراراً و متساوين في الكرامة والحقوق، و هم قد وُهِبوا عقلاً و وجداناً وعليهم أن يعامِلوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء. »

أما المادة الثانية من هذا الإعلان فقد عددت أسباب التمييز و منعتها جميعها حيث نصت على أنه: « لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في الإعلان دون أي تمييز؛ كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر أو الأصل الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر دون أي تفرقة بين الرجال و النساء. »

---

[1] تم التوقيع عليه بتاريخ 26 جوان1945 بسان فرانسيسكو، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 24 أكتوبر1945.

[2] تم اعتماده بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (الدورة 3) المؤرخ في 10 ديسمبر1948.

كما أُبْرِمت العديد من الاتفاقيات بهدف تكريس مبدأ المساواة من أمثلتها الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.[1]

و المتتبع لهذه النصوص الدولية، يجد أن مفهوم المساواة الذي تطرحه هو المساواة المطلقة أو التماثلية و التي تقضي بتوحيد المعاملة بين جميع الناس وعدم اعتبار أية فروق أو اختلافات بينهم، وهذه في الحقيقة دعوى متطرفة تعارض أول ما تعارض الواقع المشاهد الملموس و المثبت علميا والذي يؤكد وجود الاختلافات بين الناس مثل الاختلافات العضوية والنفسية كالتي بين الرجل و المرأة، و الاختلافات الاقتصادية كما بين الأغنياء والفقراء، فالحل أمام هذه الاختلافات ليس توحيد القواعد المطبقة، لأن ذلك لن يؤدي في الحقيقة إلا إلى الإضرار بالطرف الأضعف في العلاقة و الذي لم تُرَاعى طبيعته ووضعيته.

المطلب الثاني: مفهوم المساواة في الشريعة الإسلامية

نزلت رسالة الإسلام في مجتمع حَكَمَتْهُ العصبيات و التفاخر بالأنساب و الأموال، فكانت من أولويات هذا الدين و من أهم أسسه و مبادئه المساواة بين الناس، حيث رفع كل تمايز بين البشر و قرر أن الكل من خَلْقِ الله[2]، وأنهم جميعاً متساوون في طبيعتهم البشرية

---

(1) تم اعتمادها بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180 (الدورة 34) المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، و دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 03 سبتمبر 1981، صادقت عليها الجزائر بتحفظ (على المواد: 2 ،9 فقرة2، 15 فقرة4 ، 16 ، 29 فقرة1) بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96- 51 المؤرخ في 02 رمضان 1416هـ الموافق 22 يناير 1996م ، الجريدة الرسمية رقم 06 لسنة 1996 المؤرخة في 08 رمضان 1416هـ الموافق 24 يناير 1996م.

(2) إبراهيم محمد العناني، **المساواة و عدم التمييز في الشريعة الإسلامية و القانون الدولي**، أعمال الندوة العلمية: حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، ج1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض: 1422هـ- 2001م ، ص218- 219.

وما تقتضيه من كرامة و حقوق إنسانية [1] ، و أن المعيار الوحيد للتفاوت بينهم إنما هو التقوى و العمل الصالح.

لقد تضمنت الشريعة الإسلامية الكثير من النصوص التي تهدف إلى إرساء مبدأ المساواة، فقد جاءت العديد من نصوصها تؤكد وحدة الأصل الإنساني و استواء البشر في أصل النشأة واستحقاق التكريم، ومن جملة هذه النصوص:

قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾[النساء: 01].

و قوله تعالى:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَـٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَـٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ [الحجرات: 13]

و قوله تعالى:﴿وَهُوَ ٱلَّذِىٓ أَنشَأَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ ۗ قَدْ فَصَّلْنَا ٱلْأَيَـٰتِ لِقَوْمٍ يَفْقَهُونَ﴾ [الأنعام: 98]

قال تعالى:﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَـٰهُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَـٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَـٰتِ وَفَضَّلْنَـٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً ﴾ [الإسراء: 70]

---

[1] حمود حمبلي، **المساواة في تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية**، دار الأمل ، تيزي وزو: 1421هـ- 2000م، ص 352.

و المعاني ذاتها أكدتها السنة النبوية، و من ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «**يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد و إن أباكم واحد ألا لا فضل لعربي على أعجمي ولا لعجمي على عربي و لا لأحمر على أسود و لا أسود على أحمر إلا بالتقوى.** »[1]

و قوله صلى الله عليه و سلم:« **إِنَّ اللهَ لاَ يَنْظُرُ إِلَى أَجْسَادِكُمْ وَ لَا إِلَى صُوَرِكُمْ وَ لَكِنْ يَنْظُرُ إِلَى قُلُوبِكُمْ.**»[2]

والمطالع لنصوص الشريعة وأحكامها، يجدها قد أوجبت المساواة بوصفين؛ كأدب إسلامي و كأصل تشريعي.[3]

أما بوصفها أدباً إسلامياً يجب تخلق المسلمين به، فالمساواة أثر من آثار الأخوة المفروضة بين المسلمين، والتي بينتها الكثير من النصوص منها حديث النبي صلى الله عليه و سلم: « **لاَ يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُحِبَّ لِأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ**»[4] أي لا يكتمل إيمانه حتى يصير شعوره بالمساواة خُلُقاً له.[5]

و أما باعتبارها أصلاً تشريعياً، فإن المساواة أصل من الأصول التي قررتها الشريعة في أحكامها.[6]

---

[1] رواه أحمد، حديث رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه و سلم، ج5، ص411.

[2] رواه مسلم، كتاب البر و الصلة و الآداب، باب تحريم ظلم المسلم و خذله و احتقاره و دمه و عرضه وماله، ج4، ص1987.

[3] الطاهر بن عاشور، **أصول النظام الاجتماعي في الإسلام**، دار السلام، مصر: 1426هـ- 2005م، 135.

[4] رواه البخاري، كتاب الإيمان، باب من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه، ج1، ص17؛ مسلم، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من خصال الإيمان أن يحب لأخيه المسلم ما يحب لنفسه من الخير، ج1، ص67.

[5] الطاهر بن عاشور، **أصول النظام الاجتماعي في الإسلام** ، مرجع سابق، ص136-137.

[6] رشاد حسن خليل، **نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية**، دار الفاروق، القاهرة- مصر: 2007 ، ص23؛ محمود شلتوت، **تفسير القرآن الكريم**، الأجزاء العشرة الأولى، دار الشروق،(بدون بلد نشر): 1408هـ- 1988م، ص167.

و إذا ما تحدثنا عن مفهوم المساواة في الشريعة الإسلامية، فإننا نجدها قد سلكت منهجاً وسطاً، فأخذت بالمساواة النسبية.

فهي تقرر المساواة التامة في الأحكام المرتبطة بالطبيعة الإنسانية و التي هي واحدة بالنسبة لجميع الناس، فجعلتهم متساوون في مقام التكليف و في أهلية استقبال الرسالة و في تحمل مسؤولية الخلافة و العبودية بما ترتبه من جزاءات[1]، كما ساوت بينهم في الحقوق الأساسية كحق الحياة و حرمتها و الحق في الكرامة الإنسانية، و كذلك سائر الحقوق المدنية و المالية كالتملك و الكسب و حماية أموالهم. فتلك حقوق مقررة للجميع لا فرق بين الرجل والمرأة ولا المسلم وغيره. [2]

بينما لم تقرر الشريعة المساواة في أحكام معينة، و هذه الأحكام لها علل و مبررات ترجع إما إلى احترام دواعي الفطرة، أو تحقيق العدل، أو مراعاة المصلحة.

- فمن مراعاتها للفطرة أو الطبيعة البشرية، اعتبارها للاختلافات الفسيولوجية بين الرجل والمرأة و التي من أهم مظاهرها ضعف البنية الجسمانية للمرأة على الرجل، فكان مراعاةً لهذه الطبيعة أن أوجبتِ الشريعة الجهاد على الرجل و لم توجبه على المرأة؛ و أوجبت عليه الإنفاق و لم توجبه عليها.
- و من باب تحقيق العدل، أوجبت الزكاة على الأغنياء؛ ترد على الفقراء جبراً لما يعانونه من حرمان.
- و من مراعاة المصلحة عدم المساواة بين الناس في التصدر للأمور العامة من حُكْم وقضاء؛ بل تقديم العالِم على غيره.

---

(1) الطاهر بن عاشور، **أصول النظام الاجتماعي في الإسلام**، مرجع سابق، ص137؛ د. حمود حمبلي، **حقوق الإنسان بين النظم الوضعية و الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص296.

(2) حمود حمبلي ،**حقوق الإنسان بين النظم الوضعية و الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص293-294.

و عند الحديث عن العلاقة بين الرجل و المرأة، فإنه ينطبق عليها ما قررناه من مفهوم سابق للمساواة في نظر الشريعة.

فقد أرست الشريعة أصلا عاما هو المساواة التامة بين الرجل و المرأة في أغلب الأحكام.

فقررت المساواة بينهما في القيمة الإنسانية و أنهما يرجعان إلى نفس واحدة و يشكلان معا أصلا للبشرية[1]، و قد وردت الكثير من الأدلة في إثبات ذلك منها: قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء:01] و قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا ﴾ [الأعراف: 189] وقال تعالى: ﴿ خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا﴾ [الزمر:06]. و قوله صلى الله عليه و سلم: « **إنَّما النِّساء شقائقُ الرِّجالِ** »[2].

---

[1] محمد بلتاجي، **مكانة المرأة في القرآن الكريم و السنة الصحيحة**، دار السلام، مصر:1426هـ-2005م، ص69؛ محمد سعيد رمضان البوطي، **المرأة بين طغيان النظام الغربي و لطائف التشريع الرباني**، دار الفكر، دمشق- سورية: 1996، ص39؛ مصطفى السباعي، **المرأة بين الفقه و القانون**، دار السلام، مصر: 1424هـ- 2003م، ص19.

[2] رواه أبو داود، كتاب الطهارة، باب في الرجل يجد البلَّةَ في منامه، ج1، ص 65؛ أحمد ، مسند السيدة عائشة، ج6 ، ص256.

كما أثبتت المساواة بينهما في أغلب التكاليف الشرعية و في الجزاء المترتب عنها[1]، ومن النصوص الدالة على ذلك: قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْمُسْلِمِينَ وَٱلْمُسْلِمَٰتِ وَٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْقَٰنِتِينَ وَٱلْقَٰنِتَٰتِ وَٱلصَّٰدِقِينَ وَٱلصَّٰدِقَٰتِ وَٱلصَّٰبِرِينَ وَٱلصَّٰبِرَٰتِ وَٱلْخَٰشِعِينَ وَٱلْخَٰشِعَٰتِ وَٱلْمُتَصَدِّقِينَ وَٱلْمُتَصَدِّقَٰتِ وَٱلصَّآئِمِينَ وَٱلصَّٰٓئِمَٰتِ وَٱلْحَٰفِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَٱلْحَٰفِظَٰتِ وَٱلذَّٰكِرِينَ ٱللَّهَ كَثِيرًا وَٱلذَّٰكِرَٰتِ أَعَدَّ ٱللَّهُ لَهُم مَّغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب:35] و قوله تعالى:﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ۚ يَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ﴾[التوبة:71] و قوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ وَيَحْفَظُواْ فُرُوجَهُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرُۢ بِمَا يَصْنَعُونَ * وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ۖ﴾ [النور:30-31] وقوله تعالى: ﴿فَٱسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّى لَآ أُضِيعُ عَمَلَ عَٰمِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ ۖ

(1) محمد بلتاجي، **مكانة المرأة في القرآن الكريم و السنة الصحيحة**، مرجع سابق، ص85؛ علي جمعة محمد، **المرأة في الحضارة الإسلامية بين نصوص الشرع و تراث الفقه و الواقع المعيش**، دار السلام، مصر: 1427هـ- 2006م، ص12.

بَعۡضُكُم مِّنۢ بَعۡضٖۖ ﴾ [آل عمران:195]و قوله تعالى: ﴿مَنۡ عَمِلَ صَٰلِحٗا مِّن ذَكَرٍ أَوۡ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤۡمِنٞ فَلَنُحۡيِيَنَّهُۥ حَيَوٰةٗ طَيِّبَةٗۖ وَلَنَجۡزِيَنَّهُمۡ أَجۡرَهُم بِأَحۡسَنِ مَا كَانُواْ يَعۡمَلُونَ﴾ [النحل:97] و قوله تعالى: ﴿وَمَن يَعۡمَلۡ مِنَ ٱلصَّٰلِحَٰتِ مِن ذَكَرٍ أَوۡ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤۡمِنٞ فَأُوْلَٰٓئِكَ يَدۡخُلُونَ ٱلۡجَنَّةَ وَلَا يُظۡلَمُونَ نَقِيرٗا﴾[النساء:124] و قوله تعالى:﴿وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ جَنَّٰتٖ تَجۡرِي مِن تَحۡتِهَا ٱلۡأَنۡهَٰرُ خَٰلِدِينَ فِيهَا وَمَسَٰكِنَ طَيِّبَةٗ فِي جَنَّٰتِ عَدۡنٖۚ وَرِضۡوَٰنٞ مِّنَ ٱللَّهِ أَكۡبَرُۚ ذَٰلِكَ هُوَ ٱلۡفَوۡزُ ٱلۡعَظِيمُ﴾ [التوبة:72].

كما قررت الشريعة المساواة بين الرجل و المرأة في العقوبات الشرعية[1]، ومن أدلة ذلك: قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٞ ﴾[المائدة:38] و قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾[النور:02].

---

[1] محمد بلتاجي، **مكانة المرأة في القرآن الكريم و السنة الصحيحة**، مرجع سابق، ص87.

كما أن الرجل و المرأة متساويان في أهلية التعاقد و إبرام التصرفات المالية[1]، حيث أن للمرأة البالغة العاقلة، الأهلية المدنية الكاملة في إبرام جميع التصرفات و العقود المدنية مثلها في ذلك مثل الرجل، و هو الأمر الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء. [2]

و إذا كان الأصل في الشريعة هو المساواة بين الرجل و المرأة و ذلك في غالبية الأحكام، فإن هنالك جملة من الأحكام خرجت فيها الشريعة عن المساواة و قضت بالتفرقة والتفاوت بينهما، إلا أنه خروج مرتبط بعلل و اعتبارات وجيهة من مراعاة الفطرة والاختلافات الطبيعية بين الجنسين [3]، أو السعي إلى تحقيق العدل الواجب في الأحكام، أو مراعاة مصلحة معتبرة، و هي علل ترجع إليها جميع الأحكام والمسائل التي فرقت فيها الشريعة بين الرجل و المرأة، و من بينها مسائل الأسرة.

و بعد هذا البيان لمفهوم المساواة عموماً في هذا الفصل التمهيدي، نأتي لصلب الموضوع المتمثل في بحث صور المساواة بين الرجل و المرأة في قانون الأسرة و قد صنفت هذه الصور إلى قسمين: صور المساواة المتعلقة بمسائل الخطبة والزواج، وصور

---

[1] محمد بلتاجي، **مكانة المرأة في القرآن الكريم و السنة الصحيحة**، مرجع سابق، ص89؛ علي عبد الواحد وافي، **المرأة في الإسلام**، دار نهضة مصر، القاهرة: 1979،ص7.

[2] ابن رشد(الحفيد): أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**، ج2، دار العقيدة، القاهرة: 1425هـ - 2004 م، ص335؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد ابن قيم الجوزية، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، ج4 ، مكتبة الصفا ، القاهرة:1425هـ- 2004م، ص39؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، **المحلّى**، (تحقيق: أحمد شاكر)، ج8، دار التراث، القاهرة(بدون تاريخ نشر)، ص309.

[3] و هي اختلافات أثبتها العلم الحديث سواء في الجانب البيولوجي أو الجانب النفسي، و قد دعى الكثير من العلماء حتى من الغرب أنفسهم إلى ضرورة اعتبار تلك الاختلافات، في أساليب التربية و عند تشريع الأحكام. أنظر مثلا: الكسيس كاريل، **الإنسان ذلك المجهول**، (ترجمة: شفيق أسعد فريد)، مكتبة المعارف، بيروت- لبنان:1414هـ- 1993م،ص108، 109، 110، 111؛ آلين ويلر، **الرجل و المرأة أسرار لم تنشر بعد**، (ترجمة: فاديا عبدوش- عبير منذر)، دار الفراشة، بيروت- لبنان:2002، ص10- 34؛ جون غراي، **الرجال من المريخ و النساء من الزهرة**،(ترجمة:عبد الكريم العقيل)، مكتبة جرير، السعودية:2008، ص01، 10، 11، 21.

المساواة المتعلقة بإنهاء الرابطة الزوجية و آثاره، و فيما يلي أبحث القسم الأول و ذلك في الفصل الأول من هذه الدراسة.

الفصل الأول

صور المساواة بين الرجل و المرأة في مسائل الخطبة والزواج

المبحث الأول: المساواة في آثار العدول عن الخطبة
المبحث الثاني: المساواة في سن الزواج
المبحث الثالث: المساواة في ولاية التزويج
المبحث الرابع: المساواة في الحقوق و الواجبات الزوجية

الفصل الأول: صور المساواة بين الرجل و المرأة في مسائل الخطبة والزواج

بالرجوع إلى الأحكام المعدَّلة في باب الزواج من قانون الأسرة المعدَّل (الأمر رقم05-02)، يتبين لنا بأنها اشتملت على أربع صور للمساواة بين الرجل والمرأة هي: المساواة في آثار العدول عن الخطبة، المساواة في سن الزواج، المساواة في ولاية التزويج، و أخيراً المساواة في الحقوق و الواجبات الزوجية. و قد قمت بدراسة هده الصور على التوالي مع تخصيص مبحث مستقل لكل صورة من صور المساواة.

ونبدأ بدراسة أول هذه الصور و ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل.

المبحث الأول: المساواة في آثار العدول عن الخطبة

الخِطْبَةُ لغةً: طلب المرأة للزواج، جاء في المصباح المنير:" خَطَبَ المَرْأَةَ إلى القومِ إذا طَلَبَ أن يَتَزَوَّجَ مِنْهُمْ."[1]

أما معنى الخِطْبَة في الاصطلاح فهو لا يخرج عن المعنى اللغوي لها، حيث عرفها الفقهاء بأنها: طلب التزوّج أو التماس النكاح.[2]
و الأصل أن تكون الخطبة من طرف الرجل و هو أمر قرره العرف منذ القديم، حيث قضت العادة بأن الرجل هو الذي يذهب لطلب المرأة و خِطبتها.[3]

و يجد هذا العرف مصدره في التركيبة الطبيعية التي خلق الله عليها كلاً من الجنسين، حيث جاءت غريزة الرجل في شكل حاجة و طلب بينما جاءت غريزة المرأة على شكل استجابة، وكان من مقتضى ذلك أن جُبِلَت المرأة على الحياء من التقدم إلى الرجل بمشاعرها و إن كانت مُرِيدَةً له رَاغِبَةً فيه[4]. و يمثل هذا المظهر من مظاهر الخلق جبراً حسناً لضعف المرأة الجسمي و عاملا من عوامل التوازن في الحياة الزوجية، و لقد لخص مرتضى المُطَهّرِي الحكمة الإلهية من هذا المظهر التكويني بالقول: " إن كون الرجل قد خُلِقَ في ضوء قانون التكوين بصورة صاحب الحاجة والطلب و الخِطبة، و أن المرأة مظهر المطلوبية و الاستجابة، أفضل ضامن لاحترام المرأة واعتبارها، وتعويض حسن لضعف المرأة الجسمي مقابل قوة الرجل الجسمية، كما أنه خير عامل لحفظ التوازن في الحياة

---

(1) الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، كتاب الخاء، مادة (خطب)، ج1، ص 173.

(2) محمد أمين الشهير بابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، (تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمد معوض)، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان : 1424 هـ - 2003 م، ص66.

(3) مرتضى المطهّرِي، **حقوق المرأة في النظام الإسلامي**، (ترجمة:حيدر آل حيدر)، مكتبة الفقيه، الكويت: 1406هـ -1986م، ص37.

(4) مرجع نفسه، ص37؛ عباس محمود العقاد، **المرأة في القرآن**، نهضة مصر،(بدون بلد نشر): 2005م، ص 28.

العائلية المشتركة. وما ذلك إلا لون من ألوان الامتياز التي منحت للمرأة، وشكل من أشكال المسؤولية التي ألقيت علي عاتق الرجل." [1]

وبالتالي فإن حكم العرف القاضي بأن الرجل هو الذي يخطب المرأة، هو حكم يوافق الفطرة الإنسانية، كما أن فيه إعزازا للمرأة واحتراما لها ورفعا لقدرها، حيث يجعل الرجل يسعى لطلب المرأة ويبدو راغبا فيها طالباً لها محتاجاً إليها.

وإذا كان الأصل والمتعارف عليه و الأضمن لاحترام المرأة هو أن تكون الخِطبة من طرف الرجل، إلا أنه في حالات معينة قد لا تتحقق هذه الصورة الطبيعية فتضطرّ المرأة إلى أن تبادر هي بالخِطبة؛ كما لو رغبت في رجل معين دون أن يبادلها الرغبة أو يتقدم لخِطبتها. فيجوز للمرأة في مثل هذه الحالة أن تُعْرِبَ عن رغبتها وتتقدم بالخِطبة. وقد أجازت الشريعة الإسلامية للمرأة ذلك[2]؛ سواء بنفسها أو بواسطة أهلها[3]، لكن بقيود تحفظ للمرأة كرامتها واعتبارها.

فأما عن جواز الخِطبة من المرأة نَفْسِهَا فالأدلة على ذلك:

---

[1] مرتضى المطهري ، مرجع سابق، ص 39.

[2] و في هذا المجال أجاز بعض الفقهاء صراحة للمرأة التزين و التعرض للخُطَّاب رجاء النكاح، وهو ما ذهب إليه ابن القطان مثلا، حيث ذهب إلى أنه يجوز للمرأة التعرض بإبداء نفسها لمن يخْطِبُها إذا سلمت نيتها في قصد النكاح، و استدل بحديث سُبَيْعَة الأَسْلَمِيَّة و التي توفي عنها زوجها و هي حامل فلم تمض طويلاً حتى وضعت حملها، فلمّا اغتسلت من نفاسها تجمّلت للخطّاب، فأنكر أحد أقاربها فِعْلَها و نهاها عن النكاح قبل انقضاء عدّة الوفاة، فأتت النبي صلى الله عليه و سلم و أخبرته بما كان من أمرها، فلم ينكر صنيعها وأفتاها بأنها قد حَلَّلَتْ بوضع حملها و أمرها بالتزوج إن بدا لها (الحديث رواه مسلم، كتاب الطلاق، باب انقضاء عدّة المتوفّي عنها زوجها و غيرها بوضع الحمل، ج2، ص1122). أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الملك بن القطّان، **النَّظر في أحكام النَّظرِ بحاسة البَصَر**، (تحقيق: شريف أبو العلا العدوي)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان: 1424هـ - 2003م، ص 170-171.

[3] و هو ما قرره الكثيرون منهم : محمد محدّه، **الخطبة و الزواج**، ج1، شهاب2000،(بدون بلد نشر): 1994، ص7 - 8؛ نصر سلمان وسعاد سطحي، **أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية**، دار الفجر، قسنطينة - الجزائر: 1426هـ - 2005م،ص 39 - 40؛ عبد الله بن الطاهر السّوسي التّناني، **مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته**، الكتاب الأول:الزواج، نشر المؤلف، مطبعة النجاح الجديدة أكادير- المغرب، ص 40-41؛ غسان بن عبد العزيز القين، **أكثر من 100 حق للمرأة على الرجل**، دار المعرفة، بيروت - لبنان: 1427 هـ-2006 م، ص 47- 48 .

من القرآن الكريم:

قوله تعالى:﴿ وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ﴾ [الأحزاب: 50]

فما استنبطه العلماء من قصة الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم و إن كانت من خصوصياته صلى الله عليه وسلم، حكم جواز عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح -أي التقدم لخطبته - رغبةً في صلاحه [1].

ومن السُّنة :

ما روته كتب الحديث من أخبارِ نساءٍ عرضن أنفسهن على النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر صنيعهن، وهو ما استنبط منه علماء الحديث جواز مبادرة المرأة بالعرض والخِطبة، وقد ترجم البخاري أحد أبوابه بباب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح والمعروف أن فقه البخاري في تراجمه، و هو ما فعله النَّسائي أيضا حيث جاء أحد أبوابه تحت عنوان: باب عرض المرأة نفسها على من ترضى. [2]

و قد أورد البخاري تحت ذلك الباب أحاديث تدل عليه نذكر منها:

– عن ثَابِتِ البُنَانِيّ قال « **كُنْتُ عِنْدَ أَنَسٍ و عِنْدَهُ ابْنَةٌ لَهُ قَالَ أَنَسُ: جَاءَتِ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ الله صلى الله عليه و سلم تَعْرِضُ عَلَيْهِ نَفْسَهَا قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ أَلَكَ بِي حَاجَةٌ؟ فَقَالَتْ بِنْتُ أَنَسٍ: مَا أَقَلَّ حَيَاءَهَا وَاسَوْأَتَاهْ وَاسَوْأَتَاهْ** [3] **قَالَ: هِيَ خَيْرُ مِنْكِ رَغِبَتْ فِي النبيِّ صلى الله عليه و سلم فَعَرَضَتْ عَلَيْهِ نَفْسَها.**» [4]

---

[1] أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج 13، دار الكتاب العربي، (بدون بلد نشر)،(بدون تاريخ نشر)، ص271 ؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، ج9 ، دار المعرفة، بيروت - لبنان:(بدون تاريخ نشر)، ص 175 .

[2] **سنن النَّسائي**، كتاب النكاح، باب عرض المرأة نفسها على من ترضى، ج6، ص78.

[3] معنى السَّوءة هنا: الفعلة القبيحة. ابن حجر، مرجع سابق، ج9، ص 175.

[4] **صحيح البخاري**، كتاب النكاح، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، ج7، ص 22.

– و عن سَهْلِ بن سَعْد « **أَنَّ امْرَأَةً عَرَضَتْ نَفْسَها على النبيِّ صلى الله عليه و سلم فقال لَهُ رَجُلٌ يا رسُولَ اللهِ زَوِّجْنِيها . فقال ما عِنْدَكَ؟ قال ما عنْدِي شَيْء قال اذْهَبْ فَالْتَمِسْ ولوْ خَاتَماً مِنْ حَدِيدٍ.**» [1]

قال ابن حجر في شرح هذين الحديثين: " و في الحديثين جواز عرض المرأة نفسها على الرجل وتعريفه رغبتها فيه و أن لا غضاضة عليها في ذلك. [2]

و الحكم ذاته ذهب إليه صاحب إرشاد الساري في شرحه لترجمة الباب: "... فيه جواز عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح و أنه لا عار عليها في ذلك بل فيه دلالة على فضيلتها. "[3]

كما نقلت لنا كتب السيرة خبر زواج السيدة خديجة بنت خويلد من النبي صلى الله عليه و سلم الذي تمّ بعد عرض منها،حيث بعثت إليه تخْطِبُه [4] لِمَا لمسته من أمانته وأخلاقه و ما أدركته من فضله وكرامته[5].

و يتضح من هذه الأدلة أن الشريعة أجازت للمرأة نقل رغبتها إلى الرجل و خطبته ، لكن في إطار طاهر شريف، حيث اشترط العلماء أن تقصد بذلك الزواج و التحصين، و أن يكون من

---

[1] **صحيح البخاري**، كتاب النكاح، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، ج7، ص 22.

[2] ابن حجر، مرجع سابق ، ج9 ، ص175 .

[3] أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد القَسْطلاني، **إرشاد الساري بشرح صحيح الإمام البخاري**، ج8، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان: 1404 هـ 1984م ، ص 44.

[4] يذهب بعض أهل السيرة و منهم ابن إسحاق و ابن هشام، إلى أن السيدة خديجة بعثت إلى النبي صلى الله عليه و سلم مباشرةً تُعْلِمُه برغبتها فيه و تعرض عليه الزواج بها. بينما روى آخرون و منهم ابن سعد، بأن خديجة أخبرت نَفِيسَة بنت مُنْيَة برغبتها تلك و هي التي عرضت على النبي الزواج بخديجة.

[5] محمد بن إسحاق بن يسار المطْلبي المدني، **السيرة النبوية**، (تحقيق :أحمد فريد المزيدي)، ج1، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان:1424هـ-2004م، ص 129 ؛ أبو محمد عبد الملك بن هشام بن أيوب الحِمْيَرِي، **السيرة النبوية** ، (تحقيق: مصطفى السقا- إبراهيم الأبياري - عبد الحفيظ شلبي)، ج1، دار المعرفة، بيروت - لبنان: (بدون تاريخ نشر)، ص 188-189 ؛ أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع البصري، **الطبقات الكبرى**، (تحقيق : إحسان عباس)، ج1، دار صادر ، بيروت:(بدون تاريخ نشر)، ص131-132 .

تعرض عليه نفسها صالحاً، فصلاحه و تقواه سيمنعانه من أن يعيِّرها يوما بأنها هي من طلبته و سعت إليه.

و قد تكون الخطبة من أهل المرأة[1]، و هو أمر أجازته الشريعة أيضا و الأدلة على جواز ذلك:

من القرآن الكريم :

قوله تعالى على لسان سيدنا شعيب عليه السلام: ﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ ﴾ [القصص: 27]

قال القرطبي في تفسيره لهذه الآية : "فيه عرض الولي ابنته على الرجل؛ و هذه سُنّة قائمة؛ عرض صالح مدين ابنته على صالح بني إسرائيل، و عرض عمر بن الخطاب ابنته على أبي بكر وعثمان... فَمِنَ الحَسَن عرض الرجل و ليّته على الرجل الصالح." [2]

و من السُّنة :

الحديث الذي رواه البخاري تحت باب: عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير. [3]

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما:«**أن عُمَرَ بن الخطَّابِ حينَ تَأيَّمَتْ** [4] **حَفْصَةُ بِنْتُ عُمَرَ من خُنَيْسٍ بن حُذَافَةَ السَّهْمِيِّ و كانَ من أصْحَابِ رسولِ اللهِ صلى الله عليه و سلم فَتُوُفِّيَ بالمَدِينَةِ فقال عُمَرَ بنُ الخَطَّابِ: أَتَيْتُ عُثْمَانَ بنَ عَفَّانَ فَعَرَضْتُ عَلَيْهِ حَفْصَةَ فقال: سأنْظُرُ في أَمْرِي فلَبِثْتُ لَيَالِيَ ثُمَّ لَقِيَنِي فقال: قَدْ بَدَا لِي أَنْ لاَ أَتَزَوّجَ يَوْمِي هَذَا. فقال عُمَرُ: فَلَقِيْتُ أَبا بَكْر الصِّدِّيقَ فَقُلْتُ: إن شِئْتَ زَوجْتُكَ حَفْصَةَ بِنْتَ عُمَرَ فَصَمَتَ أبُو بَكْرٍ فَلَمْ يَرْجِعْ**

---

[1] وقد تناول أهل اللغة هذه الحالة و أطلقوا على خطبة أولياء المرأة الرجل، الاخْتِطَاب، جاء في لسان العرب:" اخْتطَبَ القَومُ فلاناً إذا دَعَوْه إلى تَزْوِيجِ صَاحِبَتِهم، قال أبو زيد: إذا دعا أهلُ المرأةِ الرجلَ إليها ليَخْطُبَها فقد اخْتَطَبوا اخْتِطَابا." ابن منظور، **لسان العرب** ، فصل الخاء المعجمة ، مادة (خطب) ، المج1، ص361.

[2] القرطبي، مرجع سابق، ج13، ص271.

[3] و للنسائي أيضا باب أسماه: عرض الرجل ابنته على من يرضى. سنن النسائي، ج6، ص77.

[4] صارت أيّما أي بلا زوج، ابن حجر، مرجع سابق، ج9 ، ص175.

إِلَيَّ شَيْئاً وكُنْتُ أَوْجَدَ عَلَيْهِ مِنيِّ عَلى عُثْمانَ، فَلَبِثْتُ لَيَالِيَ. ثم خَطَبَها رسولُ اللهِ صلى الله عليه و سلم، فَأَنْكَحْتُهَا إِيَّاه ... »[1]

قال ابن حجر في شرح الحديث: "فيه عرض الإنسان ابنته و غيرها من مولياته على من يعتقد خيره و صلاحه لما فيه من النفع العائد على المعروضة عليه، و أنه لا استحياء في ذلك." [2]

و الذي يظهر من هذه الأدلة بأن الشريعة أجازت بل ندبت إلى أن يعرض الولي ابنته أو من تحت ولايته عموماً على الرجل الصالح و هو ما يعكس مقدار شفقته وحرصه على مصلحتها و طلب الخير لها فهو يود أن لا تحرم و ليته من حقها في الزواج وتكوين أسرة.

و في رأيي فإن الشريعة و إن أجازت للمرأة أن تعرض نفسها على الرجل الصالح وأجازت للأولياء ذلك أيضا، إلا أن الصورة الثانية (عرض الأولياء) هي الأكرم للمرأة، لأن عرضهم لن يفسر إلا بالزواج كما أنهم يشكلون للمرأة السند و الحماية في حالة تعدي الزوج.

و إذا تمت الخطبة و ذلك بطلب من أحد الطرفين سواء كان الرجل أو المرأة، و قبول الطرف الآخر، فإنها تظل في رأي فقهاء الشريعة مجرد وعد بالزواج؛ لا يترتب عليه أي إلزام بإتمام العقد[3]، وللطرفين حق الرجوع عنها[4]. وهو ما يقتضيه مبدأ الرضائية و الحرية التامة التي ينبغي أن يقوم عليها عقد الزواج[5]، ويتوافق مع الحكمة التي شُرعت لأجلها

---

(1) **صحيح البخاري**، كتاب النكاح، باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير، ج7، ص23.

(2) ابن حجر، مرجع سابق، ج9، ص178.

(3) جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السُّيوطي، **الحاوي للفتاوي**، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان:(بدون تاريخ نشر) ، ص 248-249 ؛ ابن القيم الجوزية، **اعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج3، دارالحديث،(بدون بلد نشر)،(بدون تاريخ نشر)، ص303 ؛ محمد أبو زهرة ، **الأحوال الشخصية**، دارالفكر العربي، القاهرة:2005م، ص34-35.

(4) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، **المغني** ، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت -لبنان: 1403هـ -1983م، ص 523-524 ؛ أحمد الصاوي، **حاشية الصاوي بُلغة السَّالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير**، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان: 1415 هـ-1995م، ص218 ؛ محمد بن عرفة الدُّسوقي، **حاشية الدُّسوقي على الشرح الكبير**، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان:1417هـ - 1996م، ص25 ؛ محمد أبو زهرة، مرجع سابق ص 35.

(5) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 35 ؛ نصر سلمان وسعاد سطحي ، مرجع سابق، ص59.

الخطبة فهذه المرحلة إنما شُرعت لتمكين كل طرف من التعرف على الآخر وإعطائه فرصة للتفكير و التروي قبل الإقدام على عقد الزواج ذلك العقد العمري الخطير، و في إضفاء الإلزامية عليها نقض لهذه الحكمة حيث تغدو وجها آخر للعقد.

على أن الفقهاء و إن قرروا عدم حُرمة الرجوع عن الخطبة بعد الركون إلا أنهم ذهبوا إلى كراهة ذلك إن كان من غير سبب، لما فيه من إخلاف للوعد [1] وهي صفة نهى عنها الإسلام أشد النهي[2]، و لما يمثله ذلك من تلاعب بمشاعر الطرف الآخر وأحاسيسه[3].

و الحكم ذاته قرره قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل و بعده، من تكييف الخطبة على أنها وعد بالزواج يجوز العدول عنه[4]، و هو ما نصت عليه الفقرتان 1و2 من المادة 05 من قانون الأسرة المعدَّل(05-02) و اللتان جاء فيهما: « الخطبة وعد بالزواج.

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.»

و إذا ما حصل عدول عن الخطبة، فإن ذلك يثير التساؤل حول الآثار المترتبة على العدول، والتي تتمثل بشكل أساس في أثرين هما: حكم رد الهدايا و حكم التعويض في حالة الضرر، وبالرجوع إلى حكم هاتين المسألتين واللتان تمّ تنظيمها بموجب المادة 5 ذاتها (فقرة3 و 4)، نجد أن المشرع قد أخضع الخطيبين(الرجل و المرأة) لذات الحكم و ساوى بينهما في آثار العدول عن الخطبة و قام بتوحيد آثار العدول. و سأتولى بيان و دراسة المساواة في كل أثر منهما على حدا وذلك في المطلبين الآتيين.

---

[1] ابن قدامة، مرجع سابق، ج9، ص 523-524 ؛ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطّاب الرعيني، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان: 1416هـ-1995م، ص 31؛ أحمد الصاوي، مرجع سابق ،ج2 ، ص 218.

[2] ابن حجر ، مرجع سابق، ج1، ص289-290 .

[3] نصر سلمان وسعاد سطحي ، مرجع سابق، ص 59 ؛ عبد الله بن الطاهر، مرجع سابق، ص 43.

[4] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر:2005م، ص51-52.

المطلب الأول: المساواة في رد الهدايا

لقد أعاد المشرع في التعديل الأخير، تنظيم مسألة رد الهدايا ، حيث نصت الفقرتان 4و5 من المادة 05 من الأمر 05-02 على ما يلي :" لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته."

إن ما أحدثه المشرع في هذه المادة، هو تناوله لحكم الهدايا المقدمة من طرف المخطوبة ، بينما كان نص المادة سابقا يتناول فقط هدايا الخاطب [1]، حيث كانت تنص على ما يلي: "لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه. وإن كان العدول من المخطوبة ، فعليها رد ما لم يستهلك."

فالواضح من هذا النص أن المشرع لم يذكر شيئا عن الهدايا التي قد تكون من المخطوبة وكيفية استردادها[2]، و لعل ذلك يرجع في رأيي إلى أخذ المشرع بالغالب و هو كون الهدايا تكون عادة من الرجل إلى المرأة. و بالتالي لم يكن للمخطوبة في ظل النص القديم المطالبة باسترجاع الهدايا التي قدمتها.

و قد أحسن المشرع حين نظم صراحة مسألة الهدايا المقدمة من طرف المخطوبة، حيث سد بذلك ثغرة عانى منها القانون القديم.

---

[1] فضيل العيش، **شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد**، مطبعة طالب، (بدون بلد نشر): 2007، ص10.

[2] محمد محدة ، مرجع سابق ، هامش ص63 .

و عن كيفية تنظيمه لهدايا المخطوبة، نقول إن المشرع قد أعطاها حكما مماثلا لهدايا الخاطب.

فبالنسبة لهدايا الخاطب، إذا كان العدول منه فليس له الحق أن يسترجع شيئا منها بل يجب عليه في هذه الحالة أن يرد للمخطوبة ما بقي قائما من الهدايا التي قدمتها له أو قيمة ذلك ، أما إذا لم يكن العدول منه فليس عليه أن يرد للمخطوبة شيئا من الهدايا التي قدمتها له؛ و له أن يسترد القائم مما أهداه أو قيمته.

و الحكم ذاته ينطبق على المخطوبة، بحيث أنه إذا كان العدول منها فلا تسترد شيئا من الهدايا التي قدمتها للخاطب، و عليها أن ترد له ما لم يستهلك من هداياه أو قيمتها.

و بذلك نلحظ بأن المشرع قد أخضع الخطيبين لحكم واحد في مسألة رد الهدايا؛ فأي طرف كان العدول منه حرم من حق استرجاع ما قدمه و عليه أن يرد القائم (غير المستهلك) من الهدايا التي أعطاها له الطرف الآخر أو قيمته، بغض النظر عمن يكون هذا الطرف الخاطب كان أم المخطوبة.

و بالتالي يكون المشرع قد ساوى بين الخاطب و المخطوبة من حيث إمكانية تقديم الهدايا و في حكمها عند العدول. [1]

فإذا كان حكم قانون الأسرة في مسألة رد الهدايا هو المساواة المطلقة بين الخطيبين في حكم رد الهدايا و كيفيته، فما هو رأي فقهاء الشريعة في ذلك؟

بالرجوع إلى آراء الفقهاء في مسألة رد الهدايا، نجد أنهم قد اختلفوا فيها.

---

[1] فضيل العيش، مرجع سابق، ص11.

فلأحناف أعطوا هدايا الخطبة حكم الهبة، وهم يجيزون الرجوع في الهبة ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها كهلاكها أو استهلاكها، و بالتالي فإن للمُهدي حق الرجوع في القائم من الهدايا دون الهالك أو المستهلك منها.[1]

أما المالكية فيفرقون بين حالتين: الأولى: إذا ما كان هناك عرف أو شرط حول مسألة الهدايا فيتم إعماله.

أما إذا لم يوجد عرف أو شرط حول المسألة ، فالأوجه عندهم هو النظر فيما إذا كان العدول من المُهدي أو ليس منه، فإذا كان العدول منه فليس له الرجوع فيما أهدى ، أما إذا لم يكن العدول منه فله أن يسترد هداياه قائمة كانت أو هالكة؛ فإذا كانت قائمة استردها بعينها و إن كانت قد هلكت فله أن يأخذ بدلها؛ قيمتها إن كانت قيمية أو مثلها إن كانت مثلية.[2]

أما الشافعية فيرون بوجوب رد هدايا الخطبة مطلقا سواء كانت قائمة أو هالكة وسواء كان العدول من المهدي أو لم يكن منه، لأن الدافع وراء هذه الهدايا هو التزوّج، فهي من هبات الثواب التي يجوز لصاحبها الرجوع فيها إذا لم يتحقق له ما أراد من ورائها.[3]

و بعد استعراض آراء الفقهاء في مسألة رد الهدايا، يتبين أن لكل مذهب حكماً فقهياً موضوعياً في المسألة دون النظر إلى الجانب الذي كانت منه الهدية، فالعبرة بالتأكد بكون ما قدم هو هدية أثناء الخطبة أي قبل إبرام العقد، فإذا كان الأمر كذلك فإن الأحناف يعتبرون هذه الهدية هبة يجوز الرجوع فيها ما لم تهلك أو تستهلك، و المالكية ينظرون إلى الطرف

---

(1) الشيخ الشلبي، **حاشية الشيخ الشلبي على تبين الحقائق، بهامش تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي**، (تحقيق: أحمد عزّو عناية)، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان: 1420هـ- 2000 م، ص582، ابن عابدين، مرجع سابق، ص304.

(2) الدّسوقي، مرجع سابق، ج3، ص11؛ أبو عبد الله محمد أحمد عليش، **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك**، ج1، دار المعرفة، بيروت- لبنان: (بدون تاريخ نشر)، ص408.

(3) عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الأزهري، **حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب**، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان: 1418هـ- 1997 م، ص527-528 ؛ أبوبكر عثمان بن محمد شطّا الدَّميَاطِي، **حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**، ج3، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان: 1415 هـ - 1995م، ص 453.

العادل فالذي عدل من الطرفين ليس له الحق في استرجاع ما قدم؛ بينما عليه أن يردّ للطرف الآخر هداياه. و الشافعية يعتبرون هدية الخطبة من هبات الثواب بحيث إذا لم يتحقق للمهدي غرضه منها وهو إتمام الزواج فله استرجاعها.

و إن كان يجب التنبيه إلى أن أكثر تطبيقات الفقهاء لأحكامهم المذكورة جاءت على هدايا الخاطب مجاراة منهم للغالب خاصة في تلك العصور، و هو كون الهدايا تأتي عادة من الخاطب.

و بالتالي فإن الفقهاء لم يفرقوا بين الطرفين (الخاطب و المخطوبة) في الحكم بل أخضعوا هدايا الخطبة لحكم معين بغض النظر عَمَّن قدمها. و عليه فإنه يمكن القول بأن آراء المذاهب الأربعة جميعها تحقق المساواة بين الرجل والمرأة في مسألة رد الهدايا ، فبأي مذهب من هذه المذاهب أخذ المشرع الجزائري ؟

بعدما رأينا حكم مسألة رد الهدايا في قانون الأسرة، و كذا حكمها عند فقهاء الشريعة، يمكننا القول بأن موقف المشرع الجزائري جاء مزيجا بين مذهبين حيث أنه أخذ من المذهب المالكي نظره إلى الطرف العادل و الذي ليس له استرجاع ما أهداه، و لكنه خالف المذهب المالكي إلى المذهب الحنفي حين اكتفى بوجوب رد القائم من الهدايا دون المستهلك على أنه أضاف لرأي الأحناف تخيير الطرف العادل بين إرجاع عين ما بقي قائما من هدايا أو دفع قيمته.

و هو انتقاء عشوائي و تلفيق لا مبرر له و كان الأولى بالمشرع اعتماد حكم محدد واضح و ذلك باختيار رأي مذهب فقهي معين و تطبيقه على هدايا كلا من الخاطب والمخطوبة على حد سواء و بذلك يحقق مبتغاه الأول و هو المساواة بين الرجل و المرأة في حكم المسألة وفي الوقت ذاته سيجني الوضوح و الدقة المطلوبين في الأحكام. كما فعل المشرع المغربي مثلا حيث اختار رأي المالكية و طبقه على هدايا الخاطب و المخطوبة على

حد سواء[1]، و هو ما نصت عليه المادة 08 من مدونة الأسرة المغربية[2]: « لكل من الخاطب و المخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا ، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله.

ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال.»

و في رأيي كان على المشرع الجزائري أن لا يذهب بعيدا بأن يأخذ هو الآخر بالمذهب المالكي (المذهب السائد) فهو يحقق المساواة في الحكم، و الأهم من ذلك أنه يحقق العدل؛ فحكم المالكية يعد الأكثر عدلا في المسألة فهو يحرم الطرف العادل من استرداد ما أهدى حتى لا يُجْمَع على الطرف المَعْدُول عنه ألمين ألم العدول عنه و ألم الاسترداد، لأن إبطال العمل جاء من جهته ومن سعى في نقض ما تم من جهته كان سعيه مردودا عليه[3].و عدالة المذهب المالكي أمر قرره الكثيرون على رأسهم محمد أبو زهرة.[4]

المطلب الثاني: المساواة في التعويض عن ضرر العدول

رأينا سابقا أن الخطبة سواء كانت في نظر الشريعة أو قانون الأسرة، هي مجرد وعد بالزواج، و لا ينشأ أي التزام بإتمام العقد، و أن لكلا الطرفين حق العدول عنه.

وإذا ما حدث هذا العدول، فإنه قد يترتب عليه ضرر لأحد الطرفين، و من أمثلة الأضرار المترتبة عن العدول: ترك المخطوبة وظيفتها أو التوقف عن دراستها تلبية لرغبة

---

[1] عبد الله بن الطاهر، مرجع سابق ، ص 48.

[2] ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة **مدونة الأسرة**، الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة بتاريخ 05 فبراير2004، منشور في موقع وزارة العدل المغربية: http://www.justice.gov.ma/ar/legislation

تاريخ الزيارة: 2007/08/07 .

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 39-40؛ بدران أبو العينين بدران، **الزواج و الطلاق في الإسلام**، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية: 1985، ص 33؛ عبد الله بن الطاهر، مرجع سابق، ص 48.

[4] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 39؛ محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، الدار الجامعية، بيروت: 1403هـ - 1983م، ص 84؛ محمد محدة، مرجع سابق، ص 62؛ عبد الله بن الطاهر، مرجع سابق، ص 48.

الخاطب للتفرغ لشؤون البيت، قيام الخاطب بإعداد مسكن الزوجية على شكل معين تريده المخطوبة.

وقد اختلف فقهاء القانون حول مسألة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، و يمكن تقسيم آرائهم في هذا الشأن إلى ثلاثة آراء أساسية.

الرأي الأول: و يرى أصحابه بوجوب التعويض على أساس أن الخطبة تعتبر عقدا ملزماً و أي إخلال به يوجب التعويض.[1]

الرأي الثاني: و يذهب أصحابه إلى نفي الحق في التعويض عن ضرر العدول مستندين إلى أن الخطبة مجرد وعد غير ملزم، و أن العدول يعد حقاً مشروعاً، و لا ضمان في استعمال الحق.[2]

الرأي الثالث: و هو رأي غالبية فقهاء القانون و على رأسهم عبد الرزاق السنهوري، و هو رأي وسط و مضمونه أن الخطبة و إن كانت مجرد وعد لا يقيّد أيّاً من المتواعدين؛ ولكل منهما أن يعدل في أي وقت شاء، إلا أن هذا الوعد إذا اقترنت به أفعال مستقلة ألحقت ضرراً مادياً أو معنوياً بأحد المتواعدين فإنها تكون موجبة للتعويض، فالتعويض ليس عن مجرد العدول فهو حق مقرر، إنما عن الضرر الناشئ عن أفعال صاحبت العدول فيكون الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.[3]

و هذا الحكم من تقرير للتعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول عن الخطبة، هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث قرر حق الطرف الذي حدث له ضرر مادي أو معنوي جرّاء العدول، في التعويض.

---

(1) نقله محمد محدّة، مرجع سابق، ص 67.

(2) المرجع نفسه، ص 70.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، المج2: نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان: 1998، ص 939-940؛ محمد محدّة، مرجع سابق، ص 74؛ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 57.

و هو موقفه في قانون الأسرة القديم و كذلك في القانون المعدَّل، فقد نصت الفقرة 3 من المادة 5 (الجديدة) على أنه: « إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض. »

و بالرجوع إلى نص هذه المادة قبل التعديل، نجد أن المشرع لم يحدث تغييراً جوهرياً عليها بل مجرد تعديل لغوي: تمثل في زيادة بعض الألفاظ رأى المشرع أن فيها توضيحاً وتأكيداً للمعنى، أما على مستوى الموضوع والجوهر فلم يحدث أي تعديل بل ظل الحكم ذاته، فقد كان مضمون نص المادة 5 سابقاً: "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض. »

فالمشرع من خلال هذا الحكم أجاز للطرف المتضرر من العدول؛ سواء كان الخاطب أو المخطوبة، المطالبة بالتعويض، فقد قرر للطرفين الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول دون أي تفريق بينهما.

و بذلك فإن المشرع يساوي بين الرجل و المرأة (الخطيبان) في حق التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة.

فإذا كان هذا هو موقف قانون الأسرة الجزائري في مسألة التعويض عن الضرر في العدول، فكيف هو موقف الشريعة الإسلامية في هذه المسألة؟

لم يتعرض الفقهاء القدامى لمسألة التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة، ذلك لأنها لم تطرح في عصورهم نظراً لبساطة الحياة و التزام الناس في سلوكهم بما حَدّه الشرع، حيث كانت تجري أمور الخطبة و الاستعداد للزواج على شيء من البساطة واليسر، و كانت الخطبة تستغرق زمناً قصيراً فحتى إذا ما حدث عدول فإن أياً من الطرفين لم يكن قد تكلف في الغالب ما يستحق التعويض، و حتى في الحالات القليلة التي يكون أحد الطرفين قد تكلّف شيئاً من المال بسبب الخطبة فإن المروءة و التعفف كانت تمنع الناس من

المطالبة بالتعويض.[1] كما أن التزام الناس في سلوكهم بما رسمه الشرع من حدود في علاقة الخطيبين و مَنْعِ الاختلاط بينهما إلا بعد العقد، لم يدع مجالاً للضرر المعنوي[2]

أما اليوم و بعدما بَعُدَت الحياة عن بساطتها و انحرف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة عمّا حدّدته الشريعة، فقد نتجت أضرار مادية و معنوية عن العدول عن الخطبة، فعَمِلَ الفقه المعاصر على الاجتهاد في هذه المسألة و البحث في حكمها.

و قد انقسم الفقهاء المعاصرون حول مسألة التعويض عن ضرر العدول، إلى ثلاثة آراء.

الرأي الأول: و يرى القائلون به بأنه لا تعويض عن الضرر المترتب عن العدول، لأن العدول حق مقرر لكلا الطرفين بدون قيد أو شرط و المقرر فقهاً و قانوناً أنه لا ضمان في استعمال الحق، و لأن الذي ناله الضرر يعلم أن للطرف الآخر حق العدول في أي وقت شاء فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة ثم حصل عدول فالضرر نتيجة لاغتراره و لم يغرر به أحد، و الضمان عند التغرير لا عند الاغترار، و لأن في الإلزام بالتعويض نوع من الإكراه على الزواج. و ممن قال بهذا الرأي محمد بخيت (مفتي الديار المصرية سابقاً).[3]

الرأي الثاني: و مضمونه وجوب التعويض إذا ترتب عن العدول ضرر للطرف الآخر، لأن الخطبة و إن لم تكن عقداً فهي ارتباط يتحمّل أحدهما بسببه مغارم مالية، و قد تكون قد تمت بمعرفة العادل و تحت سمعه و بصره، فالعدول بعد ذلك لا يخلو من التغرير[4]. و ممن ذهب إلى هذا الرأي محمود شلتوت (شيخ الأزهر السابق).[1]

---

[1] محمد بلتاجي، **في أحكام الأسرة**، ج1: الزواج و الفرقة، مكتبة الشباب، (بدون بلد نشر):1987، ص215-216؛ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 55.

[2] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 86.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 37؛ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 87؛ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 56.

[4] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 37.

الرأي الثالث: و ذهب إليه أغلب الفقهاء المعاصرين و منهم محمد أبو زهرة[2] ومحمد مصطفى شلبي[3] و محمد بلتاجي[4]، و يرى أصحابه أن العدول في ذاته لا يكون سبباً للتعويض؛ لأنه حق مقرر لكلا الطرفين، إنما يكون التعويض عن الضرر الناشئ عن أفعال صاحبت العدول و كان للطرف العادل دخلٌ فيها كأن تترك المرأة الموظفة وظيفتها بناء على طلب الخاطب للتفرغ لشؤون البيت.

يعتبر الرأي الثالث رأياً وسطاً و هو الأجدر بالإتباع، نظراً لتوافقه مع نصوص الشريعة و قواعدها العامة و التي تمنع الضرر و تنهى عنه و من ذلك حديث النبي صلى الله عليه و سلم: « **لا ضَرَرَ و لا ضِرَارَ**»[5] .

كما تجدر الإشارة إلى أن هذا الرأي، يقرر حق التعويض عن الضرر بغض النظر عمّن هو الطرف المتضرر الخاطب أو المخطوبة، فإن لكليهما على حدٍ سواء الحق في التعويض ما دام الضرر واقعا و بالضوابط التي قررناها سابقاً. فهو يقرر المساواة التامة بين الرجل و المرأة في حق التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة.

باستحضار حكم المشرع الجزائري في مسألة التعويض عن ضرر العدول الذي مرّ معنا، يتبين بأنه يوافق الرأي الثالث من آراء فقهاء الشريعة والذي يعد الأقوى من بين الآراء السابقة، و هو يقرر حق التعويض للطرف المتضرر من العدول سواء كان الخاطب أو المخطوبة فهما متساويان مساواة تامة في هذا الحق.

---

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص56.

(2) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 38.

(3) محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 89-90.

(4) محمد بلتاجي، **في أحكام الأسرة**، مرجع سابق، ص 219.

(5) رواه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج2، ص784؛ مالك، كتاب الأقضية، القضاء في المرفق، ص409.

و بالتالي يمكننا القول أن قانون الأسرة يوافق الشريعة الإسلامية في المساواة التامة بين الرجل و المرأة في حق طلب التعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول عن الخطبة.

المبحث الثاني: المساواة في سن الزواج

من بين الأحكام التي مسها التعديل بموجب قانون الأسرة المعدَّل، سن الأهلية في عقد الزواج، حيث أصبحت هذه السن محددة بـ 19 سنة بالنسبة للرجل و المرأة معاً، وهو ما يشكل صورة للمساواة بين الرجل و المرأة في القانون المعدَّل.

و سأقوم بدراسة هذه الصورة بالتفصيل في قانون الأسرة في مطلب أول، ثم أبحث في المطلب الثاني موقف الشريعة من هذا الشكل من المساواة.

المطلب الأول: المساواة في سن الزواج في قانون الأسرة.

كانت سن الأهلية في القانون القديم تحدد بـ 18 سنة بالنسبة للمرأة و 21 سنة بالنسبة للرجل، أما في ظل القانون المعدَّل فقد أصبحت محددة بـ 19 لكل من الرجل والمرأة حيث نصت المادة 07 المعدلة على أنه: « تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.»

فطبقاً لنص هذه المادة فإن الشخص سواء كان رجلا أو امرأة، لا يكون أهلاً للزواج إلاّ ببلوغه سن 19 سنة. على أنه يجوز استثناءً الزواج قبل هذه السن لضرورة أو مصلحة وذلك بترخيص من القاضي و الذي عليه التحقق من قدرة الطرفين على الزواج. و في حالة الترخيص للقاصر بالزواج فإنه يكسب بقوة القانون أهلية التقاضي في حدود الدعاوى المتعلقة بآثار عقد الزواج.[1]

---

[1] بن داود عبد القادر، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد**، دار الهلال، (بدون بلد نشر)، (بدون تاريخ نشر)، ص 69.

وقد جعل المشرع بلوغ أهلية الزواج، شرطاً من شروط عقد الزواج و هو ما نصت عليه المادة 9 مكرر و التي جاء فيها: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:

- أهلية الزواج،
- الصداق،
- الولي،
- شاهدان،
- انعدام موانع شرعية للزواج.»

إلا أن ما يستغرب هو إغفال المشرع النص على جزاء تخلف شرط الأهلية، فقد خلت المادتان 32 و 33 فقرة 2 و اللتان تضمنتا جزاءات تخلف شروط الزواج، من أي ذكر أو إشارة لشرط الأهلية[1]. و أمام هذا الوضع فيجب إبقاء العمل بنصوص القانون رقم 63-224 المتعلق بتنظيم سن الزواج و إثبات العلاقة الزوجية[2] فيما يخص جزاء تخلف أهلية الزواج، ويرتب هذا القانون على الزواج دون السن القانوني، البطلان المطلق قبل الدخول و في هذه الحالة يكون لكل من له مصلحة؛ الحق في طلب إبطال الزواج، أما بعد الدخول فيكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً و لا يمكن طلب إبطاله إلا من قِبل أحد الزوجين (المادة 3 فقرة 1 و2 من القانون 63-224). [3]

---

[1] فقد نصت المادة 32 على جزاء تخلف شرط انعدام الموانع الشرعية حيث جاء فيها «يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد.» و نصت المادة 33 فقرة 2 على جزاء تخلف كل من شرط الشاهدين و الصداق و الولي فجاء فيها: «إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثب بعد الدخول بصداق المثل.»

[2] القانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 جوان 1963 المتعلق بتنظيم سن الزواج و إثبات العلاقة الزوجية ، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 1963 المؤرخة في 2 جويلية 1963.

[3] عبد العزيز سعد، **الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومه، الجزائر: 1996، ص 95؛ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 62.

و أما عن مرجعية سن الأهلية الجديد، فهي سن الرشد المدني و المحددة بـ 19 سنة طبقاً للمادة 40 من القانون المدني[1]، و قد جاء في بيان أسباب التعديل: « توحيد سن الزواج بالنسبة إلى الذكر والأنثى و تحديده ببلوغ 19 سنة، تطابقاً مع سن الرشد المدني.» [2]

و يأتي اعتماد المشرع لسن الرشد المدني كسنٍ للزواج، كخطوة في إطار الإصلاح التشريعي؛ الرامي إلى توحيد سن الرشد بين القوانين الوطنية[3] استناداً إلى اتفاقية حقوق الطفل[4]، التي صادقت عليها الجزائر والتي تجعل سن الطفولة يمتد إلى غاية سن 18 سنة حيث نصت المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل على ما يلي: "لأغراض هذه الاتفاقية، يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة."

فجاء اختيار المشرع لسن الرشد المدني (19 سنة) لجعلها سن الأهلية المعتمدة في جميع القوانين، كونها تتوافق مع ما جاء في هذه الاتفاقية و تراعي ما حدته من سنٍ للطفولة.

---

(1) تنص المادة 40 من القانون المدني على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

و سن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة." الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدّل و المتمّم، الجريدة الرسمية رقم 78 لسنة 1975 المؤرخة في 24 رمضان 1395هـ الموافق 30 سبتمبر 1975م.

(2) الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم146 لسنة2005،المؤرخة في 18 صفر1426هـ الموافق 28 مارس 2005م، ص 07.

(3) و قد شُرِع فعلاً في تطبيق هذا الإصلاح، بتعديل أهلية الزواج و كذلك بتعديل سن الأهلية في قانون الجنسية الذي أصبح مطابقاً أيضاً لسن الرشد المدني المادة 04 من قانون الجنسية الجديد: الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فبراير 2005 م، المعدِّل و المتمِّم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390 هـ الموافق15 ديسمبر1970 و المتضمن قانون الجنسية الجزائرية،الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005 المؤرخة في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005 م.

(4) تمّ اعتمادها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، و دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2 سبتمبر 1990، صادقت عليها الجزائر بتحفظ (على المواد:13، 14، 16 ،17) بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 24 جمادى الثانية 1413 هـ الموافق 19 ديسمبر 1992 م، الجريدة الرسمية رقم 91 لسنة 1992 المؤرخة في 28 جمادى الثانية 1413 هـ الموافق 23 ديسمبر 1992 م.

لقد أصبح المشرع ينظر إلى اختلاف سن الأهلية بين القوانين الوطنية، على أنه تضاربٌ وفوضى يجب إنهاؤها باعتماد سن واحدة في جميع القوانين، على أن تراعي هذه السن المعايير الدولية، حيث جاء في تقرير لجنة الشؤون القانونية و الإدارية و حقوق الإنسان لمجلس الأمة، بخصوص تغيير أهلية الزواج: «هنالك تضارب كبير و فوضى في التشريع الجزائري فيما يتعلق بتحديد سن الرشد و أهلية الزواج و أهلية التقاضي و سن البلوغ ففي القانون المدني هي 19 سنة و في قانون الجنسية قبل التعديل هي 21 سنة و في قانون الأسرة السابق هي 21 سنة للذكر و 18 سنة للأنثى و في القوانين الجزائية 18 سنة و في قانون العمل و قضايا الإرهاب هي 16 سنة.

إن الإصلاح التشريعي يقتضي توحيد سن الرشد بين جميع هذه القوانين استناداً إلى أحكام الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي صادقت عليها الجزائر... و من ثمّ فإن تحديد سن أهلية الزواج بـ 19 سنة في هذا الأمر، جاء منسجماً تماماً و موفقاً مع هذه الاتفاقية...» [1]

و بالتالي فإن اختيار المشرع لسن الرشد المدني (19 سنة) كأهلية للزواج بالنسبة للرجل والمرأة على حد سواء، ليس له أي مستند موضوعي إنما يأتي فقط لتحقيق الانسجام والتوافق بين التشريع الجزائري واتفاقية حقوق الطفل فيما يتعلق بسن الرشد، فمجرد كون سن الرشد المدني تراعي سن الطفولة المقررة دولياً، فإن ذلك يعدُّ في رأي المشرع مرجّحاً كافياً و مستنداً قوياً لاعتماده كسن للرشد في جميع القوانين، و هو الأمر الذي قرره عبد القادر بن داود بقوله:« الإصلاح التشريعي يقتضي توحيد السن بجعل سن الرشد لدى كلا الزوجين محدد عند 19 سنة، و وجه الترجيح أن أحكام الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل و التي صادقت عليها الجزائر تجعل سن الطفولة يمتد إلى 18 سنة و بالتالي فإن سن 19 سنة يعتبر

---

[1] الجريدة الرسمية للمداولات مجلس الأمة رقم 02 للدورة الربيعية 2005 م المؤرخة في 15 صفر 1426 هـ الموافق 26 مارس 2005 م، ص 13؛ و انظر بن داود عبد القادر، مرجع سابق، ص 68.

سن رشد و ليس من بلغ هذه السن بطفل وفقاً لأحكام القانون المدني الجزائري أولاً و وفقاً للاتجاه الدولي و المعايير الدولية الجديدة" [1]

كما أن المشرع يقصد من اعتماده لسن الرشد المدني كأهلية للزواج إلى جانب توحيده سن الأهلية بين القوانين، تحقيق المساواة بين الرجل و المرأة في أهلية الزواج[2]حيث جاء في تقرير لجنة الشؤون القانونية والإدارية و حقوق الإنسان لمجلس الأمة بأن: « تحديد سن أهلية الزواج بـ 19 سنة في هذا الأمر، جاء منسجماً تماماً و موفقاً مع هذه الاتفاقية [اتفاقية حقوق الطفل] و مع أحكام القانون المدني الجزائري، ومكرساً لمبدأ المساواة بين الجنسين.»[3]

لقد رأى المشرع في الحكم السابق من اختلاف بين الرجل و المرأة في أهلية الزواج، إخلالا بمبدأ المساواة استناداً إلى الاتفاقيات الدولية و التي توجب المماثلة بين الرجل و المرأة في جميع الأحكام بما في ذلك سن الأهلية. و نذكر من بين هذه الاتفاقيات اتفاقية حقوق الطفل والتي عَرّفت الطفل على أنه كل إنسان - إشارة إلى عدم التمييز بين الذكر و الأنثى- لم يتجاوز18 سنة (المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل). فقد حددت سناً للطفولة يسري على الذكر والأنثى على حدّ سواء.

و من ذلك أيضاً اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و التي قضت بإلغاء كل صور الاختلاف بين الرجل و المرأة في مسائل الأحوال الشخصية حيث نصت المادة 16 فقرة 1: « تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية.» و للإشارة فإن هذا النص يعتبر من النصوص التي تحفظت عليها الجزائر عند انضمامها لهذه الاتفاقية، إلا أنه يبدو أن مجال

---

[1] بن داود عبد القادر، مرجع سابق، ص 68.

[2] المرجع نفسه، ص 68؛ فضيل العيش، مرجع سابق، ص 13.

[3] الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة، ص 13.

هذا التحفظ قد بدأ في التقلص بفضل التعديلات الجديدة و من بينها توحيد سن الزواج وتحقيق المساواة بينهما في هذه المسألة.

و بالتالي يمكننا القول إن حكم المشرع باعتماد سن الرشد المدني كأهلية للزواج بالنسبة للرجل والمرأة على حد سواء، يرجع إلى مجرد رغبته في توحيد سن الرشد بين القوانين الوطنية و سعيه لتحقيق المساواة بين الرجل و المرأة انسجاماً مع الاتفاقيات الدولية.

فإذا كان موقف قانون الأسرة المعدَّل هو المساواة بين الرجل و المرأة في سن الزواج فما هو رأي الشريعة في هذه المساواة.

المطلب الثاني: موقف الشريعة من المساواة في سن الزواج

بالرجوع إلى نصوص الشريعة و آراء الفقهاء فيها، نجد أنها تجيز الزواج دون أي قيد أو شرط في السن. [1]

فقد أجمع الفقهاء على جواز عقد النكاح حتى على الصغار دون البلوغ[2]، و لم يشذّ عن ذلك إلاّ ابن شُبْرُمة و عثمان البتي و أبو بكر الأصم و الذين ذهبوا إلى المنع[3].

على أنه بالنسبة للصغيرة، وإن كان الفقهاء يجيزون تزويجها قبل البلوغ، إلا أنهم يمنعون الدخول بها إلا بعد البلوغ و القدرة على الوطء قال ابن بَطَّال:« يجوز تزويج

---

[1] محمد محدة، مرجع سابق، ص 130.

[2] أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الحفيد)، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**، ج2، دار العقيدة، القاهرة: 1425هـ - 2004 م، ص 8-9؛ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسانيد**، (تحقيق: سعيد أعراب)، ج19. (بدون دار نشر)، (بدون بلد نشر): (بدون تاريخ نشر)، ص 98؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، **فتح القدير**، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان: (بدون تاريخ نشر)، ص 172؛ شمس الدين أبو فرج عبد الرحمن بن أحمد بن قدامى المقدسي، **الشرح الكبير على متن المقنع**، بهامش المغني، مرجع سابق، ج7، ص386،382.

[3] ابن رشد، مرجع سابق، ص9 ؛ ابن الهمام، مرجع سابق، ج3، ص172.

الصغيرة بالكبير إجماعاً و لو كانت في المهد لكن لا يمُكَّن منها حتى تصلح للوطء. »[1] وقال خليل: «و تُمْهَلُ... و للمرض و الصِّغر المانعين من الجِمَاع.»[2]

إلا أنه يجب التنبيه إلى أن الشريعة و إن كانت تجيز زواج الصغار دون البلوغ، إلا أنه خلاف الأصل، فالزواج الذي تطلبه الشريعة إنما هو الذي يحقق مصالح الزواج من تمام الاستمتاع وحصول النسل و لا شيء من ذلك يتحقق في زواج الصغار، و إنما أجازت هذا الزواج استثناءً كخيار تتطلبه بعض الحالات تحقيقاً لمصلحة معينة يخشى فواتها بالتأخير[3]، كمصلحة إحراز الكفء و الخشية من فواته عند البلوغ بالنسبة للمرأة.[4]

فالشريعة لا تدعو إلى زواج الصغار و لا تفضله، لكنه حَلٌّ تجيزه لمواجهة حالات معينة.

و مع مرور الزمن و ما شهده من تطور لمناحي الحياة و تعقد سُبل المعيشة، فقد كان لذلك تأثير مباشر على سن الزواج، فلم يعد بالإمكان الحديث عن زواج الصغار دون البلوغ نظراً لما أثبته الأطباء وعلماء الاجتماع وغيرهم من أضرارٍ كبيرةٍ لهذا الزواج: جسمية ونفسية واجتماعية خاصة على المرأة[5]، وهو ما دفع بالفقهاء المعاصرين إلى الاتجاه لمنع زواج الصغار نظراً لثبوت أضراره و مفاسده و غَلَبَتِها على المصالح التي قد يحققها.[6]

---

(1) نقله ابن حجر في **فتح الباري**، مرجع سابق، ج9، ص 124.

(2) خليل ابن إسحاق المالكي، **مختصر العلامة خليل**، دار الشهاب، باتنة - الجزائر: 1988، ص 124.

(3) محمد بلتاجي، **في أحكام الأسرة**، مرجع سابق، ص 55.

(4) ابن الهمام، مرجع سابق، ج3، ص 173؛ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 109.

(5) تشوار جيلالي، **الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر: 2001، ص 50 ؛ محمد محدة، مرجع سابق، ص 131- 132.

(6) محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص55 ؛ مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 38 ؛ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 153 - 154؛ محمد الحبش، **المرأة بين الشريعة و الحياة**، دار التجديد، دمشق:2002، ص137-138 ؛ محمد محدة، مرجع سابق، ص131-132.

و حتى بالنسبة للبلوغ الذي كان يعد قدراً كافياً و حدّاً أمثل للزواج في العصور السابقة، فإنه لم يعُد كذلك في العصر الحاضر نظراً لتأخر النضج الجسمي و الفكري للإنسان بالمقارنة مع العصور السابقة حيث كان الشخص عند البلوغ متوفراً على درجة كبيرة من النضج الجسمي والفكري ما يؤهله لتحمل مسؤوليات الزواج. إلى جانب أن تطورات الحياة المعاصرة و تعقد سبل العيش فيها، جعل الحياة الزوجية تحتاج إلى متطلبات أكثر واستعداد أكبر لحسن القيام بها[1]، كإدراك قدر من التحصيل العلمي[2] و اكتساب بعض مهارات التدبير المنزلي و تربية الأولاد.

هذه الاعتبارات الجديدة جعلت العديد من الفقهاء المعاصرين منهم محمد بلتاجي ومحمد مصطفى شلبي و عبد الحليم أبو شقة، يؤيدون القوانين الوضعية في تحديد حد أدنى لسن الزواج؛ يُقَدّر فيها أنه قد توفر في الزوجين النضج البدني و الفكري الكافي والاستعداد اللازم لتحمل أعباء الحياة الزوجية[3]. يقول عبد الحليم أبو شقة: "... كذلك يرفع الحد الأدنى لسن الزواج ... بناءً على مصلحة راجحة، و هي توفير فرصة تحصيل الحد الإلزامي من التعليم، و توفير درجة من النضج البدني و الاجتماعي – خاصة بعد تعقد الحياة – تعين على نجاح الزواج و استقراره." [4]

فوَضْعُ حدٍّ أدنى لسن الزواج، واحد من أوجه التنظيم الذي اقتضته تطورات الزمن والتي جعلت الحياة الزوجية تتطلب استعداداً أكبر عما سبق، و هو يحقق مصلحة معتبرة هي

---

(1) رمضان علي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان:2002، ص114؛ عبد الفتاح تقية، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي**، دار ثالة، (بدون بلد نشر): 1999 - 2000، ص 114 - 115.

(2) عبد الحليم أبو شقة، **تحرير المرأة في عصر الرسالة**، ج5: مكانة المرأة المسلمة في الأسرة، دار القلم، الكويت: 1422 هـ - 2002 م، ص 279؛ محمد الحبش، مرجع سابق، ص 138.

(3) محمد بلتاجي، **في أحكام الأسرة**، مرجع سابق، ص 55 ؛ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 146،153؛ عبد الحليم أبو شقة، مرجع سابق، ص 279؛ محمد الحبش، مرجع سابق، ص 138؛ محمد محدّة، مرجع سابق، ص 131 - 132.

(4) عبد الحليم أبو شقة ، مرجع سابق، ص 279.

ضمان التهيؤ و الاستعداد الكافي لتحمل مسؤوليات الزواج. و لأجل ذلك فإن الشريعة تؤيد هذا الإجراء التنظيمي، استناداً إلى ما تُقِرُّهُ من تغيرٍ للأحكام بتغير الزمان، و ما تجيزه لولي الأمر من سلطة تقييد المباح في حال المصلحة، إلى جانب كونها تؤيد كل حكم ينطوي على مصلحة معتبرة؛ و في باب النكاح بشكل خاص، فإنها تؤيد كل حكم يعين على نجاح الزواج و استقراره و تحقيق مقاصده.

على أنه عند تحديد السّن لابد من مراعاة شرط أساسي أكد عليه بعض الفقهاء المعاصرين مثل عبد الحليم أبو شقة، و هو أن يكون التحديد نابعاً من حاجة المجتمع ومراعاة مختلف ظروفه الداخلية: المناخية والاقتصادية و الاجتماعية، بحيث تراعى هذه العوامل لما لها من تأثير لا ينكر في سن الزواج؛ فالعامل المناخي مثلاً له تأثير مباشر في درجة النمو البيولوجي و العقلي للإنسان، كما أن المستوى الاقتصادي و المعيشي له دور أيضاً في تشجيع الفرد على الزواج أو العكس، و كذلك لاختلاف العادات و التقاليد الاجتماعية دور مهم أيضاً في تحديد سن الزواج فعادات بعض المناطق تقتضي التبكير بالزواج و عادات أخرى التأخير و هكذا.

و مراعاة هذه الظروف، يستوجب إجراء دراسات إحصائية ميدانية للأفراد في مختلف البيئات والظروف في البلد المعني بالتحديد و محاولة التقريب بينها، حتى يكون هذا التحديد ملبياً فعلاً لحاجة المجتمع ومحققاً للمصالح الموجودة منه؛ يقول عبد الحليم أبو شقة: "ليس المقصود من التنظيم [تنظيم سن الزواج] تغيير أحكام الشرع، خضوعاً لصرخات شاطحة منبعثة من الغرب والمفتونين به، بل هو تنظيم لتسديد تصرفات الفرد حتى لا يخرج عن مقاصد الشرع، و يسيء استعمال ما أباح له الشارع. و إذا أقررنا مبدأ التنظيم فلنناقش صورة التنظيم، فقد يكون العيب في الصورة لا في المبدأ، و عندها نبحث في الصورة الأمثل. وينبغي أن نؤكد على ضرورة عمل دراسات إحصائية و ميدانية قبل وضع أي تنظيم حتى يكون التنظيم ملبياً لحاجة حقيقية لا وهمية، و محققاً لمصلحة مشروعة." [1]

[1] عبد الحليم أبو شقة، مرجع سابق، ص 279.

فالشريعة إذن تجيز تحديد سنٍ أدنى للزواج و لكن بشرط أن يكون هذا التحديد نابعاً من حاجة المجتمع و ظروفه الخاصة به. و يمكن أن نستنتج من ذلك ضابطاً عاماً لتحديد سن الزواج في الشريعة، هو مراعاة مختلف العوامل و الاعتبارات الموضوعية التي تؤثر في تحديد سن الزواج.

و بناءً على ذلك فإنه من بين العوامل التي ينبغي مراعاتها عند تحديد السن، عامل اختلاف الجنس، حيث أنه انطلاقاً من الاختلاف الكائن بين الرجل و المرأة في درجة النمو البيولوجي والعقلي و كذلك في نوع الوظيفة، فإن مراعاة ذلك يقتضي اختلاف سن الزواج بينهما.

فالمثبت علمياً و المشاهد واقعاً، أن هناك اختلافاً بين الذكر و الأنثى في درجة النمو البيولوجي والعقلي، فالأنثى أسرع نمواً جسمياً و عقلياً من الذكر و هي تصل إلى مرحلة البلوغ البيولوجي قبله، كما أنها تفقد وظيفتها التناسلية و تصبح غير قادرة على الإنجاب قبل الرجل الذي يظل قادراً على الإنجاب إلى سن متأخرة.[1]

و انطلاقاً من الاختلاف في هذا الجانب الهام و الذي له صلة مباشرة بمضمون العلاقة الزوجية، فإنه لابد من تحديد سن للزواج يخص المرأة يراعي نضجها البدني والفكري المبكر، فلا يَحْرِمها فرصة الزواج والإنجاب في السن الأنسب بيولوجياً و نفسياً لذلك. و تحديد سن خاص بالرجل يناسب نضجه البدني والعقلي المتأخر فلا يُقْدِم على الزواج إلا و هو مكتمل النضج والتأهيل لذلك.

و إلى جانب الاختلاف في درجة النمو، هنالك اختلاف آخر بين الرجل و المرأة يقتضي التفريق بينهما في سن الزواج، و هو الاختلاف في نوع الوظيفة الموكلة لكل منهما، «فالرجل باعتباره رئيس الأسرة و المسؤول عنها، فإنه يحتاج لوقت أطول ليكون أهلاً لهذه

---

[1] الكسيس كاريل، مرجع سابق، ص 108؛ سناء الخولي، **الأسرة و الحياة العائلية**، دار النهضة العربية، بيروت: 1404 هـ - 1984 م، ص 167.

الوظيفة.» [1]، كما أن ما يقع على عاتقه من تكاليف مالية للزواج من مهر و سكن ونفقة، يتطلب وقتا معتبرا لتأمينه؛ فالرجل على خلاف المرأة يحتاج إلى وقت ليكون مؤهلاً مادياً للزواج. و بالتالي فإن الرجل من زاوية وظيفته كرئيس للأسرة و المتحمل لنفقاتها يحتاج إلى وقت أطول من الوقت الذي تحتاجه المرأة، ليكون مؤهلاً للزواج.

و عليه فإن الاختلاف بين الرجل و المرأة في هذه الجوانب(درجة النمو و نوع الوظيفة) والتي لها علاقة مباشرة بمضمون الحياة الزوجية، يقتضي التفريق بينهما في سن الزواج، بأن يحدد لكل منهما سناً تخصه، تناسب درجة نموه البيولوجي و العقلي، و توفر له الوقت الذي يحتاجه ليكون مؤهلاً لوظيفته.

المطلب الثالث: مناقشة و ترجيح

بعد التعرض لموقف كل من قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية في مسألة سن الزواج. تبين بأن موقف قانون الأسرة هو اعتماد سن الرشد المدني (19 سنة) كسن أدنى للزواج بالنسبة للرجل والمرأة معاً، توحيداً لسن الأهلية بين القوانين بالاستناد إلى سن الطفولة المحددة دولياً، و تحقيقاً للمساواة بين الرجل و المرأة.

أما الشريعة فهي لا تحدد سناً بعينها بل تجيز كل سِنٍّ تُرَاعى فيها العوامل الموضوعية المؤثرة في تقدير سن الزواج؛ و من أهم هذه العوامل، عامل الظروف المناخية والاقتصادية و الاجتماعية للبلد المعني بالتحديد، و كذلك عامل نوع الجنس؛ حيث أن الاختلافات الكائنة بين الرجل والمرأة في النمو البيولوجي و العقلي وفي نوع الوظيفة، تقتضي الاختلاف بينهما في سن الزواج.

و بالمقارنة بين التشريعين، يمكننا القول إن تنظيم المشرع الجزائري لسن الزواج في قانون الأسرة، يتميز بالشكلية وضعف التأسيس.

---

[1] سناء الخولي، مرجع سابق، ص 167.

حيث أن المشرع قرر تطبيق سن الرشد المدني على قانون الأسرة، من دون التعمق والبحث في مدى صلاحها لتكون سناً للزواج. فإذا كان اختلاف سن الأهلية في بعض القوانين، عن سن الرشد المدني ليس له مبرر ؛ مثل سن الانتخاب و سن اكتساب الجنسية، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لقانون الأسرة حيث أن لعقد الزواج طبيعة خاصة وبالتحديد من ناحية خطورة آثاره و نوع الالتزامات و الأعباء الناشئة عنه، تجعله يستحق سن أهلية خاصة به يكون الشخص عندها متوفرا على النضج الكافي و التأهيل اللازم للإقدام على مثل هذا العقد و تحمل مسؤولياته العظيمة.

و بالنسبة للمرجّح الذي استند إليه المشرع في اختيار السن، و هو مراعاتها لسن الطفولة (18 سنة) المحددة دولياً في اتفاقية حقوق الطفل، فإن في ذلك تَبَنٍّ من المشرع لمعيار شكلي، دون محاولة التحقق من مناسبة هذه السن لظروف الفرد الجزائري و درجة نضجه البدني و العقلي، حتى تستحق أن تُجْعَل معياراً لتحديد سن الزواج. و يمثل ذلك التحديد الدولي فرضاً لتوجه معين يقضي بسن معينة، على الأوضاع الداخلية المتباينة للدول والتي من الطبيعي أن تختلف سن الأهلية فيما بينها نظراً لاختلاف ظروفها و أوضاعها.

كما أن حكم المشرع بتطبيق سن الرشد المدني كأهلية للزواج على الرجل و المرأة على حد سواء، لا يرجع إلى أي مستند موضوعي أو محاولة للبحث في مدى ملاءمتها كسن لهما معاً، بل إلى مجرد سعي المشرع إلى الانسجام مع الاتفاقيات الدولية بتحقيق المساواة بين الجنسين و التي أوجبتها هذه الاتفاقيات في جميع مسائل عقد الزواج، و في مسلكه هذا عدم اعتبار للاختلافات الجوهرية بين الرجل و المرأة في عناصر لها علاقة مباشرة بتحديد سن الزواج و هي الاختلاف في درجة النمو و في نوع الوظيفة، و التي يجب أن يترتب عليها تفريق في سن الزواج بين الرجل و المرأة بوضع سن لكل منهما تناسب درجة نموه وتوفر له الوقت اللازم ليكون مؤهلاً لوظيفته. و تلك الاختلافات هي التي أسس عليها العديد من المشرعين حكمهم بالتفريق بين الرجل و المرأة في سن الزواج، ومن بينهم المشرع المصري الذي ظل موقفه في قوانينه المتعاقبة للأحوال الشخصية، التفريق بينهما في السن،

و قد حافظ على موقفه هذا حتى في قانونه الأخير لسنة 2000[1]، و قد بنى المشرع المصري موقفه على تلك الاختلافات الكائنة بين الرجل و المرأة، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية لأحد قوانينه: "...وقد تطورت الحالة بحيث أصبحت المعيشة المنزلية تتطلب استعداداً كبيراً لحسن القيام بها، و لا تتأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالباً قبل بلوغ هذه السن، غير أنه لما كانت بُنْيَة الأنثى تستحكم و تقوى قبل بُنْيَة الصبي و ما يلزم لتأهيل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك في زمن أقل مما يلزم للصبي كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى 18 سنة وللفتاة 16 سنة. "

و على خلاف قانون الأسرة جاء تنظيم الشريعة لسن الزواج، قائماً على مستندات قوية واعتبارات موضوعية، حيث اشترطت أن يكون السن مراعياً للعوامل الموضوعية التي لها تأثير في تحديد سن الزواج. و من أهم هذه العوامل عامل حاجة المجتمع و ظروفه المختلفة: مناخية واقتصادية واجتماعية وغيرها، و كذلك عامل الجنس و مراعاة الاختلافات الثابتة بين الرجل والمرأة و هو ما يضمن عدم دخول أي منهما العلاقة الزوجية إلا و هو مؤهل فعلاً لتحمل مسؤولياتها العظيمة. و لا شك أن مراعاة هذه العوامل تجعل السن المختارة معبرةً فعلاً عن حاجة المجتمع و محققة للمصالح المرجوة من التحديد.

المبحث الثالث: المساواة في ولاية التزويج

[1] تنص المادة 17 من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري، على ما يلي: "لا تقبل الدعوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية أو كان سن الزوج يقل عن ثماني عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى." قانون منشور في موقع الحكومة المصرية:
http://WWW.misr.gov.eg/arabic/default.asp تاريخ الزيارة: 2007/08/07.

إن من أبرز النصوص التي طالها التعديل بموجب قانون الأسرة المعدَّل، و أثارت جدلا كبيرا، تلك المتعلقة بأركان عقد الزواج وبالتحديد المتعلقة بمسألة الولي في عقد الزواج، وقد جاء هذا التعديل انطلاقا من نظرة واضعيه إلى أحكام القانون القديم و التي كانت تجعل من الولي ركنا من أركان العقد (المادة 9 سابقا) و تتضمن مبدأ عاما مضمونه أن الولي هو من يتولى عقد زواج المرأة أيا كان وضعها راشدةً أم قاصرة (المادة11 سابقا)، انطلاقا من نظرتهم إلى هذه الأحكام على أنها تقييد لحرية المرأة في الزواج [1] و لها تأثير على القيمة القانونية لرضا المرأة[2]، وتشكل مساسا بمبدأ المساواة بين المواطنين المقرر في الدستور[3] و في الإعلانات و الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان. [4]

و انطلاقا من هذه الخلفية جاءت التعديلات التي مست مسألة الولي في عقد الزواج، تحقيقا للهدف العام المعلن للتعديل و هو الانسجام مع الاتفاقيات الدولية خاصة المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛ و التي تقوم أساسا على المساواة المطلقة بين الرجل و المرأة.

---

[1] لوعيل محمد لمين، **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومه، الجزائر: 2006، ص 55، 58؛ دنوني بن الشيخ هجيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثالث: قضايا المرأة والأسرة بين المبادئ الإسلامية ومعالجات القوانين الوضعية، شوال 1420 هـ - جانفي 2000 م، ص 479.

[2] لوعيل محمد لمين ، مرجع سابق، ص 55 ،58.

[3] تنص المادة 29 من الدستور الجزائري الحالي (28 نوفمبر 1996) على أن:« كل المواطنين سواسية أمام القانون.

و لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي.»

و تنص المادة 31 منه: « تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين و المواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، و الاقتصادية، و الاجتماعية و الثقافية. »

[4] عبد القادر بن داود، مرجع سابق، ص84.

فما هو مضمون الأحكام الجديدة للولاية في عقد الزواج؟ و هل حققت المساواة المتوخاة من ورائها؟ و في المقابل ما هو موقف الشريعة من المساواة في الولاية ؟

أسئلة حاولت الإجابة عنها من خلال تقسيمي لهذا المبحث إلى مطلبين تناولت في الأول: الحكم الجديد للولاية ووجه تحقيقه للمساواة، فيما تناولت في المطلب الثاني: موقف الشريعة من المساواة في الولاية.

المطلب الأول: الحكم الجديد للولاية في قانون الأسرة ووجه تحقيقه للمساواة

بموجب التعديلات الجديدة لقانون الأسرة فقد أصبح الرضا أو التراضي المتبادل بين الزوجين هو الركن الوحيد لعقد الزواج[1] وهو ما تثبته المادة 9 و التي نصت على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين."

وهو ما تم تأكيده في بيان أسباب التعديل، حيث جاء فيه: " التأكيد على أن عقد الزواج عقد رضائي، يقوم أساسا على رضا الزوجين، و لا يتحقق إلا باقتران الإيجاب بالقبول. "[2]

و يترتب على تخلف ركن الرضا ؛ بعدم توافره لدى الزوجين أو عدم صدوره منهما أصالة إذا كانا راشدين، بطلان الزواج و هو ما قررته المادة 33 فقرة 1 بنصها على أنه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا."

أما بالنسبة للولي فقد جعله المشرع مبدئيا شرطا من شروط الزواج حيث نصت المادة 9 مكرر: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج،

- الصداق،

---

[1] بن داود عبد القادر، مرجع سابق، ص 83؛ فضيل العيش، مرجع سابق، ص 15.

[2] الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، ص 7.

- الولي،

- .... »

إلا أن حكم اشتراطه(الولي) يختلف من المرأة الراشدة إلى القاصرة.

فبالنسبة لزواج الراشدة و هي الأصل؛ لأن بلوغ أهلية الزواج (19 سنة) شرط من شروط عقد الزواج، فقد قرر المشرع مبدأً جديداً هو أن المرأة الراشدة هي من تتولى عقد زواجها و تباشر صيغة العقد بنفسها[1]، أما الولي فدوره ينحصر في حضور العقد وهو ما نصت عليه المادة 11 فقرة 1: « تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. »

و بذلك تم إلغاء المبدأ الذي كان مقررا في القانون القديم و الذي يقضي بأن الولي هو من يتولى زواج المرأة راشدة أم قاصرة. [2]

كما جعل المشرع أمر تحديد الولي خاضعا لاختيار الراشدة ، فقد ذكر المشرع الأولياء على سبيل التخيير و أعطى للمرأة قرار تحديد الولي ؛ فالولي في نظر المشرع هو الأب أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره المرأة ، مستعملا أداة "أو" والتي تفيد التخيير لا الترتيب. [3]

فللمرأة أن تختار أي شخص ليكون ولياً لها و إن كانت لا تربطه بها أي صلة. [4]

---

[1] بن داود عبد القادر، مرجع سابق، ص 85؛ عبد القادر داودي، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية** ، دار البصائر، الجزائر:2007 ، ص 119 .

[2] كانت المادة 11 سابقا تنص على ما يلي :« يتولى زواج المرأة و ليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، و القاضي ولي من لا ولي له .»

[3] عبد القادر داودي، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية** ، مرجع سابق ، ص 119 .

[4] فضيل العيش، مرجع سابق ، ص 18 .

و قد ذهب عبد القادر بن داود إلى أن العموم الذي جاءت به عبارة المشرع (أي شخص تختاره) قد يجعلها عرضة لإساءة التطبيق، و حتى لا يكون ذلك فيرى بأنه يجب التقيد في تفسيرها بأحكام الشريعة الإسلامية و ذلك بالاستناد إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا على أحكام الشريعة فيما لم يرد فيه نص واضح. [1]

و هذا القول مردود، لأنه لا غموض في النص، و أما ذلك العموم والإطلاق فمقصودان، و ما يثبت ذلك تكرار العبارة ذاتها بل بمزيد من التأكيد؛ في أسباب التعديل المرفقة بالقانون حيث جاء فيها: « و زواج المرأة الراشدة يتم بحضور وليها، و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره بنفسها. »

وأمام هذا الوضوح فلا مجال للاجتهاد و الرجوع إلى أحكام الشريعة، لأنه لا اجتهاد مع النص الواضح المقصود.

لقد جعل المشرع المرأة الراشدة هي من تتولى عقد زواجها و تباشره، و ليس للولي منه إلا الحضور، ثم جاء بما يلغي حتى هذا الحضور الرمزي للولي حينما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة(ولاية أي شخص). وبذلك أصبح اشتراط الولي في زواج الراشدة أمرا شكليا لا غير. [2]

بل حتى في حالة تخلف هذا الشخص (الولي) مطلقا من عقد الراشدة، فإن القانون المعدَّل لا يرتب أي جزاء على ذلك، فهو لا يرتب جزاء على تخلف الولي إلا في حالة وجوبه وهي حالة زواج القُصّر حيث نصت المادة 33 فقرة 2: « إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل. »

---

[1] بن داود عبد القادر ، مرجع سابق ، ص 86.

[2] عبد القادر داودي، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص 119-120.

و عليه فقد أصبحت المرأة الراشدة هي من تبرم زواجها بنفسها و إن كان ذلك بحضور شخص يدعى الولي، إلا إن ذلك لا يشكل أي عائق لها فهذا الشخص هي من تحدده و لها الحرية المطلقة في اختياره، بل و حتى في حالة غيابه فإن ذلك لا يؤثر على صحة العقد و لا يترتب عليه أي جزاء قانوني .

و النتيجة أنه لم يعد هناك وجود للولي في عقد زواج المرأة الراشدة[1] و أصبح لها ولاية تزويج نفسها دون أن يكون لأوليائها بمن فيهم الأب أي حق في التدخل في أمر زواجها أو الاعتراض عليه.

أما الحال بالنسبة لزواج القاصرة (من لم تبلغ أهلية الزواج: 19 سنة) ، فقد جعل المشرع و ليها هو من يتولى إبرام عقد الزواج و مباشرته، و لم يترك أمر اختيار الولي للمرأة في هذه الحالة بل حدده و نص على ترتيب الأولياء ؛ حيث نصت المادة 11 فقرة 2: "يتولى زواج القصّر أولياؤهم و هم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له. "

و الواضح من نص المادة أن هذه الأحكام لا تسري على القاصرة فقط، بل على القاصر أيضا.

و في حالة تخلف الولي من زواج القُصّر(ذكورا أو إناثا)، فإن الزواج يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه؛ و يثبت بعده بصداق المثل(المادة33 فقرة2).

و المشرع و إن كان قد أعطى لولي القاصرة تولي العقد، إلا أن ذلك لا يكون إلا بعد رضا القاصرة التام بالزواج، حيث منع المشرع الولي من إجبار القاصرة على الزواج و لم يُجِز له تزويجها إلا بموافقتها ورضاها فقد نصت المادة 13: " لا يجوز للولي، أبا كان أو

---

[1] لقد استطاع المشرع إلغاء الولي من زواج المرأة الراشدة وإن كان ذلك بطريقة غبر مباشرة (ملتوية)، و لعل هذا الالتواء راجع إلى محاولته ترضية الطرفين: المتمسكين بالولي و الرافضين لوجوده. و الحقيقة أنه حقق في الأخير رغبة الطرف الثاني، فالواقع أنه لم يبق هنالك وجود للولي في عقد الراشدة.

غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها. »

و هكذا بقي للولي وجود فقط في زواج القاصرة[1]، و التي يتحدد معنى الولاية عليها: في تولي العقد مع رضا القاصرة التام بالزواج.

و بعد هذا البيان لأحكام الولاية في الزواج في القانون المعدَّل، يتضح بأن المشرع قد ألغى الولي من زواج الراشدة و هي الأصل و أصبحت هذه الأخيرة مثل نظيرها الرجل الراشد تزوج نفسها دون حاجة لوجود وليها. و أصبح وجود الولي منحصرا في زواج القاصرة التي يشاركها القاصر (الذَّكَر) الحكم ذاته، فقد بقي الولي شرطا في زواج القُصَّر عموما ذكورا و إناثــا.

و بذلك يكون المشرع قد حقق المساواة بين الرجل والمرأة في كلا الحالين : الرشد والقصور.

إن ما يلاحظ من خلال الأحكام السابقة، هو أن هناك توجها جديدا للمشرع يقوم على التركيز على عنصر الرضا و حرية الاختيار في الزواج، على حساب كل الجوانب والاعتبارات الأخرى للزواج. و هو ما يدل على تأثر واضح بمبادئ الإعلانات و الاتفاقيات الدولية و التي تركز على مبدأ حرية الزواج؛ و الذي يرجع أساسه إلى اعتبار الزواج مجرد علاقة فردية بين رجل و امرأة فلا تراعى إلا مصلحتهما و المتمثلة في رضاهمـا بالـزواج وبالتالي إلغـاء تـام لأي أبعـاد أخرى للزواج. وتجعل من تراضي الزوجين الشرط الوحيد لانعقاد الزواج، وهو ما تكشفه الكثير من نصوص هذه الاتفاقيات، ومن ذلك ما جاء في المادة 16 فقرة2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: « لا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في الزواج رضا كاملا لا إكراه فيه. »

---

[1] عبد القادر داودي، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص 120؛ فضيل العيش، مرجع سابق، ص18.

و ما نصت عليه المادة 23 فقرة 3 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[1] : « شرط انعقاد الزواج حرية و تمام رضا طالبيه. »

إن هذه الاتفاقيات الدولية تنظر إلى عقد الزواج نظرة فردية (علاقة بين شخصين:رجل وامرأة)، وعلى أنه مجرد علاقة تعاقدية يجب التركيز فيها كغيرها من التعاقدات على عنصر التراضي و توافق إرادتي الطرفين وعدم تدخل أي إرادة أخرى؛ لأن ذلك - في نظرهم - يعد مساسا بعنصر التراضي، و هو ما يترتب عليه تساوي تلك الإرادتين (إرادة الرجل و المرأة) في إنشاء عقد الزواج وذلك يتضمن: تساويهما في حرية الاختيار والرضا التام بالزواج، و في إبرامهما العقد دون تدخل أي شخص.

فعن الجانب الأول و هو المساواة بين الرجل و المرأة في الرضا بالزواج، نصت المادة 6 فقرة 2 (أ) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة[2]: « يراعى وجوبا اتخاذ جميع التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي مركز الزوجين، ولاسيما ما يلي:

يكون للمرأة مثل الرجل ، حق اختيار الزوج بملء حريتها و التزوج بمحض رضاها الحرّ التام.»

و الأمر ذاته أكدته المادة 16 [3] فقرة 1 (ب) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و التي جاء فيها: « تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء

---

[1] تم اعتماده بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (الدورة 21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، و دخل حيز التنفيذ بتاريخ 23 مارس 1976.

[2] تم اعتماده بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263 (الدورة 22) المؤرخ في 7 نوفمبر 1967.

[3] تعتبر هذه المادة من المواد التي تحفظت عليها الجزائر عند انضمامها إلى هذه الاتفاقية و يظهر أن المشرع من خلال الأحكام الجديدة خاصة في مسألة الولي قد حاول رفع هذا التحفظ و الاقتراب من التنفيذ الكامل لهذه الاتفاقية و غيرها.

على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة:

(ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، و في عدم عقد الزواج إلا برضاها الحرّ الكامل.»

و عن الجانب الثاني و هو المساواة بين الرجل و المرأة في إبرام العقد، نصت المادة 16 فقرة 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: « للرجل و المرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج و تأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، و لهما حقوق متساوية عند الزواج و أثناء قيامه... »

و هو ما قررته أيضا المادة 16 فقرة 1 (أ) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي جعلت الرجل و المرأة متساويان في سلطة إبرام الزواج حيث جاء في هذه المادة : «... و بوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل و المرأة:

(أ) نفس الحق في عقد الزواج ... »

و من خلال هذه النصوص الدولية يتبين بأن نظرتها للزواج تنحصر في اعتباره علاقة تعاقدية يكفي لقيامها تراضي الطرفين الرجل والمرأة واللذان يملكان نفس الحق في إنشاء العقد دون تدخل أي إرادة أخرى.

ويظهر من ذلك بأن المشرع من خلال تركيزه الأكبر على عنصر الرضا خاصة في جهة المرأة سواء كانت راشدة أو قاصرة، وإلغائه الولاية من زواج الراشدة وجعلها مساوية للرجل الراشد في إبرام الزواج دون أي حق للولي في التدخل أو الاعتراض، وإبقائه الولاية على القاصر فقط ذكراً كان أو أنثى. فإن ذلك يدل علىٍ مسايرته للنصوص الدولية وتحقيقه للمساواة بين الرجل و المرأة في مرحلة إنشاء عقد الزواج.

ويعد اطلاعنا على حكم الولاية في قانون الأسرة المعدَّل و كيف أنه حقق المساواة بين الجنسين، فإنه لابد من بحث موقف الشريعة من هذه المساواة. و هو ما سأتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: موقف الشريعة من المساواة في الولاية

كانت عادة العرب قبل الإسلام هي إكراه النساء على الزواج، و عدم الالتفات إلى رضاهن أو رأيهن في الزواج. [1] فجاء الإسلام بما يلغي هذه العادة الجائرة حيث دعا إلى مراعاة رأي المرأة واختيارها في الزواج وعدم تزويجها دون رضاها [2]، وقد دلت على ذلك الكثير من نصوص الشريعة نذكر منها :

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « **لا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ وَلا تُنْكَحُ البِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ. قَالُوا يَا رَسُولَ اللهِ وكَيْفَ إِذنها قال: أَنْ تَسْكُتَ.**»[3]

و عن عائشة رضي الله عنها قالت:سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه و سلم عن الجارية ينكحها أهلها أَتُسْتَأْمَر أم لا فقال لها رسول الله صلى الله عليه و سلم: « **نَعَمْ تُسْتَأْمَرُ**» فقالت عائشة فقلت له فإنها تستحي فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: «**فَذَلِكَ إِذْنُهَا إِذَا هِيَ سَكَتَتْ.**» [4]

---

[1] علي عبد الواحد وافي، **المرأة في الإسلام**، دار نهضة مصر، القاهرة: 1979، ص10، 19؛ علي جمعة محمد، مرجع سابق، ص61-62.

[2] محمد رشيد رضا ، **حقوق النساء في الإسلام نداء للجنس اللطيف** ،(تحقيق : أحمد فريد المزيدي)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان: 1426هـ - 2005م، ص 23-24؛ مصطفى السباعي ، مرجع سابق، 43-44 ؛ محمد سعيد رمضان البوطي ،مرجع سابق ، ص52.

[3] رواه البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب و غيره البكر و الثيب إلا برضاها، ج 7، ص30؛ مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق و البكر بالسكوت، ج2، ص 1036.

[4] رواه مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق و البكر بالسكوت، ج2، ص 1037.

وعن عائشة رضي الله عنها أيضا قالت: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ يُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَبْضَاعِهِنَّ قَالَ « **نَعَمْ** » قُلْتُ : فَإِنَّ البِكْرَ تُسْتَأْمَرُ فَتَسْتَحِي فَتَسْكُتْ قَالَ: « **سُكَاتُهَا إِذْنُها.** »[1]

و عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال:« **الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَ إِذْنُهَا صُمَاتُهَا.**» [2]

و في لفظ آخر أنه قال:« **الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا فِي نَفْسِهَا وَ إِذْنُهَا صُمَاتُهَا.**» [3]

كما يدل على مراعاة رضى المرأة في الزواج ، فِعْله صلى الله عليه و سلم في أنكحة تمت دون رضا النساء فيها ، ومن ذلك :

حديث خَنْسَاءَ بِنْتِ خِذَامٍ الأَنْصَارِيَّةِ، **أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَ هِيَ ثَيِّبُ فَكَرِهَتْ ذَلِكَ فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه و سلم فَرَدَّ نِكَاحَه.** [4]

و عن عائشة رضي الله عنها: « **أَنَّ فَتاةً دَخَلتْ عَلَيْها فَقَالت إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ لِيَرْفَعَ بِي خَسِيسَتَهُ**[5] **وَ أَنَا كَارِهَةٌ قَالَتْ اجْلِسِي حَتَّى يَأْتِي النَّبِيُّ صلى الله عليه و سلم فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه و سلم فَأَخْبَرَتْهُ فَأَرْسَلَ إِلَى أَبِيهَا فَدَعَاهُ فَجَعَلَ الأَمْرَ إِلَيْهَا**

---

[1] رواه البخاري، كتاب الإكراه، بَابَ لاَ يَجُوزُ نِكَاحَ المُكْرَه، ج9، ص37.

[2] رواه مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق و البكر بالسكوت، ج2، ص 1037.

[3] رواه مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق و البكر بالسكوت، ج2، ص 1037.

[4] رواه البخاري، كتاب النكاح، باب إذا زوج ابنته و هي كارهة فنكاحه مردود، ج7، ص30- 31.

[5] دَنَاءَتَهُ،(خسة الدناءة) أي ليزيل عنه بانكاحي إياه دناءته. **حاشية الإمام السندي على سنن النسائي،** بهامش سنن النسائي، ج6، ص87.

فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللهِ قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي وَ لَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ ۘتَعْلَمَ النِّسَاء أَنْ لَيْسَ لِلآبَاءِ مِنَ الأَمْرِ شَيءٍ.»[1]

و عن ابن عباس رضي الله عنه: « **أَنَّ جَارِيَةً بِكْراً أَتَتِ النَّبِي صلى الله عليه و سلم فَذَكَرَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَ هِيَ كَارِهَةٌ فَخَيَّرَهَا النَّبِي صلى الله عليه و سلم.»** [2]

و قد أجمع الفقهاء استنادا لهذه النصوص، على وجوب رضا الثيب البالغ [3] بالزواج فلا تزوج إلا بإذنها و رضاها[4]، و على وجوب رضا البكر البالغ إذا زوجها غير الأب [5] والجد عند الشافعية [6]. و اختلفوا في تزويج الأب البكر البالغ هل يشترط رضاها أم لا ؟ إلى قولين :

---

[1] رواه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته و هي كارهة، ج1، ص602-603؛ أحمد، مسند السيدة عائشة، ج6، ص136؛ النسائي، كتاب النكاح، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة، ج6، ص86-87.

[2] رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، ج1، ص 525؛ ابن ماجه، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته و هي كارهة، ج1، ص603؛ أحمد، مسند عبد الله بن العباس،ج1، ص273 .

[3] لم نتناول حكم رضى الصغيرة بكرا أو ثيبا، لما رجحناه من عدم جواز زواج الصغار نظرا لكثرة أضراره و لغلبة المفاسد التي تنجر عنه على المصالح التي قد يحققها، ولما اشترطه قانون الأسرة من قيد السن(أهلية الزواج) بلوغ الزوجين أهلية الزواج.

[4] ابن رشد (الحفيد)، مرجع سابق، ص8؛ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص385؛ شمس الدين السّرخسي، **المبسوط**، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان: (بدون تاريخ نشر)، ص9؛ أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، **الأم**، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان:1413هـ- 1993م، ص30.

[5] ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص382؛ ابن عبد البر، مرجع سابق، ج19، ص79؛ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، **الحاوي الكبير**، (تحقيق: علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود)، المج 9، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان: (بدون تاريخ نشر)، ص53؛ الشافعي، مرجع سابق، ص29؛ السرخسي، مرجع سابق، ص3.

[6] محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي، **روضة الطالبين و عمدة المفتين**، ج6، دار الفكر، بيروت- لبنان:1415هـ- 1995م، ص48؛ الشرقاوي، مرجع سابق، ج3، ص485.

القول الأول: يجوز للأب تزويج البكر البالغ بدون رضاها، وأن الاستئذان في حق الأب مندوب إليه. وهو قول مالك [1] وابن أبي ليلى [2] والشافعي[3] وإسحاق [4] ورواية عن أحمد. [5]

القول الثاني: لا يجوز للأب، تُزَوَّج البكر البالغ بدون رضاها، بل يشترط استئذانها وحصول رضاها، فلا تجبر البكر البالغ على النكاح و لا تُزَوَّج إلا برضاها و بهذا قال الحنفية [6] و الأوزاعي و الثوري وأبو ثور [7]، و رواية عن أحمد [8]، و ابن حزم [9]، و به قال ابن تيمية [10] وابن القيم[11].

---

[1] أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، **المنتقى**، ج3، مطبعة السعادة، مصر: 1404هـ - 1984م، ص267؛ الدسوقي، مرجع سابق، ص16.

[2] ابن رشد، مرجع سابق، ص7؛ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص380.

[3] الشافعي، مرجع سابق، ص29؛ الماوردي، مرجع سابق، ص52.

[4] ابن عبد البر، مرجع سابق،ج19 ، ص78- 79 ؛ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص380.

[5] ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص380.

[6] فجر الدين عثمان بن علي الزَّيْلَعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، (تحقيق: أحمد عزّو عناية)، ج2، منشورات محمد علي بيضون،(بدون بلدنشر)، (بدون سنة طبع)، ص495؛ ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص155.

[7] ابن رشد، مرجع سابق، ص7؛ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص380.

[8] ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص380.

[9] ابن حزم، مرجع سابق، ص459.

[10] تقي الدين أحمد بن تيمية، **مجموع الفتاوى**، المج 32، طبع المكتب التعليمي السعودي بالمغرب، مكتب المعارف، الرباط:(بدون تاريخ نشر)، ص22 - 25.

[11] شمس الدين أبو عبد الله محمد ابن قيم الجَوْزيَة، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، ج4، مكتبة الصفا، القاهرة:1425هـ- 2004م، ص 38- 39.

و سبب اختلافهم: هو معارضة دليل الخطاب للعموم[1]، فقوله صلى الله عليه وسلم: «**تُسْتَأْمَرُ اليَتِيمَةُ**» [2] المفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة، وهو يعارض عموم الأحاديث: «**وَالبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ**»[3] «**وَ لاَ تُنْكَحُ البِكْرَ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ**»[4] فهي توجب بعمومها استئذان كل بكر.

و القول الراجح هو القول الثاني و الذي يشترط رضا البكر البالغ في تزويج الأب لها، لأن عموم الأحاديث توجب استئذان كل بكر و العموم أقوى من دليل الخطاب. [5]

و المرجّح الأهم هو وجود نص في المسألة و هي الزيادة التي أخرجها مسلم قوله صلى الله عليه وسلم: « **وَ البِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا**»[6] و قد قال عنها ابن رشد إنها "نص في موضع الخلاف." [7]

فهذا نص صريح في وجوب استئذان البكر حتى من الأب نفسه[8]، و لا مجال لإعمال دليل الخطاب مع وجود النص ، حيث لا يجوز تقديم المفهوم على المنطوق الصريح. [9]

و إضافة إلى ذلك، فإن القول بعدم تزويج البكر البالغ إلا برضاها، هو الموافق لهدي النبي صلى الله عليه و سلم و لقواعد الشريعة، و الأدعى لتحقيق مقاصدها في مجال النكاح.

---

(1) ابن رشد، مرجع سابق، ص7.

(2) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الإستئمار، ج1، ص 524؛ الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج، ج3، ص417؛ النسائي، كتاب النكاح، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة، ج6، ص87 ؛ أحمد، مسند أبي هريرة، ج2، ص259.

(3) سبق تخريجه، ص 69.

(4) سبق تخريجه، ص 68.

(5) ابن رشد، مرجع سابق، ص7.

(6) سبق تخريجه، ص 69.

(7) ابن رشد، مرجع سابق، ص7.

(8) ابن تيمية، مرجع سابق، المج32، ص23.

(9) ابن القيم، مرجع سابق، ص39.

فأما موافقته لهدي النبي صلى الله عليه و سلم، فقد أمر صلى الله عليه و سلم باستئذان البكر في قوله صلى الله عليه و سلم: «**وَ البِكْرُ تُسْتَأْذَنُ**»[1] و هو ظاهر في الوجوب، ووجوب الاستئذان مناف للإجبار لأن معناه طلب الإذن، وفائدته الظاهرة ليست إلا ليستعلم رضاها أو عدمه فيعمل على وِفْقِه و يستحيل أن يكون الغرض من الاستئذان أن يستأذنها ثم يخالفها و يزوجها دون رضاها لأنه يجرد الأمر بالاستئذان عن الفائدة.[2] ونهى عليه الصلاة و السلام عن إنكاح المرأة بكرا كانت أو ثيبا حتى يصدر منها ما يدل على رضاها فقال: «**لاَ تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ وَلا تُنْكَحُ البِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ.**» [3] وقال:« **الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَ إِذْنُهَا صُمَاتُهَا.**» [4]

فنهى عن إنكاح البكر دون رضاها مثلما نهى عن إنكاح الثيب، و إنما كان التفريق بينهما فقط في كيفية التعبير عن هذا الرضا ؛ فجعل إذن الثيب النطق لزوال حياء البكر عنها، و اكتفى في حال البكر بالصمت لغلبة الحياء عليها من الخوض في أمر النكاح. [5]

و أما موافقته لقواعد الشريعة، فإن المرأة البالغة العاقلة الرشيدة لها الحرية الكاملة في التصرف في مالها و ليس لأبيها التصرف في أي شيء منه إلا بإذنها و رضاها، فكيف يكون لها رأي في مالها و لا يكون لها رأي في عقد من أخص خصوصياتها و نفعه و ضرره يعود عليها أولا[6]؛ بل كيف يكون لها رأي في مالها و لا يكون لها رأي في نفسها التي هي أعظم من جميع مالها مهما بلغ. يقول ابن القيم: "فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها،

---

[1] سبق تخريجه، ص 69.

[2] ابن الهمام، مرجع سابق، ج3، ص162-163؛ محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص299.

[3] سبق تخريجه، ص 68.

[4] سبق تخريجه، ص 69.

[5] ابن تيمية، مرجع سابق، المج32، ص24-25.

[6] شاه ولي الله بن عبد الرحيم الدَّهْلَوي، **حجة الله البالغة**، ج2، دار التراث، القاهرة: (بدون تاريخ نشر)، ص127.

فكيف يجوز أن يُرِّقها، و يُخْرِج بُضْعها منها بغير رضاها إلى من يريده هو، و هي من أكره الناس فيه، و هو من أبغض شيء إليها. و مع هذا فَيُنكِحها إياها قهرا بغير رضاها إلى من يُريده، و يجعلها أسيرة عنده ... ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها." [1]

و أما كون عدم تزويج البكر البالغ إلا برضاها هو الأدعى لتحقيق مقاصد الشريعة في مجال النكاح، فإن من أهم مقاصد النكاح حصول المودة و الرحمة و السكن بين الزوجين ولا يتصور حصول هذه المعاني في حال تزويج المرأة بمن تكره، و في ذلك يقول ابن تيمية:" فكيف يكرهها[الولي] على مُبَاضَعَةِ من تكره مباضعته ومعاشرة من تكره معاشرته؟! و الله قد جعل بين الزوجين مودة و رحمة، فإذا كان لا يحصل إلا مع بُغْضِها له، ونُفُورِها عنه. فأي مودة و رحمة في ذلك ؟ "[2]

و جاء في فتح القدير:"... و أما تحقيق مقصود شرعية العقد، فلأن المقصود من شريعته انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل و يتربى بينهما، و لا يتحقق هذا مع غاية المُنَافرة فإذا عُرِف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب أن لا يجوز لأنه حينئذ عقد لا يترتب عليه فائدته." [3]

ففي تزويج المرأة دون رضاها تفويت لمقاصد النكاح و خاصة في جهة المرأة " فلا شك أن مصلحتها في تزويجها بمن تختاره و ترضاه، و حصول مقاصد النكاح لها به، وحصول ضد ذلك بمن تبغضه وتنفر عنه."[4]

---

[1] ابن القيم، **زاد المعاد**، مرجع سابق، ص39؛ و انظر: ابن تيمية، مرجع سابق، المج32، ص23,25؛ ابن الهمام، مرجع سابق،ج3، ص163.

[2] ابن تيمية، مرجع سابق، المج32، ص25 ؛ و انظر ابن القيم ، **زاد المعاد**، مرجع سابق، ص39

[3] ابن الهمام، مرجع سابق، ج3، ص163 .

[4] ابن القيم، مرجع سابق، ص39.

و بناء على ما سبق قوله فإن الرأي الراجح في مسألة إجبار الأب للبكر البالغ، هو الرأي الذي يوجب استئذان الأب للبكر البالغ و عدم جواز تزويجها دون رضاها، وهو ما ترجّحه نصوص الشريعة الصريحة وقواعدها و مقاصدها في مجال النكاح. و هو الرأي الذي رجّحه و سار معه كبار الفقهاء المعاصرين ومنهم: محمد أبو زهرة[1] ومحمد بلتاجي[2] و مصطفى السباعي[3] و يوسف القرضاوي[4].

و بذلك يمكننا القول إن الشريعة قد أعطت للمرأة مادامت بالغة عاقلة، حرية الاختيار في الزواج ومنعت تزويجها دون رضاها، و هي تساوي في هذا الجانب بين الرجل و المرأة مساواةً تامةً فتجعل لكل منهما حق الاختيار و تشترط رضاه التام بالزواج.[5]

و إلى جانب ما تطلبته الشريعة من وجوب رضا المرأة البالغة العاقلة بالزواج، فإنها اشترطت أيضا رضا ولي المرأة و جعلت له حقا معتبرا في عقد زواجها، و هو حق أقره جميع فقهاء الشريعة ولم ينكره أيّ منهم، و إنما حدث الخلاف بينهم فقط في صورة هذا الحق أو كيفية اعتباره و هو ما يأخذ من آرائهم في مسألة اشتراط الولي، والتي يمكن تقسيمها إلى رأيين أساسيين :

---

(1) محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص110.

(2) محمد بلتاجي، **في أحكام الأسرة**، مرجع سابق، ص261- 262 .

(3) مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص43- 44.

(4) يوسف القرضاوي، **الاجتهاد المعاصر بين الانضباط و الانفراط**، دار التوزيع و النشر الإسلامية، القاهرة: 1414هـ- 1994م ، ص27؛ و انظر محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص52؛ عبد الحليم أبو شقة، مرجع سابق، ص75.

(5) علي جمعة محمد، مرجع سابق، ص61.

الرأي الأول: و هو أن النكاح لا يصح إلا بولي، و لا يجوز للمرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في زواجها. و هذا رأي جمهور الفقهاء من المالكية[1] والشافعية[2] و الحنابلة.[3]

الرأي الثاني: و هو لأبي حنيفة، و يرى أن للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وغيرها، و أن توكل غير و ليها لإنكاحها.[4] إلا أنه قيد ذلك بشرطين؛ الأول: كفاءة الزوج (أن يكون الزوج كفؤا للمرأة) و هي شرط لصحة العقد و لزومه للولي؛ و تَشَدَّد الأحناف في الكفاءة فاشترطوها في النسب والديانة و الحرية والمال و الحرفة[5]، و يترتب على تخلف شرط الكفاءة حق الولي في فسخ النكاح[6]. و الشرط الثاني: أن يكون المهر مهر المثل، فإن لم يكن كذلك فللولي حق الاعتراض حتى يبلغ مهر المثل أو يفسخ العقد.[7]

و بالتمعن في الرأيين، يتبين أنه ليس في أي منهما إلغاء لحق الولي في زواج المرأة، و إنما الخلاف بينهم فقط في صورة هذا الحق و كيفية اعتباره؛ فالجمهور حفظوا حق الولي ابتداء بأن لم يصححوا العقد إلا بوجوده و توليه العقد. و أما أبو حنيفة فقد حفظ حق الولي باشتراطه الكفاءة في الزوج مع التشدد فيها، و مهر المثل، و هو حفظ لحق الولي بالمآل. وهذا المعنى يؤكده قول محمد أبو زهرة: "...و بذلك ينحصر الخلاف بينه [أبو حنيفة] وبين من قيدوا حرية اختيارها و أشركوا معها الولي في أنهم احتاطوا لحق الولي، فاشترطوا أخذ رأيه قبل العقد ، ليكون كما يريد، و أبو حنيفة أعطاها الحرية ، و احتاط لحق الولي

---

(1) الباجي، مرجع سابق، ص267- 268.

(2) الشافعي، مرجع سابق،ص22.

(3) ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص337.

(4) ابن الهمام، مرجع سابق،ج3، ص157.

(5) السّرخسي، مرجع سابق، ص22 ، 24 ،25 .

(6) ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص193- 194.

(7) السّرخسي، مرجع سابق، ص14.

فجعل له حق الاعتراض إن كان المهر دون مهر المثل وجعل العقد غير صحيح إن لم يكن الزوج كفؤا ." [1]

فالرأيان متفقان في المبدأ و هو اعتبار الولي و مراعاة حقه و إنما جرى الخلاف فقط في التفاصيل وهي صورة هذا الحق و كيفية مراعاته.

و بذلك يمكن القول: إن حكم الشريعة بمختلف آرائها، هو إشراك الولي في زواج المرأة وإعطائه حقا فيه. وهو ما يستخلص منه أنه ليس في أي رأي من آراء الشريعة من يقرر المساواة بين الرجل والمرأة في أهلية إبرام عقد الزواج بما في ذلك رأي أبي حنيفة الذي يقيد حق المرأة بشروط يترتب على تخلفها حق الولي في فسخ العقد.

و هنا يأتي التساؤل: لماذا خرجت الشريعة عن مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في مسألة أهلية إبرام عقد الزواج ؛ رغم ما أقرته من كون مبدأ المساواة هو الأصل في أحكامها؟

و في سبيل الإجابة عن هذا التساؤل ، يجب أن نُذَكِر بما قررناه سابقا في الفصل التمهيدي من أن الشريعة الإسلامية قد جعلت للمرأة مادامت بالغة عاقلة رشيدة ، الأهلية الكاملة في مجال العقود والتصرفات المالية و قد ساوت في ذلك بينها و بين الرجل[2] وهذا الحكم هو الأصل.

ثم يجب أن نشير إلى حقيقة أن عقد الزواج ليس كالعقود المالية و لا يمكن أن يقاس عليها، و لعل من أهم أوجه هذا الاختلاف:

من حيث الآثار: أن الآثار المترتبة عن سوء الاختيار في عقد الزواج أشد و أخطر من تلك المترتبة عنه في العقود المالية، حيث أن ما ينتج عن فشل الزواج من أضرار مادية و نفسية و اجتماعية للمرأة و الأبناء بل تتعدى آثار ذلك إلى المجتمع، يفوق الخسائر في

---

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 129؛ و انظر محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 318.

[2] أنظر ص26 من هذا البحث.

العقود المالية مهما كان مقدارها.[1] إلى جانب أن الضرر في العقود المالية و هو خسارة المال يقتصر على المرأة أما ضرر سوء الاختيار في عقد الزواج فيتعدى المرأة إلى أهلها و الذين ستلحقهم أيضا معرة هذا الاختيار.[2] كما أنه في حال رغبة المرأة في التخلص من هذا الزواج فإن ذلك لاشك سيكلفهم مواجهة الكثير من المشاكل و تحمل خسائر مالية للتخلص من هذا الزواج.[3]

أن عقد الزواج يتميز بتدخل عنصر الإعجاب أو الميل العاطفي في إنشائه، و هذا الجانب تختلف نسبة تأثيره في قرار إقامة الزواج من الرجل إلى المرأة، حيث يؤثر بشكل أكبر على قرار المرأة " و ذلك لأنها تتجه في الغالب إلى تحكيم عاطفتها، مما يجعلها سريعة الاغترار بمن يعرض عليها حبه و رغبته فيها."[4] فكانت بحاجة إلى شخص يعينها بالفحص و التفكير العقلي للتحقق من صدق رغبتها و أنها في الاتجاه الصحيح و الاختيار المناسب.

و بذلك يتضح لنا بأن لعقد الزواج فعلا خصوصية و مميزات جوهرية معتبرة تجعله يفترق عن باقي العقود. و اعتبارا منها لهذه الحقيقة خصّت الشريعة عقد الزواج بأحكام خاصة كمزيد من العناية بهذا العقد والاحتياط فيه، و من بين هذه الأحكام اشتراط الولي في زواج المرأة. و هو حكم عند التدقيق فيه أنه لا يلحق أي ضرر بالمرأة بل يحقق لها كل المصلحة، و في الوقت نفسه يراعي حقا معتبرا للولي، إلى جانب تحقيقه لفوائد أخرى من أهمها زيادة الترابط و التماسك الاجتماعي.

---

(1) محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ،ص128.

(2) أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري، **ترتيب الفروق و اختصارها**، دار ابن حزم، بيروت- لبنان : 1425هـ-2005م، ص 261؛ ولي الله الدهلوي، مرجع سابق، ص127؛ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص128.

(3) محمد بلتاجي، **مكانة المرأة في القرآن الكريم و السنة الصحيحة**، مرجع سابق، ص332.

(4) المرجع نفسه، ص331.

الفرع الأول: تشريع الولي يضمن حق المرأة و يوفر لها التكريم والحماية

بالرجوع إلى أحكام الشريعة في مسألة الولي، نجد أن مفهوم الولاية على المرأة في الزواج لا يعني التحكم بالمرأة و الاستبداد بالرأي دونها، بل إن حرية الاختيار مكفولة لها؛ فلا يجوز للولي تزويجها إلا بإذنها ورضاها، و إذا ما رغبت في الزواج بشخص معين وكان كفـءً لها، فيجب على الولي إجابتها و تزويجها منه، و هذا الحق مقرر للمرأة ثيبا كانت أم بكرا مادامت بالغة عاقلة.

فأما الثيب: فإن نصوص الشريعة الصريحة توجب رضاها و تقدم اختيارها على اختيار الولي مطلقا، ومن هذه النصوص: حديث النبي صلى الله عليه وسلم: « **الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا**...» [1] و خبر خنساء بنت خذام الأنصارية و قد زوجها أبوها و هي كارهة وكانت ثيبا فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه [2].

و قد استند الفقهاء على هذين الحديثين، في إجماعهم على وجوب رضا الثيب البالغ وعدم صحة تزويج الولي لها دون رضاها. و أنها إذا رغبت في كفـء فإنها تأمر و ليها بتزويجها فإن لم يفعل عُدَّ عاضلا أي مانعا لها من الزواج دون وجه لذلك [3]،و في هذه الحال ترفع أمرها للقاضي فيزوجها. [4]

و أما البكر: فإنه إذا كان الولي غير الأب، فإن الفقهاء قد أجمعوا على اشتراط رضاها و على حقها في التزوج بمن تريد إذا كفؤا و أن اختيارها مقدم على اختياره، وعلى الولي إجابتها لرغبتها فإن أبى فإن لها أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يأمره بالتزويج فإن

---

[1] سبق تخريجه، ص 69.

[2] سبق تخريجه، ص 69.

[3] ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص368 ؛ ابن رشد، مرجع سابق، ص19.

[4] السّرخسي، مرجع سابق، ص14 ؛ الدُّمياطي، مرجع سابق، ص532.

أبى زوّجها عنه[1] ،جاء في حاشية الدسوقي: "...على الولي غير المجبر الإجابة لكفء رضيت به ولو دعت لكفء و دعا وليها لكفء غيره كان كفؤها أولى أي أوجب فيتعين كفؤها فيأمره الحاكم بتزويجها... ثم إن امتنع زوّج الحاكم." [2]

و أما إن كان ولي البكر هو الأب، فإنه بناء على مارجحناه سابقا من عدم جواز إجبار الأب للبكر البالغ، فإنه لا يجوز للأب أن يزوج ابنته البكر البالغ إلا بإذنها ورضاها مثله في ذلك مثل باقي الأولياء، و ينبني على هذا القول أن اختيارها مقدم على اختياره و أن العبرة بتعيينها عند الاختلاف بحيث أنها إذا دعت إلى كفء فعلى الأب إجابتها لذلك و لو كان قد دعاها إلى كفء خير منه؛ و إلا عُدّ عاضلا، و هو ما ذهب إليه كل من قالوا بعدم إجبار الأب للبكر البالغ[3]، و حتى بعضا ممن قالوا بجواز إجباره لها مثل الشافعي و بعض الحنابلة كابن قدامة. قال الشافعي: " فإن رآها تدعو إلى كفاءة لم يكن له منعها و إن دعاها الولي إلى خير منه." [4] و قال ابن قدامة: " فإن رغبت في كفء بعينه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها و امتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها."[5]

و بذلك نلاحظ أن الشريعة قد ضمنت للمرأة حقها الكامل في عقد زواجها. بحيث منعت من تزويجها إلا برضاها، كما و قررت لها حق الزواج بمن تريد مادام كفءً لها وأوجبت على الولي إجابتها لذلك و إلا عُدَّ عاضلا تُسْحَب الولاية منه و يزوجها القاضي.

و إلى جانب ما يضمنه تشريع الولي من حق للمرأة، فإنه يحقق للمرأة كل التكريم والإعزاز، كما يكفل لها السند و الحماية في حالة فشل الزواج.

---

(1) الدّسوقي، مرجع سابق، ص31؛ الدُّمياطي، مرجع سابق، ص532؛ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص369.

(2) الدّسوقي، مرجع سابق، ص31.

(3) ابن تيمية، مرجع سابق، المج32، ص23- 24؛ ابن القيم، **زاد المعاد**، مرجع سابق، ص38-39؛ ابن حزم، مرجع سابق، ص451.

(4) الشافعي، مرجع سابق، ص23.

(5) ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص369.

فمباشرة الولي العقد نيابة عن المرأة، مظهر لتكريم المرأة و إعزازها و حفظٌ لها من أي موقف يمس حيائها الفطري، ذلك أن مباشرتها للعقد – بحضرة الشهود و غيرهم – يظهرها بمظهر التائقة للزواج الطالبة له مما يمس بكرامتها و يمحو حيائها الفطري[1] الذي يعد أهم ميزات المرأة و أجمل الأشياء فيها.

كما أن زواج المرأة بموافقة أهلها ووليها، من شأنه أن يعزز من مكانتها و قيمتها في عين زوجها و حتى في عين أسرته، و يجعلها تحظى منهم بمزيد من الاحترام و التقدير لأنهم يدركون أن لها عائلة و سندا. بخلاف ما لو تزوجت المرأة دون رضا أهلها فإن ذلك يجعلها ضعيفة الجانب عُرْضَة للظلم والإهانة.[2] كما أن رضى الولي بالزواج يجعله شريكا لها في الاختيار و مسؤولا معها عن نتائجه، فإذا ما تبين سوء هذا الاختيار، فستجد الولي سندا لها؛ يمنحها العون و الحماية في مواجهة ظلم الزوج وتعديه.

الفرع الثاني : تشريع الولي مراعاة لمصلحته و حقه المعتبر

نظرا لخطورة عقد الزواج و كون عواقب و آثار الاختيار فيه سواء بالسلب أو الإيجاب، لا تقتصر على الزوجة بل تتعدى إلى أهلها حيث يشرفهم زواج ابنتهم من شريف كما يؤذيهم زواجها من خسيس.[3] فقد جعلت الشريعة للولي رأيا في زواج المرأة بحيث لا يقوم عقد الزواج صحيحا لازما إلا برضاه و موافقته، كما قيدت حرية اختيار المرأة بشرط

---

[1] محمد بلتاجي، **في أحكام الأسرة** ، مرجع سابق، ص257.

[2] محمد الطاهر بن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، دار سحنون- دار السلام، تونس- مصر: 1427هـ- 2006م، ص155 ؛ عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، (رسالة دكتوراه) جامعة وهران، كلية الحضارة الإنسانية و الحضارة الإسلامية، 2004-2005، ص124.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص128؛ محمد بلتاجي، **مكانة المرأة في القرآن الكريم و السنة الصحيحة**، مرجع سابق، ص332.

الكفاءة لضمان عدم الإضرار بالولي، و أعطت له حق الامتناع عن تزويج المرأة في حال تخلف هذا الشرط.[1]

على أن الشريعة جعلت التأكد من أمر وجود الكفاءة من عدمه للقاضي في حال التنازع بين المرأة والولي حتى لا تكون الكفاءة سلاحا في يد الولي يُمَكِّنه من ظلم المرأة والتحكم في زواجها. يقول علي عبد الواحد وافي: " و قد أعطى الإسلام الأولياء هذه الحقوق لأن الزواج ليس علاقة بين فردين فحسب، بل هو كذلك علاقة بين أسرتين، فإن لم يكن متكافئا لحق عاره أسرة الزوجة على الأخص. فأراد الإسلام أن يحافظ على حق الأولياء في ألا تلحق المرأة بزواجها عاراً بهم. فأشرك الأولياء معها في اختيارها من غير إرهاق و لا استبداد بها. و أعطاهم الحق في الاعتراض عند عدم الكفاءة، واحتاط للأمر فجعل للقاضي السلطان في التدخل إن تجاوزوا حدودهم." [2]

الفرع الثالث : تشريع الولي يحقق مصلحة الترابط الاجتماعي

إن صورة مباشرة الولي عقد زواج المرأة و ما يندب من حضور لوالد الزوج وكذلك أقارب الزوجين، تمثل اجتماعا عائليا من شأنه أن يُنشِأ علاقة وثيقة و حميمة بين كل من أسرة الزوج و الزوجة، و هو ما ينعكس بالإيجاب على المجتمع بزيادة ترابطه الاجتماعي.

يقول عبد الحليم أبو شقة في هذا البعد الاجتماعي لحكم الولي: " إن حضور الولي عقد الزواج كما يثبت إقرار العائلة لهذا الزواج، يساعد على تأكيد أن رابطة الزواج لا تقتصر على علاقة حميمة بين شخصين رجل و امرأة، بل هي كذلك صلة وثيقة بين عائلتين، وكما

---

[1] ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص369؛ الشافعي، مرجع سابق، ص23؛ السّرخسي، مرجع سابق، ص10.

[2] علي عبد الواحد وافي، مرجع سابق، ص9.

يحضر ولي الزوجة فيندب حضور والد الرجل فضلا عن أقارب الزوجين حتى يكون هذا الزواج بداية التحام بين العائلتين." [1]

و بعد بيان نظرة كل من الشريعة و قانون الأسرة لمسألة الولي في عقد الزواج، يظهر أن هناك اختلافا جوهريا بين التشريعين.

فموقف قانون الأسرة هو المساواة بين الرجل و المرأة في إبرام عقد الزواج، فقد ألغى المشرع اشتراط الولي من زواج المرأة الراشدة؛ فأصبحت تزوج نفسها دون حاجة إلى وليها و دون أن يكون له أي حق في الاعتراض على زواجها و صارت بذلك مساوية للرجل الراشد.

أما موقف الشريعة فهو عدم المساواة بين الرجل و المرأة في أهلية إبرام عقد الزواج، فهي تشترط الولي في عقد زواج المرأة سواء كانت صغيرة أم بالغة.

و هذا الاختلاف راجع في رأيي إلى اختلافهما في أمرين: في النظرة إلى طبيعة هذا العقد، و في المصالح المتوخى تحقيقها من عقد الزواج.

أما السبب الأول في اختلاف التشريعين، هو نظرة كل منهما إلى طبيعة عقد الزواج، فقانون الأسرة في توجهه الجديد ينظر إلى الزواج نظرة مدنية تعاقدية و أنه عقد كغيره من العقود يجب أن تراعى فيه القواعد العامة و التي أهمها احترام إرادة المتعاقدين و منع كل ما يمس بهذه الإرادة، و أن الولي يمثل إخلالا بتلك القواعد و يشكل قيدا على إرادة المرأة. أما الشريعة فقد نظرت إلى عقد الزواج نظرة أكثر عُمْقًا و بُعْدا، فرأت أنه عقد خطير لا تقتصر آثاره على الرجل و المرأة بل تتعدى إلى أطراف أخرى خاصة أسرة الزوجة، و طبيعته هذه تجعله يستحق مزيدا من العناية و الاحتياط وتشريع الولي يأتي في سبيل تحقيق هذه الغاية.

---

[1] عبد الحليم أبو شقة، مرجع سابق، ص76.

و أما السبب الثاني وراء اختلاف التشريعين: فهو تباين المصالح التي يقصد تحقيقها كل تشريع، فقانون الأسرة المعدَّل يركز على مصلحة المرأة و هي في نظره تتحقق بإعطائها الحرية الكاملة في الزواج و عدم تدخل أي طرف في ذلك.

أما الشريعة فمنهجها هو مراعاة مصالح مختلف أطراف علاقة الزواج و محاولة التوفيق بينها.[1] فهي باشتراطها الولي تراعي حق هذا الأخير، و في الوقت نفسه تضمن حق المرأة وتحقق لها ليس مصلحة واحدة فحسب بل مصالح كثيرة؛ فهي توفر للمرأة حرية الاختيار وعدم الزواج إلا برضاها، و تريد لها التكريم والإعزاز و المحافظة على حيائها الفطري الجميل، كما تمدها بالسند و الحماية.

و بذلك يمكننا القول إن المشرع بإلغائه الولي من زواج الراشدة و إخضاعها للمساواة مع الرجل، قد حقق للمرأة حرية الاختيار، و لكنه حَرَمَها من الكثير من الفوائد وفوّت عليها الكثير من المصالح التي كانت تحققها لها الشريعة في ظل وجود الولي، وتركها تدخل معترك الحياة الزوجية وحيدة، كطرف ضعيف يسهل ظلمه و النيل منه.

---

[1] محمد رشيد رضا، مرجع سابق، ص23؛ عاشور بن يوسف كسكاس، **الأسرة رؤية نقدية تحليلية**، مكتبة الجيل الواعد، مسقط -عُمان:1427هـ-2006م، ص89.

المبحث الرابع: المساواة في الحقوق والواجبات الزوجية.

كان تنظيم المشرع للحقوق و الواجبات الزوجية في قانون الأسرة القديم، يقوم على تقسيمها إلى ثلاثة أقسام؛ القسم الأول: حقوق و واجبات مشتركة بين الزوجين، القسم الثاني: حقوق للزوجة على الزوج، القسم الثالث: حقوق للزوج على الزوجة. [1]

أما في ظل التعديل الجديد فقد تم إلغاء ذلك التقسيم و إعادة صياغة تلك الحقوق و الواجبات و جعلها في شكل واجبات مشتركة تجب على كلا الزوجين، و يقصد المشرع من خلال هذا الحكم الجديد، المساواة بين الزوجين في الحقوق و الواجبات.

ولدراسة هذه الصورة من صور المساواة، فقد قمت بدراسة توزيع الحقوق والواجبات الزوجية في قانون الأسرة المعدَّل ثم في الشريعة الإسلامية ليتضح موقفها من ذلك التوزيع.

المطلب الأول: توزيع الحقوق و الواجبات الزوجية في قانون الأسرة المعدَّل.

كانت الحقوق و الواجبات الزوجية في ظل قانون الأسرة القديم تنقسم إلى ثلاثة أقسام: حقوق و واجبات مشتركة بين الزوجين (المادة 36 سابقا)، و حقوق للزوجة على الزوج (واجبات الزوج المادة 38 سابقا)، و حقوق للزوج على الزوجة (واجبات الزوجة المادة 39 سابقا).

و قد ظل هذا التقسيم محل انتقاد من طرف معارضي قانون الأسرة القديم، حيث اعتبروه توزيعاً ظالماً و غير عادل، و استندوا تارة إلى كمّ و عدد الحقوق و الواجبات الملقى على عاتق كل من الزوجين و تارة أخرى إلى مبدأ المساواة بين المواطنين المنصوص عليه في

---

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 158.

الدستور، و اعتبر هؤلاء الحل في تساوي الزوجين في إدارة الأسرة و تحقيق المساواة التامة بينهما في الحقوق و الواجبات. [1]

أما في ظل القانون المعدَّل (الأمر05-02) فقد ألغى المشرع ذلك التقسيم، فألغيت المادتين 38[2]و 39[3] وكانتا تحددان حقوق و واجبات الزوجة، و عُدِّل مضمون المادة 37 التي كانت تنص على واجبات الزوج. واكتفى المشرع بقسم وحيد ضمَّنه جملة من الواجبات (واجبات مشتركة و موحدة) ألزم بها الزوج و الزوجة على حدٍّ سواء،[4] حيث نصّت المادة 36: "يجب على الزوجين:

1. المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة،
2. المعاشرة بالمعروف، و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة،
3. التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم،
4. التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات،
5. حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربهم و احترامهم و زيارتهم،
6. المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين و الأقربين بالحسنى و المعروف،

---

[1] لوعيل محمد لمين، مرجع سابق، ص 86.

[2] كان مضمون المادة 38 الملغاة: " للزوجة الحق في:
- زيارة أهلها من المحارم و استضافتهم بالمعروف،
- حرية التصرف في مالها. "

[3] كانت المادة 39 الملغاة تنص على أنه: " يجب على الزوجة:
- احترام الزوج و مراعاته باعتباره رئيس العائلة،
- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم،
- احترام والدي الزوج و أقاربه. "

[4] عبد القادر داودي، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص 193.

7. زيارة كل منهما لأبويه و أقربائه و استضافتهم بالمعروف. »

و بذلك فإنه بموجب قانون الأسرة المعدَّل أصبحت حقوق و واجبات الزوج و الزوجة موحدة ومتماثلة، و أصبح توزيع الحقوق و الواجبات الزوجية يقوم على وجود نوع واحد عبارة عن حقوق و واجبات مشتركة و متبادلة، و هو ما تمّ توضيحه في بيان أسباب التعديل حيث جاء فيها:"تحديد الحقوق و الالتزامات المشتركة بين الزوجين، فيما يتعلق بالمحافظة على الأسرة ورعاية الأولاد و معاملة كل منهما لأبوي و أقارب الآخر بالمعروف"[1]

و لعل أهم ملاحظة تستشف من المادة 36 الجديدة، هي إلغاء قوامة الزوج و رئاسته للأسرة وزوال واجب الزوجة في طاعة الزوج، ليحل محله نظام الإدارة المشتركة للزوجين في تسيير شؤون الأسرة. إلا أن المشرع أبقى على واجب الزوج في النفقة، علماً أنه الواجب الذي يقابله حق الزوج في القوامة و رئاسة البيت حيث أبقى المشرع على المادتان 74 و 75 و اللتان تقرران واجب الزوج في النفقة على الزوجة و الأولاد.

و الواقع أن في إلقاء واجب النفقة على الزوج، إخلال بالمساواة التي سعى المشرع نفسه لإرسائها بل في ذلك خرق للعدل، فكيف يتساوى الرجل مع المرأة في كل الحقوق و الواجبات الزوجية ويلقى على عاتقه واجباً زائداً هو النفقة.

و بتتبع الأسباب المعلنة لتعديل قانون الأسرة، يتبين لنا أن التوزيع الجديد للحقوق و الواجبات الزوجية يؤسسه واضعو القانون على أمرين: مسايرة التطور الحاصل في مراكز المسؤولية في الأسرة الجزائرية، و مواكبة العصر و التماشي مع الأنظمة الإسلامية التقدمية في مجال الأحوال الشخصية، حيث جاء في بيان أسباب التعديل: «... وضع مشروع تمهيدي لقانون الأسرة بهدف مسايرة التطور الذي عرفته الأسرة الجزائرية و ما طرأ داخلها، من تغيير على مراكز المسؤولية، بتحولها من أسرة يرأسها الزوج، إلى أسرة قوامها التعاون و التآزر بين الزوج و الزوجة، مواكبة للعصر و تماشياً مع الأنظمة الإسلامية التقدمية في مجال الأحوال الشخصية.»[2]

---

[1] الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، ص 7.

[2] الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، ص 6.

لقد بنى المشرع مساواته بين الزوجين في الحقوق و الواجبات، في الجانب الأول على تطورٍ رأى المشرع أنه حصل في قيم الأسرة الجزائرية، بحيث أصبحت في نظره قائمة على التعاون والاشتراك التام في تسيير شؤونها و إدارتها و غياب رئاسة الزوج للأسرة، مما يعني أن قوامة الزوج و رئاسته للأسرة أصبحت في نظر المشرع عُرفاً قديماً تمّ تجاوزه. فجاءت تعديلات المشرع بالمساواة في الحقوق و الواجبات بين الزوجين، تلبية لتلك التطورات الحاصلة في المجتمع الجزائري.

و في الجانب الثاني فإن مصدر المساواة بين الرجل و المرأة في الحقوق و الواجبات الزوجية، هو قوانين الأحوال الشخصية التقدمية كما أسماها واضعوا القانون المعدَّل، والمقصود بها تلك التشريعات التي تبنت مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة، و من بينها قانون الأسرة المغربي و الذي سعى إلى تحقيق المساواة بين الرجل و المرأة في الكثير من مسائل الأسرة و من بينها المساواة في الحقوق في الواجبات الزوجية (المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية). و الأهم في هذا الجانب والذي بنى عليه المشرع مساواته بين الزوجين في الحقوق و الواجبات، هو مواكبة تطورات العصر، و المقصود هنا ما تضمنته الاتفاقيات الدولية من وجوب المساوة بين الزوجين في الحقوق و الواجبات، و هو ما تبرزه نصوصها، و من أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 16 فقرة 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: « للرجل و المرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج و تأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، و لهما حقوق متساوية عند الزواج و أثناء قيامه... »

و ما جاء في المادة 6 فقرة 2(ب) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة: «يراعى وجوباً اتخاذ جميع التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي مركز الزوجين، و لاسيما ما يلي:

(ب) يكون للمرأة حقوق مساوية لحقوق الرجل أثناء قيام الزواج... »

و نصت المادة 23 فقرة 4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية: « تقوم الدول الأطراف في هذا العهد باتخاذ التدابير المناسبة لتأمين تساوي حقوق الزوجين و مسؤولياتهم في الزواج و أثناء قيامه... »

و جاء في المادة 16 فقرة 1(ج) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية، و بوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة:

(ج) نفس الحقوق و المسؤوليات أثناء الزواج و عند فسخه. "

و بناء على ما سبق ذكره، يمكننا القول إن نظرة المشرع في قانون الأسرة المعدَّل، تقوم على المساواة بين الزوجين في المراكز و هذه المساواة تقتضي المماثلة بينهما في الحقوق والواجبات و قيام الأسرة على تساوي الزوجين في تسيير و إدارة شؤونها. و يبني المشرع حكمه هذا على التطور الحاصل في المجتمع الجزائري من زيادة روح التعاون بين الزوجين في تسيير شؤون الأسرة، و كذلك التطور الحاصل دولياً و ما تضمنته الاتفاقيات الدولية من المساواة بين الزوجين في الحقوق و الواجبات.

المطلب الثاني: توزيع الحقوق و الواجبات الزوجية في الشريعة الإسلامية

عند البحث في أحكام الحقوق و الواجبات الزوجية في الشريعة الإسلامية، نجد أنها قد وضعت أصلاً عامّاً هو المساواة بين الزوجين في الحقوق و الواجبات، و هذا الأصل أثبته القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:228]. يقول القرطبي في شرح هذا الآية: " أي لهن من حقوق الزوجية على الرجال مثل ما للرجال عليهن."[1]

على أن هذه المساواة لا تعني المماثلة في جنس الحقوق و الواجبات، و إنما التكافؤ بين الزوجين فيها؛ فكل حق لأحدهما يقابله واجب عليه، يقول الزّمخشري في إثبات هذا المعنى: "و يجب لهن من الحق على الرجال مثل الذي يجب لهم عليهن ...و المراد بالمماثلة

[1] القرطبي، مرجع سابق، ج3، ص 123.

مماثلة الواجب الواجب في كونه حسنة، لا في جنس الفعل، فلا يجب عليه إذا غسلت ثيابه أو خبزت له أن يفعل نحو ذلك، و لكن يقابله بما يليق بالرجال."[1]

و هو ما ذهب إليه أيضا محمد رشيد رضا في تفسير الآية، بالقول:" فهذه الجملة تعطي الرجل ميزاناً يزن به معاملته لزوجه في جميع الشؤون و الأحوال، فإذا هَمَّ بمطالبتها بأمر من الأمور يتذكر أنه يجب عليه مثله... و ليس المراد بالمثل المثل بأعيان الأشياء وأشخاصها، و إنما المراد أن الحقوق بينهما متبادلة و أنهما أكفاء، فما من عمل تعمله المرأة للرجل إلا و للرجل عمل يقابله لها."[2]

أما منهج الشريعة في تحديد تلك الحقوق و الواجبات، فقد حددت الحقوق و الواجبات الأساسية لكل من الزوجين، و ذلك بنصوص صريحة واضحة، لكونها ضرورية لسعادة الأسرة و استقرارها، و حتى لا تكون محلاً لتجاذب الأهواء و مجالاً للتنازع فيها، و من أهم هذه الحقوق و الواجبات حق المعاشرة بالمعروف كحق لكل منهما على الآخر (حق مشترك)، و حق الزوجة في النفقة، و حق الزوج في طاعة زوجته.

أما باقي الحقوق و الواجبات فقد جعلت الشريعة أمر تحديدها إلى العرف وما تراضيا عليه كلا الزوجين.[3]

فبخصوص الحقوق و الواجبات الأساسية فقد نظّمتها الشريعة بنصوص صريحة.

---

(1) محمود بن عمر الزّمخشري، **الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل و عيون الأقاويل في وجوه التأويل**، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان: 1407هـ - 1987م، ص 272.

(2) محمد رشيد رضا، **تفسير القرآن الكريم الشهير بتفسير المنار**، ج2، دار الفكر، (بدون بلد نشر)، (بدون تاريخ نشر)، ص 375؛ وأنظر محمد الطاهر بن عاشور، **تفسير التحرير و التنوير**، ج2، الدار التونسية، تونس: 1984م، ص 398، 399.

(3) الزّمخشري، مرجع سابق، ص272؛ محمد رشيد رضا، **تفسير المنار**، مرجع سابق، ص375.

فعن واجب المعاشرة بالمعروف و هو واجب على كلا الزوجان، قال تعالى:﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ ﴾[النساء:19]، و يعني هذا الواجب إحسان كل من الطرفين للآخر و أن تسود الحياة الزوجية قيم المودة و الرحمة و العطف، قال تعالى:﴿ وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ﴾[الروم:21].

وباطلاعنا على السيرة النبوية، نجدها غنية بصور المعاشرة بالمعروف و حسن المعاملة التي كان يسير عليها صلى الله عليه و سلم مع أزواجه، و من ذلك ما رواه عمر رضي الله عنه: « **وكُنَّا مَعْشَرَ قُرَيْشٍ نَغْلِبُ النِّسَاءَ، فَلَمَّا قَدِمْنَا عَلَى الأَنْصَارِ إِذَا هُمْ قَوْمٌ تَغْلِبُهُمْ نِسَاؤُهُمْ، فَطَفِقَ نِساؤُنا يأْخُذْنَ مِنْ أَدَبِ نِسَاءِ الأَنْصَارِ فَصِحْتُ عَلَى امْرَأَتِي فَرَاجَعَتْنِي فَأَنْكَرْتُ أَنْ تُرَاجِعَنِي فقَالَتْ: وَ لِمَ تُنْكِرُ أَنْ أُرَاجِعَكَ فَوَ اللَّهِ إِنَّ أَزْوَاجَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم لَيُرَاجِعْنَه وَ إِنَّ إِحْدَاهُنَّ لَتَهْجُرُهُ اليَوْمَ حَتَّى اللَّيْلِ.** »[1]

أما حق الزوجة في النفقة و يتضمن توفير الطعام والكسوة و السكن، فدليله: قوله تعالى:﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ ﴾[البقرة: 233]، و قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾[الطلاق:07]، و قوله تعالى:﴿أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ﴾[الطلاق: 06]، و من السنة

[1] رواه البخاري، كتاب المظالم، باب الغرفة و العلّية المشرفة و غير المشرفة في السطوح، ج3، ص567.

حديث النبي صلى الله عليه و سلم: « **وَ لَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ**»[1] و قوله صلى الله عليه و سلم لهند: « **خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَ وَلَدَكِ بالمعْرُوفِ**»[2]

و أما حق الزوج في طاعة زوجته، فقد أثبتته أدلة عديدة منها قوله تعالى: ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ﴾ [النساء:34] وقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثۡلُ ٱلَّذِي عَلَيۡهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيۡهِنَّ دَرَجَةٞ﴾ [البقرة:228].

و بناء على النصوص المذكورة بشأن الحقوق و الواجبات الزوجية، قسّم الفقهاء تلك الحقوق و الواجبات إلى ثلاثة أقسام أو أنواع؛ حقوق و واجبات مشتركة بين الزوجين، و حقوق للزوجة على زوجها، و حقوق للزوج على زوجته.

فالقسم الأول: و هو الحقوق و الواجبات المشتركة بين الزوجين فتتمثل في : حق الاستمتاع والمعاشرة الزوجية، حرمة المصاهرة، و حق التوارث بينهما.[3]

أما القسم الثاني: و الذي يتضمن حقوق الزوجة على الزوج، فيشمل: حق المهر[4] و حق النفقة[5] و الحق في العدل في حال تعدد الزوجات.[6]

---

[1] رواه مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه و سلم، ج2، ص 890.

[2] رواه البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير عِلْمِهِ ما يكفيها و ولدها بالمعروف، ج7، ص 117؛ مسلم، كتاب الأقضية، باب قضية هند، ج3، ص 1338.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 162؛ محمد بلتاجي، **في أحكام الأسرة**، مرجع سابق، ص375-378.

[4] ابن رشد، مرجع سابق، ص 64؛ ابن حزم، مرجع سابق، ج9، ص 510.

[5] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 168.

[6] ابن رشد، مرجع سابق، ص 66.

و أما القسم الثالث: فيتضمن حقوق الزوج على الزوجة، و تتمثل هذه الحقوق في: حق الطاعة[1]، و حقه في قرار الزوجة في البيت[2]، و حقه في قيامها بشؤون البيت.[3]

و يجب التنبيه إلى أنه بالنسبة لواجب الزوجة في خدمة الزوج و القيام بشؤون البيت (و هو حق للزوج)، فإنه على الرغم من أن العديد من الفقهاء ذهبوا إلى عدم وجوبه على الزوجة وعلى أن عقد الزواج عقد استمتاع و ليس عقد استخدام[4]، إلاّ أن هذه الخدمة تعدّ واجباً على الزوجة استناداً إلى قاعدة العدل فليس من العدل تحمل الرجل لأعباء العمل خارج البيت وكذلك القيام بخدمة البيت، إلى جانب ما تعارفت عليه جميع المجتمعات الإنسانية من قيام المرأة بشؤون البيت و إتقانها لها و البراعة فيها.[5] و كذلك من باب الإحسان إلى الزوج والأولاد و في مقابل قيام الزوجية.

و لا يعني ذلك أبداً أن أعمال و خدمة البيت حِكراً على الزوجة، بل يندب للزوج و من باب حسن المعاشرة، مشاركة الزوجة بين الحين و الآخر في أعمال البيت، و أن لذلك أثراً إيجابيا بالغاً في نفس الزوجة[6]، و لنا في رسول الله صلى الله عليه و سلم الأسوة الحسنة فقد سُئِلَتْ السيدة عائشة رضي الله عنها: « **مَا كَانَ النَّبِيُّ صلى الله عليه و سلم يَصْنَعُ فِي البَيْتِ قَالَتْ: كَانَ فِي مِهْنَةِ أَهْلِهِ، فَإِذَا سَمِعَ الأَذَانَ خَرَجَ.** »[7]

و بالنسبة لحق الزوج في طاعة زوجته، و الذي أساسه قوامة الرجل على المرأة، فإن معنى هذه القوامة هو القيام على شؤون الأسرة و الحماية و الإشراف و العدل في معاملة الزوجة

---

(1) أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصّاص، **أحكام القرآن**،ج1، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان: (بدون تاريخ نشر)، ص 375.

(2) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 164؛ محمد بلتاجي، **في أحكام الأسرة**، مرجع سابق، ص 383.

(3) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 165.

(4) ابن حزم، مرجع سابق، ج10، ص 73-74؛ ابن القيم، **زاد المعاد**، مرجع سابق، ص80.

(5) عبد القادر داودي، **مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي**، مرجع سابق، ص 363.

(6) سعاد عبد الله الناصر، قضية المرأة رؤية تأصيلية، كتاب الأمة (سلسلة دورية)، إصدار وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية لدولة قطر، العدد 97 ، رمضان 1424هـ ، ص 70.

(7) رواه البخاري، كتاب النفقات، باب خدمة الرجل في أهله، ج7، ص117.

والأولاد[1]، و هي بعيدة كل البعد عن معاني الاستبداد و السيطرة و العنف كما قد يظن البعض و يمارس. و ذهبت هبة رؤوف عزّت إلى أن معنى القوامة ينطوي على أمرين:

" - أن يأخذ الرجل على عاتقه توفير حاجات المرأة المادية و المعنوية بصورة تكفل لها الإشباع المناسب لرغباتها و تشعرها بالطمأنينة و السكن.

- أن يوفر لها الحماية و الرعاية و يسوس الأسرة بالعدل في حدود سلطته الأسرية."[2]

و قد حددت الشريعة صفة قوام الرجل، حيث قيدتها بجملة من القيود و الضوابط[3]، من أهمها:

- أن تكون طاعته في المعروف، فلا يحق له أن يأمر بما يخالف الشرع فإن فعل فلا تجب طاعته[4]، ودليله قوله صلى الله عليه و سلم «**لاَ طَاعَةَ فِي مَعْصِيَةِ اللهِ، إِنَّمَا الطَّاعَةُ فِي المَعْرُوفِ**».[5]

- أن قوامته و رئاسته للبيت شورية و ليست استبدادية، فإدارة شؤون الأسرة يجب أن تكون خاضعة للشورى لا أن يستبد الرجل بالأمر كله، و ينبغي أن يكون لكل فرد من أفراد الأسرة

---

(1) محمود شلتوت، مرجع سابق، ص 174؛ مصطفي ديْب البُغا، **نظام الإسلام في العقيدة و الأخلاق والتشريع**، دار الفكر، دمشق-سورية: 1419هـ-1998م، ص 231؛ رشاد حسن خليل، مرجع سابق، ص 179.

(2) هبة رؤوف عزّت، **المرأة و العمل السياسي رؤية إسلامية**، دار المعرفة، الجزائر: 2001، ص 197.

(3) سيد قطب، مرجع سابق، ص 652؛ عبد الحليم أبو شقة، مرجع سابق، ص 101؛ رشاد حسن خليل، مرجع سابق، ص 180؛

(4) مصطفى ديب البُغا، مرجع سابق، ص 231؛ هبة رؤوف عزت، مرجع سابق، ص 197.

(5) رواه البخاري، كتاب الأحكام، باب السمع و الطاعة للإمام ما لم تكن معصية، ج9، ص113؛ مسلم، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء من غير معصية و تحريمها في المعصية، ج3، ص 1469. واللفظ لمسلم.

نصيب في إدارة الأسرة، على أن يكون لرئيس الأسرة والقوّام عليها الكلمة الأخيرة التي تنهي النزاع و تحل الخلاف في حالة نشوبه.[1]

- كما أن هذه القوامة تتحدد في شؤون الأسرة، أما خارج هذا المجال فإن للمرأة الأهلية الكاملة في التصرف في شؤونها و من ذلك حرية التصرف في مالها، فليس من شأن القوامة إلغاء شخصية المرأة.[2]

- أن هذه القوامة تحكمها القواعد و المبادئ التي أرستها الشريعة في مجال الأسرة، من حُسن المعاشرة وكرم المعاملة و الإحسان إلى الزوجة،[3] و قد أوجبتها نصوص كثيرة منها: قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾[النساء:19]، و حديث النبي صلى الله عليه وسلم: **«اسْتَوصُواْ بالنِّسَاءِ خَيْرًا.»**[4] و قوله صلى الله عليه و سلم: **«فاتَّقُوا اللهَ في النِّساءِ.»**[5] وقوله صلى الله عليه و سلم: **«لاَ يَفْرَكْ مُؤْمِنُ مُؤْمِنَةً، إِنْ كَرِهَ مِنْهَا خُلُقاً رَضِيَ مِنْهَا آخَرَ.»**[6] و قوله صلى الله عليه و سلم: **«خَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لِأَهْلِهِ.»**[7]

و قد أثيرت شبهات كثيرة حول مسألة القوامة، و بالتحديد بشأن إعطائها للزوج.

---

(1) عبد الحليم أبو شقة، مرجع سابق، ص 101؛ هبة رؤوف عزّت، مرجع سابق، ص 200-201؛ محمد رشيد رضا، **حقوق النساء في الإسلام**، مرجع سابق، ص 32.

(2) سيد قطب، مرجع سابق، ص 652؛ رشاد حسن خليل، مرجع سابق، ص 179.

(3) رشاد حسن خليل، مرجع سابق، ص 180؛ عبد الحليم أبو شقة، مرجع سابق، ص 101.

(4) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب الوصاة بالنساء، ج7، ص 46؛ مسلم، كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء، ج2، ص 1091. و اللفظ لمسلم.

(5) رواه مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه و سلم، ج2، ص 889.

(6) رواه مسلم، كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء، ج2، ص 1091.

(7) رواه الترمذي، كتاب المناقب، باب فضل أزواج النبي صلى الله عليه و سلم، ج5، ص 667؛ ابن ماجه، كتاب النكاح، باب حسن معاشرة النساء، ج1، ص 636.

و أول ما يجب قوله هو أن القوامة هي نظام لرئاسة و قيادة تلك المؤسسة المتمثلة في الأسرة، و لابد لأي مؤسسة من قائد يتحمل مسؤولية اتخاذ القرارات فيها و يفصل عند تضارب آراء أفرادها، و قد جعل الإسلام هذا الشخص هو الزوج. نظراً لما يمتاز به من خصائص واستعدادات تؤهله لهذه الوظيفة و مقابلاً لما يتحمله من عبء الإنفاق على الأسرة. فالرجل و نظراً لما يفوق به المرأة من القوة الجسدية و النفسية و ما يمتاز به عادة من تغليب العقل على العاطفة، فإنه أقدر على رئاسة البيت و اتخاذ قراراته المصيرية.[1] كما أن إعطاءه القوامة يُعدّ بمثابة مزية في مقابل تحمله الإنفاق على الأسرة.

ونختم في مسألة قوامة الرجل بالقول، إن القوامة مسؤولية تكليفية على عاتق الرجل،" ليس من شأنها إلغاء شخصية المرأة في البيت و لا في المجتمع، إنما هي وظيفة داخل كيان الأسرة لإدارة هذه المؤسسة الخطيرة و صيانتها و حمايتها. و وجـود القيـم في مؤسسـة ما لا يلغي وجود ولا شخصية و لا حقوق الشركاء فيها و العاملين في وظائفها".[2]

و بعد هذا البيان للحقوق و الواجبات الزوجية في الشريعة، تبين بأن توزيعها يقوم على وجود حقوق و واجبات مشتركة بين الزوجين، و حقوق خاصة بالزوج على زوجته، وحقوق خاصة بالزوجة على الزوج، وبالتالي فإن منهج الشريعة يقوم على التفرقة و الاختلاف بين الزوجين في نوع الحقوق و الواجبات.

و عند البحث في الأسس التي بنت عليها الشريعة هذا الاختلاف في الحقوق و الواجبات، نجد أنها تتحدد أولاً في مراعاة الفطرة و الاستعدادات و المؤهلات الطبيعية لكل طرف، إلى جانب تحقيق العدل في التوزيع.

---

[1] محمد بلتاجي، **في أحكام الأسرة**، مرجع سابق، ص 378؛ عبد الحليم أبو شقة، مرجع سابق، ص 100-101.

[2] سيد قطب، مرجع سابق، ص 652.

إن منهج الشريعة في توزيع الحقوق و الواجبات، يقوم على أساس فطري طبيعي، فقد عهدت لكل طرف من الواجبات بحسب ما هو مهيأ له مُعان عليه من الفطرة، فالرجل و نظراً لما يتميز به من قوة جسدية تعينه على العمل و الكدح و الكسب؛ و غلبة العقل على العاطفة لديه، فقد ألقي عليه واجب الإنفاق على البيت و أعطيت له رئاسة البيت. و المرأة ونظراً لما تحمله من فيض العاطفة و الحنان و ما تملكه من القدرة على الصبر على أطفالها و تفهم احتياجاتهم[1] مما تقتضيه وظيفة الأمومة، إلى جانب ما تملكه من براعة و دراية في تدبير شؤون البيت، فقد كلفت بواجب تربية الأولاد و تدبير شؤون البيت. [2] فبناء على مراعاة الفطرة عهدت للرجل الأعمال الخارجية، و أوكلت للمرأة مهمة الأعمال الداخلية.

كما أن الشريعة في توزيعها للحقوق و الواجبات الزوجية، قد تحرت العدل، و العدل يقتضي أن يكلف كل طرف بما يناسب طاقته و قوته و ليس أن يكلف بمثل ما يكلف به الآخر و إن اختلفت استعداداتهم و قدراتهم. [3]

إن منهج الشريعة في توزيع الحقوق و الواجبات بين الزوجين، يقوم على التكامل فيما بينها وليس التماثل. و قد جعلت الشريعة ضمانات نجاح ذلك التوزيع ، هي قيام الحياة الزوجية على قيم المودة و الرحمة و المعاشرة بالمعروف و التراضي و التشاور، فالعلاقة الزوجية هي من أخطر العلاقات الإنسانية و أكثرها حساسية، فمع و جود المحبة و المودة سيعطي كل طرف للآخر حتى أكثر مما عليه، و في ظل التباغض و التناكر فلن يكتف كل طرف بما تقرر له من الحقوق مهما بلغت. [4]

---

[1] أثبتت الكثير من الدراسات أن للمرأة قدرة فائقة على فهم لغة أطفالها و معرفة احتياجاتهم. أنظر: آلين ويلر، مرجع سابق، ص 59.

[2] سيد قطب، مرجع سابق، ص 643؛ عبد الكريم شهبون، **شرح مدونة الأحوال الشخصية**، ج1، دار نشر المعرفة، الرباط: 1987، ص 155؛ محمد رشيد رضا، **حقوق النساء في الإسلام**، مرجع سابق، ص30.

[3] عبد القادر داودي، **مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي**، مرجع سابق، ص 329.

[4] محمد بلتاجي ، **في أحكام الأسرة**، مرجع سابق، ص459.

لقد جاء منهج الشريعة في توزيع الحقوق و الواجبات الزوجية، موافقا للفطرة وللاستعدادات الطبيعية لكل من الرجل و المرأة، و محققا للعدل المطلوب في الأحكام؛ خاصة في جانب المرأة حيث كرمها الإسلام فجعلها مخدومة مكفولة النفقات، فصانها من الابتذال و أراحها من الإرهاق. [1]

و هذا المنهج في توزيع الحقوق و الواجبات الزوجية على أساس المؤهلات و الاستعدادات الطبيعية، يوجد من يؤيده حتى من علماء الغرب و مفكريه نذكر منهم الطبيب الفرنسي الشهير الكسيس كاريل الذي أكد على ضرورة اختلاف المسؤوليات بين الزوجين تبعا للاختلافات العضوية الطبيعية فيما بينهما، حيث يقول:" إن الاختلافات الموجودة بين الرجل والمرأة لا تأتي من الشكل الخاص للأعضاء التناسلية، ومن وجود الرحم و الحمل، أو من طريقة التعليم. إذ أنها ذات طبيعة أكثر أهمية من ذلك ... إنها تنشأ من تكوين الأنسجة ذاتها ومن تلقيح الجسم كله بمواد كيميائية محددة يفرزها المبيض. و لقد أدى الجهل بهذه الحقائق الجوهرية بالمدافعين عن الأنوثة إلى الاعتقاد بأنه يجب أن يتلقى الجنسان تعليماً واحداً و أن يمنحا قِوى واحدة و مسؤوليات متشابهة و الحقيقة أن المرأة تختلف اختلافاً كبيراً عن الرجل، فكل خلية من خلايا جسمها تحمل طابع جنسها ... فالقوانين الفسيولوجية غير قابلة للين ... فليس بالإمكان إحلال الرغبات الإنسانية محلها. و من ثمّ فنحن مضطرون إلى قبولها كما هي. فعلى النساء أن يُنَمِّين أهليتهن تبعاً لطبيعتهن دون أن يحاولن تقليد الذكور، فإن دورهن في تقدم الحضارة أسمى من دور الرجال، فيجب عليهن أن لا يَتَخَلَّين عن وظائفهن المحددة."[2]

---

[1] سعيد حوى، **الإسلام**، دار السلام، مصر:1425هـ- 2005م، ص242؛ مصطفى ديب البُغا، مرجع سابق، ص234.

[2] الكسيس كاريل، مرجع سابق، ص 108-109.

هذا كل ما يخص القسم الأول من هذه الدراسة و المتعلق بصور المساواة بين الرجل و المرأة في مسائل الخطبة و الزواج، التي تضمنها قانون الأسرة المعدَّل وموقف الشريعة منها. ففيما تتجلى صور المساواة بينهما في جانب إنهاء الزواج و آثاره، و ما هو موقف الشريعة من هذه الصور؟ هذا ما سيتم الإجابة عنه من خلال الفصل الثاني من هذه الدراسة وذلك فيما يلي.

الفصل الثاني

صور المساواة بين الرجل و المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية و آثاره

المبحث الأول: وقوع الخلع دون اشتراط رضى الزوج
المبحث الثاني: المساواة في الولاية المالية على الأولاد في حالة الطلاق

الفصل الثاني: صور المساواة بين الرجل و المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية و آثاره

قام المشرع في قانون الأسرة المعدَّل، بجملة من التعديلات على الأحكام المتعلقة بإنهاء الرابطة الزوجية و الآثار المترتبة عن ذلك. و الهدف من هذه الأحكام الجديدة كما تمّ توضيحه في بيان أسباب التعديل، هو تحقيق التوازن بين الزوجين في دعوى الطلاق وآثاره. و بالتمعن في تلك الأحكام نجدها قد اشتملت على صورتين للمساواة بين الرجل و المرأة تتمثلان في: وقوع الخلع دون اشتراط رضى الزوج كصورة للمساواة بين الرجل و المرأة في إنهاء الزواج، و المساواة بينهما في الولاية المالية على الأولاد.

و قد قمت بدراسة كل صورة من هاتين الصورتين في مبحث مستقل من هذا الفصل. و نبدأ بدراسة الصورة الأولى للمساواة و هي: وقوع الخلع دون اشتراط رضى الزوج، في المبحث الأول و ذلك فيما يلي.

المبحث الأول: وقوع الخلع دون اشتراط رضى الزوج

و نتطرق في هذا المبحث إلى أمرين: الأول: دراسة صورة الخلع في قانون الأسرة المعدَّل و الفلسفة من ورائها (في مطلب أول)، و الثاني: بحث موقف الشريعة من تلك الصورة للخلع و من الفلسفة الكامنة ورائها (في مطلب ثان).

المطلب الأول: صورة الخلع في قانون الأسرة المعدل و الفلسفة الكامنة وراءها

لقد تميز تنظيم المشرع لمسألة الخلع في قانون الأسرة القديم، بالاقتضاب و الغموض، حيث نظم المشرع أحكام الخلع في مادة وحيدة هي: المادة 54، أغفل فيها الكثير من الأحكام المتعلقة بالخلع و أهمها الحالة التي يتم فيها اللجوء إلى الخلع و شروط الخلع[1]، و قد كانت هذه المادة تنص على أنه: " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم."

و قد أثار هذا النص العديد من الإشكاليات أهمها: مدى اشتراط رضى الزوج لصحة الخلع، فنص المادة لم يفصل بوضوح في هذه المسألة.

و قد ظلت هذه المسألة (مدى اشتراط رضى الزوج لصحة الخلع) محل نقاش و جدل بين شُرّاح قانون الأسرة؛ حيث ذهب بعضهم إلى اشتراط رضى الزوج و بأن الخلع عقد يتوقف على إيجاب و قبول الطرفين[2]، فيما ذهب آخرون إلى عدم اشتراط رضاه.

---

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 266.

[2] المرجع نفسه، ص 263.

كما تناقضت اجتهادات المحكمة العليا بشأن هذه المسألة، حيث قضت هذه الأخيرة في بعض أحكامها بصحة الخلع دون رضى الزوج، فيما ذهبت في أحكام أخرى لها إلى اشتراط رضى الزوج لإيقاع الخلع[1].

أما في ظل قانون الأسرة المعدَّل (الأمر رقم 05-02)، فقد وضع المشرع حدّاً لذلك النقاش والجدل و التناقض بموقف واضح هو عدم اشتراط رضى الزوج لصحة الخلع[2] [3] حيث نصت المادة 54 المعدَّلة على أنه: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

---

[1] حمدي باشا عمر، **دراسات قانونية مختلفة**، دار هومه، الجزائر: 2002، ص 167؛ فضيل العيش، مرجع سابق، ص 35.

[2] بن داود عبد القادر، مرجع سابق، ص 155؛ فضيل العيش، مرجع سابق، ص 35؛ عبد القادر داودي، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص 341.

[3] و هو نفس موقف المشرع المصري في قانونه الأخير للأحوال الشخصية، حيث ذهب إلى عدم اشتراط رضى الزوج لوقوع الخلع، فقد نصت المادة 20 فقرة 01 من القانون رقم 01 لسنة 2000م على أنه: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه، و أقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها و خالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية و ردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه." أنظر سمير عبد السميع الأودن، **التعليق على نصوص قانون تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الجديد**، مكتبة الإشعاع الفنية، الاسكندرية: 2001م، ص 57-72؛ أنور العمروسي، **موسوعة الأحوال الشرعية في الزواج و الطلاق و الخلع**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية: 2003م، ص 77-78.

و بذلك فإن الزوجة إذا طالبت بالخلع، فليس أمام القاضي إلا أن يقوم بمحاولة الصلح بين الزوجين[1]، فإن لم يفلح في الإصلاح فعليه إجابة الزوجة لطلبها و الحكم بالتطليق مقابل ما تدفعه المرأة من مال، على انه إذا لم يتم الاتفاق بين الزوجين على المقابل المالي للخلع، فإن للقاضي السلطة التقديرية في تحديده على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

و إذا ما بحثنا في خلفية الحكم الجديد للخلع و الهدف منه، فنجد أنها تتمثل في محاولة المشرع إحداث التوازن بين الزوجين في جانب حل الرابطة الزوجية، حيث جاء في بيان أسباب التعديل ما يلي:« تحقيقا للتوازن بين الزوجين في دعوى الطلاق و آثارها، عدَّل الأمر الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية على النحو الآتي: ...

- بيان و توضيح أحكام الخلع، استنادا إلى الاجتهاد المتواتر و المستقر عليه من المحكمة العليا منذ سنة 1997. و تأكيد حق الزوجة في الخلع دون اشتراط قبول الزوج.»[2]

لقد رأى المشرع في أحكام قانون الأسرة القديم فيما يتعلق بإنهاء الزواج، تغليباً واضحاً لجانب الرجل حيث أنه يملك الطلاق و إنهاء الزواج بإرادته المنفردة. فقرر للمرأة حق الخلع دون حاجة إلى رضى الزوج في مقابل ما يملكه الزوج من سلطة الطلاق.

و الواقع أن المشرع بهذا الحكم الجديد، لم يحقق إلا نوعاً من التوازن بين الزوجين في جانب إنهاء الزواج و لم يستطع الوصول إلى تحقيق المساواة بينهما. حيث أنه حتى في

---

[1] و هو إجراء أوجبه المشرع في جميع أنواع الطلاق سواء الطلاق بإرادة الزوج أو الطلاق بتراضي الزوجين أو التطليق بطلب من الزوجة (التطليق لعدم الإنفاق، التطليق للعيوب، التطليق للهجر في المضجع فوق أربع أشهر ...) أو التطليق بطريق الخلع، حيث نصت المادة 49 فقرة 01: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى."

[2] الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، ص8.

ظل قانون الأسرة المعدَّل فإن الرجل يملك الطلاق و إنهاء الزواج بالإرادة المنفردة (المادة48) ويعتبر حكم القاضي هنا مجرد حكم كاشف للطلاق الذي أوقعه الزوج، أما حق المرأة في إنهاء الزواج بالخلع فإنه مقيد بدفع العوض المالي، كما أن القاضي هو من يوقع هذا الطلاق و يعتبر حكمه مقرراً و منشئً للطلاق.

و بالتالي فإن المشرع لم يحقق المساواة بين الزوجين في حق إنهاء الرابطة الزوجية، و إنما أحدث فقط نوعاً من التوازن بين الزوجين في هذا الجانب.

المطلب الثاني: موقف الشريعة من الصورة الجديدة للخلع و الفلسفة الكامنة وراءها.

بالرجوع إلى نصوص الشريعة و أحكامها، نجد أنها تجعل الأصل في إنهاء عقد الزواج بيد الرجل عن طريق الطلاق، فالأصل في الشريعة أن الرجل هو من يملك الطلاق[1]. و لا يعني ذلك إغفال جانب المرأة فقد منحتها الشريعة أيضاً وسائل لطلب إنهاء الزواج.

و قد أعطت الشريعة للرجل حق الطلاق دون المرأة، و ذلك لسببين الأول: راجع إلى طبيعته و ما يغلب عليه من تحكيم للعقل على خلاف المرأة و التي هي أسرع انفعالاً و أكثر استجابة للعاطفة[2]. أما السبب الثاني: فهو أن الرجل هو من تكلف مصاريف و مطالب الزواج من مهر و سكن و نفقة، فهو الطرف الأكثر خسارة من إنهاء الحياة الزوجية نظراً لما

---

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 284.

[2] محمد بلتاجي، **مكانة المرأة في القرآن الكريم و السنة الصحيحة**، مرجع سابق،ص 115؛ مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 90.

تكبده من مصاريف لبنائها، فلا شك أن هذا الجانب يجعل الرجل يفكر ملياً قبل الإقدام على الطلاق[1].

على أن الشريعة و إن أعطت للرجل حق الطلاق، إلا أنه ليس حقاً مطلقاً، بل إنها أحاطت هذا الحق بجملة من القيود و الضوابط[2] حتى لا يكون عرضة لإساءة استعماله من طرف الزوج و لا يتم اللجوء إليه إلا كحل أخير.

لقد شُرِع الطلاق في الإسلام كحل أخير لا يُلْجَأ إليه إلا في استحالة دوام المعاشرة بين الزوجين، فالأصل في الطلاق عند المحققين من الفقهاء، هو المنع و الحظر حتى توجد حاجة إليه، فلا يحل للزوج أن يوقعه إلا إذا كان هنالك سبب يدعو إليه[3].

بل إن الطلاق هو أَبْغَضُ ما شُرِعَ، قال صلى الله عليه و سلم: «**أَبْغَضُ الحَلاَلِ إِلَى اللَّهِ عزَّ و جلَّ الطَّلاَق**»[4]. و قد حَذَّرَ الله سبحانه من التلاعب بالطلاق و إمساك الزوجة إضراراً بها قال تعالى:﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ ﴾ [البقرة: 229]

وقال تعالى: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ ۚ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعۡتَدُواْ ۚ﴾ [البقرة: 231].

---

(1) محمد بلتاجي، **مكانة المرأة في القرءان الكريم و السنة الصحيحة**،مرجع سابق، ص 115؛ مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 90؛ محمد رشيد رضا، **حقوق النساء في الإسلام**، مرجع سابق، ص 110.

(2) أحمد محمد شاكر، **نظام الطلاق في الإسلام**، مكتبة السنة، القاهرة: 1407هـ - 1987م، ص 53؛ علي حسب الله، **الفرقة بين الزوجين**، دار الفكر العربي، (بدون بلد نشر)، (بدون تاريخ نشر)، ص 25.

(3) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 284؛ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 310.

(4) رواه أبو داود، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، ج1، ص 546؛ ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، ج1، ص 650.

كما قيّدت الشريعة حق الزوج في إيقاع الطلاق بضرورة تحري جملة من الظروف، حتى يكون طلاقه موافقاً للشرع، حيث منعت الشريعة طلاق المرأة في الحيض، كما منعت الزوج من طلاقها في طُهْرِ مَسَّهَا فيه، و منعت الطلاق الثلاث مرة واحدة، فكُلُّ ذلك يُعَدُّ من طلاق البدعة[1] إشارة لعدم مطابقته لما وجهت إليه السنّة في مجال الطلاق. " و الحكمة في تحريم الطلاق في هذه الأوقات حَمْلُ الزوج على إنشاء الطلاق في وقت كمال الرغبة في المرأة رَجَاء أن يصرفه ذلك عن الطلاق إذا لم يكن صادق الرغبة فيه"[2].

و إذا كان للرجل حق إنهاء الزواج بالطلاق، فإن الشريعة لم تهمل جانب المرأة، فقد أجازت لها طلب التفريق في حالات معينة، كما شرعت لها الخلع كطريق لإنهاء الزواج مقابل ما تدفعه للزوج من بدل.

لقد أعطت الشريعة للمرأة الحق في رفع أمرها للقاضي و المطالبة بالتفريق لأسباب عديدة، كالتفريق لعيب من العيوب، و التفريق لعدم الإنفاق، و التفريق لغيبة الزوج، والتفريق لسوء العشرة أو الضرر... [3].

كما جعلت للمرأة طريق آخر لإنهاء الحياة الزوجية ما دامت غير مطيقة الاستمرار فيها، و هو طريق الخلع.

و الخلع في الاصطلاح: هو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، بلفظ الخلع أوما في معناه كالمبارأة. [4]

---

[1] ابن الهمام، مرجع سابق، ص 328-329؛ ابن رشد، مرجع سابق، ص 76-77؛ ابن حزم، مرجع سابق، ص 161-164.

[2] علي حسب الله، مرجع سابق، ص 28.

[3] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 349 ،355 ،362 ،363؛ علي حسب الله، مرجع سابق، ص120، 133، 150.

[4] محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 329؛ علي حسب الله، مرجع سابق، ص 88.

و دليل مشروعية الخلع : قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ [البقرة: 229]، و حديث ابنِ عباسِ أَنَّ امرأةَ ثابتٍ بن قَيْسٍ أَتَتِ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم فَقَالتْ يا رَسُولَ الله ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أَعْتِبُ عَلَيْهِ فِي خُلقٍ و لاَ دَيْنٍ و لَكِنِّي أَكْرَهُ الكُفْرَ في الإِسْلاَمِ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه و سلم: **أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ** قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه و سلم: **اِقْبَلِ الحَدِيقَةَ وَ طَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً**.[1]

وقد حدد الفقهاء الحالة التي يجوز فيها للمرأة المطالبة بالخلع، و هي أن تكون الزوجة مُبْغِضَة لزوجها كارهة له و تخشى بسبب هذا البغض أن لا توفيه حقه.[2] و لأن الزوج قد يرفض الفراق رغبة في المرأة أو تحسراً على ما أنفقه عليها من مال، فقد جعل الشرع الفداء (العوض المالي في الخلع) لتهوين أمر الطلاق عليه بتعويضه على ما أنفق من مال.[3]

و قد اختلف الفقهاء حول مسألة مدى اشتراط رضى الزوج لصحة الخلع.

---

[1] رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع و كيف الطلاق فيه، ج7، ص 83.

[2] ابن حزم، مرجع سابق، ص 235؛ ابن تيمية، مرجع سابق، المج32، ص282.

[3] علي حسب الله، مرجع سابق، ص 83.

فذهب جمهور الفقهاء من الأحناف[1] و المالكية[2] و الشافعية[3] و الحنابلة[4] إلى أن الخلع لا يقع إلا بتراضي الزوجين، و عدم جواز إجبار الزوج على الخلع دون رضاه.

و أجاز مالك الخلع دون إرادة الزوجين في حالة اشتداد التباغض و النفرة بينهما و عدم قدرة الحكمين على الإصلاح، فأجاز لهما الحكم بالخلع دون إرادة الزوجين إذا رأيا المصلحة في ذلك. فقد نقل عن مالك قوله في المدونة: " الأمر الذي يكون فيه الحكمان إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل وامرأته حتى لا يثبته بينهما بينة و لا يستطاع أن يتخلص إلى أمرهما فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلاً من أهلها و رجلاً من أهله عدلين فنظرا في أمرهما و اجتهدا فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما و إلا فرقا بينهما، ثم يجوز فراقهما دون الإمام و إن رأيا أن يأخذا من مالها حتى يكون خلعاً فعلاً." [5]

وذهب ابن رشد إلى جواز الخلع دون رضى الزوج على وجه التحديد، حيث رأى أن الخلع إنما شُرِع كحق للمرأة في مقابل ما يملكه الرجل من حق الطلاق، و بالتالي فإنه يفقد فائدته إذا توقف على رضى الزوج، و هو ما يستشف من قوله في بداية المجتهد: " و الفقه أن الفداء إنما جُعِل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جُعِل الطلاق بيد الرجل إذا فَرَكَ المرأة، جُعل الخُلع بيد المرأة إذا فَرَكَت الرجل." [6]

---

[1] السرخسي، مرجع سابق، ص 173

[2] أحمد الصاوي، مرجع سابق، ص 335.

[3] الشافعي، مرجع سابق، ص 290.

[4] ابن تيمية، مرجع سابق. المج 32، ص 282.

[5] مالك بن أنس الأصبحي، **المدونة الكبرى**، ج2، دار الفكر، (بدون بلد نشر)، (بدون تاريخ نشر)، ص254-255؛ و أنظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الجد)، **المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات و التحصيلات المكملات لأمهات مسائلها المشكلات**، (تحقيق: محمد حجي)، ج1، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان: 1988، ص 556-557.

[6] ابن رشد، مرجع سابق، ص 82.

و في اعتقادي، فإن رأي ابن رشد يعدّ الأكثر عدلاً و منطقاً، فإن في جعل الخُلع متوقفاً على رضى الزوج يفرغه من فائدته و من الحكمة التي شُرِع لها، فإنما شرع الخلع كطريق لحفظ حق المرأة في التخلص من الحياة الزوجية إذا أصبحت غير مطيقة لها غير قادرة على إيفاء حقوقها، فلا معنى لأن يكون هذا الطريق متوقفاً على رضى الزوج فهذا يجعله وجهاً آخر للطلاق.

على أن الخلع لا يلجأ إليه إلا بعد القيام بالإجراء الذي أرشدت إليه الشريعة في حالة التباغض بين الزوجين و حدوث الشقاق، و هو بعث الحكمين لمحاولة الإصلاح بينهما قال تعالى: ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ ﴾ [النساء: 35]

و بناء على ما سبق ذكره، يمكننا القول إن الشريعة قد ضمنت حق المرأة في جانب إنهاء الزواج، عن طريق إعطائها حق رفع أمرها إلى القاضي لطلب التفريق في حالات كثيرة كطلب التفريق لعدم الإنفاق، و طلب التفريق لغيبة الزوج و طلب التفريق للضرر... كما أعطتها وسيلة الخلع في حالة بُغْضِهَا للزوج و عدم قدرتها على الاستمرار في الحياة الزوجية.

على أن حق المرأة سواء في طلب التفريق، أو في الخلع، ليس مطلقاً بل مقيد بما رسمته الشريعة من حدود و ضوابط في جانب إنهاء الزواج، و أهم هذه الضوابط أن لا يكون لجوء المرأة إلى طَلَبِ الفُرقة إلا عند الحاجة، و عدم قدرتها فعلاً على الاستمرار في الحياة الزوجية، و هو ضابط دلت عليه العديد من النصوص منها حديث النبي صلى الله عليه وسلم:

«**أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَها طَلَاقاً في غَيْرِ مَا بَأسٍ فَحَرامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الجَنَّة.**»[1] وحديث النبي صلى الله عليه و سلم: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ اِخْتَلَعَت مِنْ زَوْجِهَا مِنْ غَيْرِ بَأسٍ لَمْ تَرِحْ رَائِحَةَ الجَنَّة.**»[2]

و بالمقارنة بين أحكام الشريعة و قانون الأسرة من حيث منهج كل منهما في جانب إنهاء الرابطة الزوجية، فنجد أن كليهما حقق التوازن بين الزوجين في هذا الجانب فقررا للمرأة وسائل لطلب التفريق في مقابل ما يملكه الزوج من حق الطلاق.

و بالنسبة لما قرره المشرع من حق للمرأة في الخلع دون رضى الزوج، و إن كان مخالفاً لرأي جمهور الفقهاء في الشريعة، فإننا يمكننا أن نجد له سنداً من رأي مالك و ابن رشد، مادام القاضي هو من يحكم بإيقاع الخلع، و لا يحكم به إلا بعد قيامه بعدة محاولات للإصلاح بين الزوجين و انتهائها بالفشل مما يؤكد الرغبة التامة للمرأة في إنهاء الحياة الزوجية.

---

[1] رواه أبو داود، كتاب الطلاق، باب في الخلع، ج1، ص 559؛ الترمذي، كتاب الطلاق و اللعان، باب في المختلعات، ج3، ص 493؛ ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، ج1، ص 662؛ أحمد، مسند ثوبان، ج5، ص 277.

[2] رواه الترمذي، كتاب الطلاق و اللعان، باب ما جاء في المختلعات، ج3، ص 492.

المبحث الثاني: المساواة في الولاية المالية على الأولاد في حالة الطلاق

مسَّ التعديل الجديد لقانون الأسرة كتاب النيابة الشرعية، و بالتحديد فصل الولاية، وأهم ما تم استحداثه بموجب هذا التعديل هو إعطاء الولاية المالية على الأولاد في حالة الطلاق، لمن أسندت له الحضانة علماً أن الأم مقدمة في جانب الحضانة.

و بموجب هذا التعديل فقد أصبحت المرأة مساوية للرجل في مسألة الولاية المالية على الأولاد.

و قد ارتأيت الوقوف أولا على الحكم الجديد للولاية المالية على الأولاد في قانون الأسرة باعتباره صورة للمساواة بين الرجل و المرأة، و ما وراءه من أهداف، ثم البحث في موقف الشريعة من هذا الحكم.

المطلب الأول: الحكم الجديد للولاية المالية على الأولاد بعد الطلاق

بداية يجب التنبيه إلى أن قانون الأسرة نص على نوعين من الولاية: ولاية التزويج وتناولها من بين شروط عقد الزواج و ذلك في المواد: من 09 مكرر إلى المادة 13 من قانون الأسرة، وتثبت على القصّر: ذكوراً و إناثاً، أما المرأة الراشدة فقد أصبح لها الولاية الكاملة على نفسها.و قد أسند المشرع هذه الولاية (ولاية التزويج) للأب ثم من يليه من الأقارب دون تحديدهم ثم للقاضي في مرتبة أخيرة، حيث نصت المادة 11 فقرة02: " يتولى زواج القصَّر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له."

و النوع الثاني من الولاية، هو ما تناوله المشرع في كتاب النيابة الشرعية، و يتمثل في الولاية المالية، و هذا النوع هو محل دراستنا في هذا المبحث.

كان قانون الأسرة القديم يعطي الولاية المالية للأب على أولاده، و لا تملك الأم هذه الولاية إلا في حالة وفاة الأب، حيث نصت المادة 87(سابقا) على ما يلي:« يكون الأب ولياً على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا. »

أما في ظل القانون المعدَّل (الأمر رقم 05-02)، فقد تؤول إليها الولاية المالية على الأولاد حتى في حالة وجود الأب و ذلك في حالة الطلاق، حيث جعل القانون الولاية المالية على الأولاد لمن أسندت له الحضانة فقد جاء في المادة 87 المعدّلة: « يكون الأب ولِياً على أولاده القصّر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محلّه في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

و في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.»

و لما كانت الأم مقدمة في الحضانة و ترتب أولا في استحقاق الحضانة على أولادها (نص المادة 64[1])، فإنها تكون المؤهلة أولا لإسناد الولاية المالية لها على الأولاد طبقاً للقاعدة التي أرساها المشرع في القانون المعدَّل و التي مفادها " الولاية لمن أسندت له الحضانة".[2]

و قد علل واضعو القانون المعدَّل، الأحكام الجديدة للولاية على الأولاد، بتسهيل عمل الأمهات الحاضنات في إدارة أمور و معاملات الأولاد المدرسية و الإدارية، حيث جاء في بيان أسباب التعديل: « مراعاة لحاجة الأولاد القُصَّر إلى من يتولى أمورهم الإدارية والدراسية وكل ما هو مستعجل منها، نص الأمر على حلول الأم محل الأب في الولاية عن أولادها القصر في الأمور المستعجلة.

---

[1] تنص المادة 64 على انه: « الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدّة للأم، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.»

[2] عبد القادر داودي، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص 221؛ فضيل العيش، مرجع سابق، ص 84.

و إعطاء القاضي الولاية إلى من تسند إليه الحضانة، في حالة الطلاق. و من شأن هذا التعديل أن يضع حدّاً للمشاكل التي تعانيها الأمهات الحاضنات.» [1]

و بالتالي فقد أصبح للأم الحاضنة في ظل قانون الأسرة المعدَّل، الولاية المالية على أولادها طيلة مدة الحضانة، و تتحدد هذه المدة بالنسبة للذكر إلى بلوغه سن العاشرة وللقاضي تمديدها إلى سن 16سنة (بطلب من الأم الحاضنة و بشرط عدم زواجها ثانية)، وبالنسبة للأنثى إلى بلوغها سن الزواج: 19 سنة (المادة 65).

لقد جمع المشرع للمرأة بين حقين و ولايتين في آن واحد، حق الحضانة و حق الولاية المالية، أما الأب فقد كلّفه المشرع تحمل عبء مصاريف الحضانة حيث أوجب عليه توفير السكن للحاضنة و الأولاد (المادة 72) [2] إلى جانب واجب النفقة على الأولاد (المادة 75)[3]. مما يطرح التساؤل حول وجه إلزام الأب بالإنفاق على أولاده مدة الحضانة مادام ليس له أي ولاية عليهم. [4]

و تنم الأحكام الجديدة للقانون في مسألة الولاية، عن تأثر واضح بأحكام و مبادئ الإعلانات والاتفاقيات الدولية و التي تقرر المساواة التامة بين الأم و الأب في الولاية على الأولاد، و هو الأمر الذي نصت عليه الكثير من نصوصها و من أمثلة ذلك ما جاء في المادة06 فقرة 02(ج) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة: « يترتب للوالدين و عليهما حقوق وواجبات متساوية في الشؤون المتعلقة بأولادهما.»

---

[1] الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، ص 8.

[2] تنص المادة 72 على أنه: « في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحاضنة، و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.»

[3] تنص المادة 75 على أنه: « تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول.»

[4] عبد القادر داودي، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص 221.

و ما نصت عليه المادة 16 فقرة01(و) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: « تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية، و بوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل و المرأة:

(و) نفس الحقوق و المسؤوليات فيما يتعلق بالولاية و القوامة و الوصاية على الأطفال وتبنّيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية.»

و إذا كانت نظرة قانون الأسرة المعدَّل، تقوم على إعطاء الولاية المالية للأولاد في حالة الطلاق، لمن أسندت له الحضانة سواء كان هو الأم أو الأب، و بالتالي لا يرى فارقاً بينهما من حيث هذه المهمة. فكيف هي أحكام الشريعة بخصوص هذه الولاية، و ما هو موقفها من فلسفة و نظرة المشرع في ذلك.

المطلب الثاني: موقف الشريعة من الحكم الجديد للولاية المالية على الأولاد

بالرجوع إلى أحكام الشريعة، نجدها تثبت على الصغير ثلاث ولايات:

- ولاية التربية الأولى و هي الحضانة.
- ولاية المحافظة على نفسه و صيانته (الولاية على النفس).
- الولاية المالية.

أما الولاية الأولى و هي الحضانة، فتعني: رعاية الصغير و تربيته و القيام بأمر طعامه ولباسه و نظافته، حتى يصل إلى عُمرٍ يمكنه الاستغناء عن غيره في ذلك[1]. و قد قدمت

[1] علي حسب الله، مرجع سابق، ص 248؛ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 380.

الشريعة في هذا النوع من الولاية، قرابة الطفل من النساء على قرابته من الرجال، حيث جعلت الأم أحق بحضانة ولدها ثم من يليها من النساء من محارم الطفل. [1]

و استند الفقهاء في حكمهم بتقديم النساء في الحضانة، إلى أمرين:

الأول: حاجة الطفل إليهن في هذه المرحلة، فالطفل في سنه الأولى بحاجة إلى خدمة النساء، و ما يتوفرن عليه من عطف و رأفة و حنان[2] فالمرأة و بالأخص الأم، أقدر على العناية بالطفل في سنه الأولى، لما تمتاز به من كمال الرحمة، و توفر الشفقة، و الخبرة في رعاية الأطفال و الصبر على متاعب التربية.[3]

و الثاني: النصوص الواردة في أولوية النساء في الحضانة و بالتحديد الأم، و من ذلك حديث عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: يا رسول الله؛ ابني هذا كان بطني له وعاءً، و ثديي له سقاءً، و حجري له حِوَاءً، و إن أباه طَلَّقَنِي و أراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه و سلم: « **أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ ما لَمْ تَنْكِحِي.**» [4]

و أما الولاية الثانية و هي الولاية على النفس و تثبت على الطفل بعد تجاوز سن الحضانة إلى بلوغه و تتضمن أمرين: تتميم تربية الطفل التي ابتدأت بالحضانة، الحفظ والصون بعد البلوغ و تولي عقد الزواج لمن كان قاصراً.[5] و قد جعلت الشريعة هذه الولاية للرجال (العصبة من الذكور) يتقدمهم الأب. [6]

---

[1] ابن قدامى، مرجع سابق، ج9، ص 298-299؛ ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص 253، 254، 262؛ ابن رشد، مرجع سابق،ص 68.

[2] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 404.

[3] علي حسب الله، مرجع سابق، ص 248 – 249.

[4] رواه أبو داود، كتاب الطلاق، باب من أحقُّ بالولد، ج1، ص 574.

[5] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 454.

[6] ابن القيم، **زاد المعاد**، مرجع سابق، ص 196؛ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 454.

فإذا بلغ الطفل السن التي يستغني فيها عن رعاية أمه و خدمتها، فإنه يضم إلى أبيه حتى يتولى مهمة توجيهه و تأديبه، فإذا كان الطفل في سنه الأولى بحاجة إلى رعاية النساء وعطفهن، فهو بعد هذه السن بحاجة إلى عناية الرجال و توجيههم، و في هذا التوزيع ضمان لتمتع الطفل بشخصية متوازنة متكاملة.

لقد منحت الشريعة الولاية على النفس للرجال(و أولهم الأب)، لكونهم الأقدر على متطلباتها، فهم أقدر على مهمة التوجيه و التأديب و الحفظ و الصون، كما أنهم أشد حرصاً واحتياطاً في مسألة النكاح لأنهم أول من يلحق بهم عار سوء الاختيار. [1]

أما بالنسبة للولاية الثالثة و هي الولاية على المال، و تتضمن القيام على شؤون الطفل المالية و النيابة عنه في أمر ماله إن كان له مال، و هذا النوع من الولاية أعطي للرجال وقُدّم في ذلك الأب. [2]

و قد مُنِحَت الولاية المالية للرجال، كونهم متفرغين للجانب المالي من كسب و إنفاق، كما أنهم أعلم في إدارة المال و إنفاقه و أكثر خبرة بهذا المجال. كما أن الحق في هذه الولاية في مقابل ما يتحملونه من واجب الإنفاق.

و بالنظر للأحكام السابقة للشريعة في مجال الولاية، نجد أن الشريعة وزعت أنواع الولاية بين الأب و الأم على أساس الاستعدادات و القدرات التي يحوزها كل طرف، فأعطت الحضانة للأم لأنها الأقدر على رعاية الطفل في عمره الأول و هي أحن و ألطف وأصبر عليه في هذه السن. و أعطت للأب الولاية على النفس و المال لأنه أقدر على التوجيه والتأديب اللازم للطفل بعد سن الحضانة، كما أنه أعلم بالجانب المالي و أكثر خبرة فيه.

---

[1] ابن القيم، مرجع سابق، ص 196.

[2] ابن عابدين مرجع سابق، ج9، ص 255 – 256؛ الشرقاوي، مرجع سابق، ج3، ص 355.

و قد أحسن ابن القيم في تلخيص هذا المعنى، حيث يقول: " و الولاية على الطفل نوعان: نوع يقدم فيه الأب على الأم و من في جهتها، و هي ولاية المال و النكاح، و نوع تقدم فيه الأم على الأب، و هي ولاية الحضانة و الرضاع، و قُدم كُلٌّ من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد، و توقف مصلحته على ما يلي ذلك من أبويه، و تحصل به كفايته.

و لما كان النساء أعرف بالتربية، و أقدر عليها، و أصبر و أرأف و أفرغ لها، لذلك قدمت الأم فيها على الأب.

و لما كان الرجال أقوم بتحصيل مصلحة الولد و الاحتياط له في البضع، قدم الأب فيها على الأم، فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة و الاحتياط للأطفال و النظر لهم، و تقديم الأب في ولاية المال و التزويج كذلك." [1]

إن التوزيع الذي قررته الشريعة في مسألة الولاية، يحقق العدل لأنه يراعي استعدادات وقدرات كل طرف، و لا يلغي اعتبار أي طرف. كما أن هذا التوزيع يحقق مصلحة الطفل بإحاطته بالرعاية المشتركة لوالديه مما يضمن نمو شخصيته نمواً سوياً متكاملاً.

و بالمقارنة بين أحكام الشريعة و قانون الأسرة المعدَّل في مسألة الولاية و بالتحديد الولاية المالية على الأولاد، فنجد أن بينهما اختلافاً كبيراً، فالشريعة أعطت الولاية المالية- سواء أثناء مدة الحضانة أو بعدها- للأب، أما قانون الأسرة فأعطاها للأم فجمع لها بين الحضانة و الولاية رغم أن الغرض منهما مختلف.

---

[1] ابن القيم، **زاد المعاد**، مرجع سابق، ص 196.

و عند التمعن في توزيع الولاية في كل من التشريعين، فنجد أن التوزيع الذي اعتمدته الشريعة هو الذي يحقق العدل و يراعي مصلحة الأولاد بل و حتى مصلحة المرأة.

فالشريعة بنت توزيعها على أساس الاستعدادات و المؤهلات التي يحوزها كل طرف، فعهدت لكل طرف الجانب الذي يحسنه و يتقنه، فكانت النتيجة أن توزعت الاختصاصات حسب المؤهلات. كما أنها أعطت للأب الحق في الولاية المالية على أولاده في مقابل ما يتحمله من واجب النفقة عليهم. و هذا عين العدل.

كما أن الشريعة في توزيعها، راعت طبيعة احتياجات الطفل في كل مرحلة، فعينت له الأقدر على تلبيتها، و في الوقت ذاته فإنها كفلت للطفل حقه في أن يكون مشمولاً بالرعاية المشتركة لوالديه، مما يحقق نمو شخصيته نمواً سليماً متوازناً.

إلى جانب كل ذلك، فإن في حكم الشريعة مراعاة لمصلحة المرأة نفسها، بعدم إلقاء مسؤولية الأبناء عليها كاملة، فإذا كان قانون الأسرة ألقى على عاتقها وظيفة الحضانة ووظيفة الولاية، فإن الشريعة حملتها وظيفة الحضانة فقط، فهي تدرك عِظَم هذه الوظيفة ومتطلباتها الكثيرة مما يوجب التفرغ لها.

خاتمـــة

خـــــاتمة

و بعد خوض غمار هذا الموضوع: صور المساواة بين الرجل و المرأة في قانون الأسرة الجزائري (الأمر رقم 05-02) كدراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، أمكنني الخروج بجملة من النتائج و تقديم جملة من الاقتراحات و التوصيات.

أولا: نتائج البحث:

1. إن مفهوم المساواة الذي تتبناه المواثيق و الاتفاقيات الدولية هو المساواة المطلقة بين الأفراد و ضمن ذلك المساواة المطلقة بين الرجل و المرأة، و هي مساواة نظرية تفتقر إلى الواقعية و إمكانية التطبيق. و خلافاً لذلك تأتي الشريعة بمفهوم المساواة النسبية بين الناس و كذلك بين الرجل و المرأة، و هي مساواة واقعية ممكنة التطبيق و قد أيدها الفقه القانوني و العديد من الفلاسفة و رجال الفكر حتى من الغرب أنفسهم.

2. إن الإسلام دين أساسه الفطرة، فكل ما اقتضت الفطرة تساوي الناس فيه، ساوت بينهم فيه، و العكس صحيح، و ما أحسن كلام الطاهر بن عاشور في هذا السياق حيث يقول:" الإسلام دين قوامه الفطرة فكل ما شهدت الفطرة بالتساوي فيه بين الناس فالإسلام يرمي فيه إلى المساواة، و كل ما شهدت الفطرة بتفاوت المواهب البشرية فيه، فالإسلام يعطي ذلك التفاوت حقه بمقدار ما يستحقه." [1]

3. لقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة في إرساء مبدأ المساواة بين البشر، و خاصة المساواة بين الرجل و المرأة، حيث أثبتت للمرأة جميع الحقوق المقررة للرجل ولم تستثن من ذلك إلا جوانب محددة. و قد قررت الشريعة هذه الأحكام في وقت

---

[1] الطاهر بن عاشور، **أصول النظام الاجتماعي في الإسلام**، ص 135.

كانت المجتمعات تنظر إلى المرأة نظرة احتقار و ازدراء تصل إلى حد اعتبارها كائناً بروح شيطانية.

4. لقد ساوى قانون الأسرة المعدَّل بين الرجل و المرأة في معظم أحكامه، حيث شكلت أغلب أحكامه، صوراً للمساواة بين الرجل و المرأة، و تمثلت هذه الصور في: المساواة بينهما في آثار العدول عن الخطبة (المساواة في حكم رد الهدايا والمساواة في التعويض عن ضرر العدول)، المساواة في سن الزواج، المساواة في ولاية التزويج، المساواة في الحقوق و الواجبات الزوجية، المساواة في الولاية على الأولاد.

5. جاءت بعض صور المساواة بين الرجل و المرأة في قانون الأسرة المعدَّل، موافقة لما جاء في الشريعة و تتمثل هذه الصور في: المساواة في آثار العدول عن الخطبة، و الخلع دون اشتراط رضى الزوج و هذه الصورة الأخيرة يصدق عليها لفظ التوازن أكثر من المساواة. إلا أن معظم صور المساواة التي تضمنها قانون الأسرة المعدَّل، جاءت مخالفة للشريعة، و هذه الصور تتمثل في: المساواة في سن الزواج، المساواة في ولاية التزويج، المساواة في الحقوق و الواجبات الزوجية، المساواة في الولاية على الأولاد.

6. إن منهج الشريعة في علاقة الرجل بالمرأة، يقوم على تقرير أصلٍ عامٍ هو المساواة بين الرجل و المرأة في أغلب الأحكام، فقد قررت تساويهما في التكريم والقيمة الإنسانية، و في الثواب و العقاب، و في أهلية إبرام التصرفات المالية وغيرها... على أنها خرجت على هذا الأصل في أحكام معينة، كبعض أحكام الأسرة، و هذه الأحكام هي استثناءات قررتها الشريعة لاعتبارات موضوعية، وبالأساس من أجل تكريم المرأة و حمايتها و صيانتها من الامتهان و الابتذال، وكذلك مراعاةً لمصلحة الأسرة و ضمان استقرارها.

ثانيا: التوصيات والاقتراحات:

1. دعوة المشرع الجزائري إلى تعديل أحكام قانون الأسرة المعدَّل المخالفة للشريعة الإسلامية خاصة مسألة الولي في عقد الزواج، الحقوق و الواجبات الزوجية، الولاية على الأولاد بعد الطلاق.

2. أدعو فقهاء القانون و الباحثين فيه خاصة المتخصصين منهم في قانون الأسرة، إلى المزيد من العناية بقانون الأسرة المعدَّل و شرح أحكامه.

3. أدعو فقهاء الشريعة و دعاتها و الباحثين فيها، إلى عدم الاكتفاء بتقرير أحكام الشريعة في مجال الأسرة فهو جانب تم بحثه و بيانه بالقدر الكافي، إنما ينبغي التركيز أكثر على بيان الحِكَم و المقاصد المتوخاة من تلك الأحكام.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية
فهرس الأحاديث النبوية
فهرس الأعلام
فهرس المصادر والمراجع
فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

نص الآية	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة
وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ	البقرة	228	89، 92
ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ		229	106
وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا...			108
فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا ...		231	106
وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ		233	91
قُلْ يَٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ تَعَالَوْا۟ إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَآءٍۭ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ	آل عمران	64	09
فَٱسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّى لَآ أُضِيعُ عَمَلَ عَٰمِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ ۖ		195	25
يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُوا۟ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ ...	النساء	01	20، 23
وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ		19	91، 95
ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ ...		34	92
وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ..		35	110
وَمَن يَعْمَلْ مِنَ ٱلصَّٰلِحَٰتِ مِن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ...		124	25
وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ...	المائدة	38	25
وهُوَ ٱلَّذِىٓ أَنشَأَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ ۗ ...	الأنعام	98	20
هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا	الأعراف	189	23
وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ۚ ...	التوبة	71	24
وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ جَنَّٰتٍ تَجْرِى مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَٰرُ ...		72	25
مَنْ عَمِلَ صَٰلِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ ...	النحل	97	25

وَلَقَدۡ كَرَّمۡنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلۡنَٰهُمۡ فِي ٱلۡبَرِّ وَٱلۡبَحۡرِ ...	الإسراء	70	20
ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ ...	النور	02	26
قُل لِّلۡمُؤۡمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنۡ أَبۡصَٰرِهِمۡ وَيَحۡفَظُواْ فُرُوجَهُمۡ...		30	24
وَقُل لِّلۡمُؤۡمِنَٰتِ يَغۡضُضۡنَ مِنۡ أَبۡصَٰرِهِنَّ وَيَحۡفَظۡنَ فُرُوجَهُنَّ ...		31	24
قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ...	القصص	27	34
وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا...	الروم	21	91
إِنَّ ٱلۡمُسۡلِمِينَ وَٱلۡمُسۡلِمَٰتِ وَٱلۡمُؤۡمِنِينَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ...	الأحزاب	35	24
وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ ...		50	32
فَٱطَّلَعَ فَرَءَاهُ فِي سَوَآءِ ٱلۡجَحِيمِ	الصافات	55	09
خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ ثُمَّ جَعَلَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا	الزمر	06	23
يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ ...	الحجرات	13	20
أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ	الطلاق	06	91
لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦ ...		07	91

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	الصفحة
أبْغَضُ الحَلاَلِ إِلَى اللهِ عزّ و جلَّ الطّلاَق	106
اسْتَوصُواْ بالنِّسَاءِ خَيْرًاَ	95
اِقْبَلِ الحَدِيقَةَ وَ طَلِّقْهاَ تَطْلِيقَةً	108
أنَّ أبَاهَا زَوَّجَهَا وَ هِيَ ثَيِّبُ فَكَرِهَتْ ذَلِكَ...	69، 79
إِنَّ اللهَ لاَ يَنْظُرُ إِلَى أَجْسَادِكُمْ وَ لَا إِلَى صُوَرِكُمْ ...	21
أنَّ امْرَأةً عَرَضَتْ نَفسَها على النبيِّ صلى الله عليه و سلم...	33
أنَّ جَارِيَةً بِكْراً أتَتِ النّبِي صلى الله عليه و سلم ...	70
أن عُمَرَ بن الخطّابِ حينَ تَأيَّمَتْ حَفْصَةُ ...	34
أنَّ فَتاةً دَخَلتْ عَلَيْها فَقَالت إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ ...	69
أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ ما لَمْ تَنْكِحِي	116
إنّما النِّساء شقائقُ الرِّجالِ	24
الأيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ...	69، 72، 73
أيُّمَا امْرَأةٍ اِخْتَلَعَت مِنْ زَوْجَهَا مِنْ غَيْرِ مَا بَأسٍ ...	111
أيُّمَا امْرَأةٍ سَألَتْ زَوْجَهَا طَلَاقاً في غَيْرِ مَا بَأسٍ ...	111
تُسْتَأمَرُ اليَتِيمَةُ	72
الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا...	69، 72، 79
جَاءَتِ امْرَأةُ إِلَى رَسُولِ الله صلى الله عليه و سلم...	32
خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَ وَلَدَكِ بالمعْرُوفِ	92
خَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لِأَهْلِهِ	95
سُكَاتُهَا إِذْنُها	69
فاتّقُوا اللهَ في النِّساءِ	95
كَانَ فِي مِهْنَةِ أَهْلِهِ...	93
لا تُنْكَحُ الأيِّمُ حَتّـى تُسْتَأمَرَ وَلا تُنْكَحُ البِكْرُ حَتّى تُسْتَأذَنَ	68، 72، 73
لا ضَرَرَ و لا ضِرَارَ	45
لاَ طَاعَةَ فِي مَعْصِيَةِ اللهِ ...	94
لاَ يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتّى يُحِبَّ لِأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ	21

لا يَفْرَكْ مُؤْمِنُ مُؤْمِنَةً ...	95
نَعَمْ تُسْتَأْمَرُ	68
وَ كُنّا مَعْشَرَ قُرَيْشٍ نَغْلِبُ النِّسَاءَ...	91
وَ لَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ	92
يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد و إن أباكم واحد...	21

فهـــرس الأعـــلام

اسم العلم	الصفحة
ابن أبي ليلى	71
أحمد	71
أرسطو	10، 11، 12
إسحاق	71
أفلاطون	10، 11، 12
أَنَس	32
الأوزاعي	71
البخاري	32، 34
ابن بطال	52
أبو بكر الأصم	52
أبو بكر الصديق	34
ابن تيمية	71، 74
ثَابِتِ البُنَانِيّ	32
ثابت بن قيس	108
أبو ثور	71
الثوري	71
جون لوك	14
ابن حجر	33، 35
ابن حزم	71
حفصة بِنْتُ عُمَر	34
أبو حنيفة	76، 77
خديجة بنت خويلد	33
خليل	53
خَنْسَاءَ بِنْتِ خِذَامٍ الأَنْصَارِيَّةِ	69، 79
خُنَيْس بن حُذَافَةَ السَّهْمِيِّ	34
الراغب الأصفهاني	08
ابن رشد	72، 109، 110، 111
الزمخشري	89
سَهْلِ بن سَعْد	33
الشافعي	71، 80
ابن شُبْرُمة	52

شعيب عليه السلام	34
الطاهر بن عاشور	121
عائشة	93، 69، 68
ابن عباس	108، 70 ، 69
عبد الحليم أبو شقة	82، 55، 54
عبد الرزاق السنهوري	42
عبد القادر بن داود	63، 50، 03
عبد القادر داودي	03
عبد الله بن عمر	116، 34
عثمان البتي	52
عثمان بن عفان	35، 34
علي عبد الواحد وافي	82
عمر بن الخطاب	91، 34
فضيل العيش	03
ابن قدامة	80
القرطبي	89، 34
ابن القيم	118، 73، 71
الكسيس كاريل	98
مالك	111، 109، 71
محمد أبو زهرة	76 ، 75، 45، 41
محمد بخيت	44
محمد بلتاجي	75، 54، 45
محمد رشيد رضا	90
محمد مصطفى شلبي	54، 45
محمود شلتوت	45
مرتضى المُطَهّرِي	30
مصطفى السباعي	75
النّسائي	32
هبة رؤوف عزت	94
أبو هريرة	68
هند	92
يوسف القرضاوي	75

فهرس المصادر و المراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولا:النصوص القانونية:

1) دستـور الجمهوريـة الجزائريـة الديمقراطيـة الشعبيـة الصـادر بموجب استفتاء 28 نوفمبر1996، الجريدة الرسمية رقم 76 لسنة 1996 المؤرخة في 17 رجب 1417هـ الموافق 08 ديسمبر 1996.

2) ميثاق الأمم المتحدة: تم التوقيع عليه بتاريخ 26 جوان1945 بسان فرانسيسكو، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 24 أكتوبر1945.

3) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: تم اعتماده بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (الدورة 3) المؤرخ في 10 ديسمبر1948.

4) إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة: تم اعتماده بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2263 (الدورة 22) المؤرخ في 7 نوفمبر 1967.

5) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية: تم اعتماده بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (الدورة 21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، و دخل حيز التنفيذ بتاريخ 23 مارس 1976.

6) الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: تم اعتمادها بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180 (الدورة 34) المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 03 سبتمبر 1981.

7) الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل: تمّ اعتمادها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989، و دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2 سبتمبر 1990.

8) أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدَّل و المتمَّم، الجريدة الرسمية رقم 78 لسنة 1975 المؤرخة في 24 رمضان 1395هـ الموافق 30 سبتمبر 1975م.

9) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 9 جوان 1984م والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 24 لسنة 1984 المؤرخة في 12 رمضان 1404هـ الموافق 12 جوان 1984م.

10) أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فبراير 2005 م، المعدِّل والمتمِّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 جوان 1984م والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005 المؤرخة في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م.

11) قانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 جوان 1963 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 1963 المؤرخة في 2 جويلية 1963.

12) أمر رقم 05-01 مؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فبراير 2005 م، المعدِّل والمتمِّم للأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390 هـ الموافق15 ديسمبر1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005 المؤرخة في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م.

13) قانون الأحوال الشخصية المصري: القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، قانون منشور في موقع الحكومة المصرية: http://WWW.misr.gov.eg/arabic/default.asp
تاريخ الزيارة: 2007/08/07.

14) مدونة الأسرة المغربية: ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة بتاريخ 05 فبراير2004، منشور في موقع وزارة العدل المغربية: http://www.justice.gov.ma/ar/legislation
تاريخ الزيارة: 2007/08/07.

15) الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم146 لسنة2005، المؤرخة في 18 صفر1426هـ الموافق 28 مارس 2005م.

16) الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة رقم 02 للدورة الربيعية 2005 م المؤرخة في 15 صفر 1426 هـ الموافق 26 مارس 2005 م.

ثانيا: الكتب

17) إبراهيم محمد العناني، المساواة و عدم التمييز في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، أعمال الندوة العلمية: حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج1 ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض: 1422هـ- 2001م.

18) إبراهيم محمد العناني، المساواة و عدم التمييز في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، أعمال الندوة العلمية: حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، ج1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض: 1422هـ- 2001م.

19) أحمد الصاوي، حاشية الصاوي بُلغة السَّالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان: 1415 هـ-1995م.

20) أحمد بن حنبل، المسند، دار الفكر، (بدون بلد نشر)، (بدون تاريخ نشر).

21) ابن إسحاق: محمد بن يسار المطْلبي المدني، السيرة النبوية، (تحقيق: أحمد فريد المزيدي)، ج1، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان:1424هـ-2004م.

22) آلين ويلر، الرجل و المرأة أسرار لم تنشر بعد،(ترجمة: فاديا عبدوش- عبير منذر)، دار الفراشة، بيروت- لبنان:2002.

23) إمام عبد الفتاح إمام، أفلاطون والمرأة، مكتبة مدبولي، (بدون بلد نشر): 1996 م.

24) أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشرعية في الزواج و الطلاق و الخلع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية: 2003م.

25) الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى، ج3، مطبعة السعادة، مصر: 1404هـ - 1984م.

26) البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بَرْدِزبة، صحيح البخاري، المكتبة الثقافية، بيروت:(بدون تاريخ نشر).

27) بدران أبو العينين بدران، الزواج و الطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية: 1985م.

28) البقوري: أبو عبد الله محمد بن إبراهيم، ترتيب الفروق و اختصارها، دار ابن حزم، بيروت- لبنان : 1425هـ-2005م.

29) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر:2005 م.

30) الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سَوْرَة، سنن الترمذي،(تحقيق:محمد فؤاد عبد الباقي)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان: (بدون تاريخ نشر).

31) تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر: 2001.

32) ابن تيمية: تقي الدين أحمد، مجموع الفتاوى، المج 32، مكتب المعارف، الرباط: (بدون تاريخ نشر).

33) الجصّاص: أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن،ج1، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان: (بدون تاريخ نشر).

34) جون غراي، الرجال من المريخ و النساء من الزهرة،(ترجمة:عبد الكريم العقيل)، مكتبة جرير، السعودية:2008.

35) الجوهري: إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، (تحقيق:أحمد عبد الغفور عطار)، ج6، دار العلم للملايين، بيروت:1399هـ - 1979م.

36) ابن حجر العسقلاني: أحمد بن علي، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج9، دار المعرفة، بيروت- لبنان:(بدون تاريخ نشر).

37) ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلّى، (تحقيق: أحمد شاكر)، ج8، دار التراث، القاهرة:(بدون تاريخ نشر).

38) الحطّاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان: 1416 هـ - 1995 م.

39) حمدي باشى عمر، دراسات قانونية مختلفة، دار هومة، الجزائر: 2002 .
40) حمود حمبلي، المساواة في تولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الأمل ، تيزي وزو: 1421هـ - 2000م.
41) حمود حمبلي، حقوق الإنسان بين النظم الوضعية و الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر: 1995.
42) حمود حمبلي، حقوق الإنسان بين النظم الوضعية و الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر: 1995.
43) الخُرَشِي: محمد بن عبد الله بن علي، حاشية الخُرَشي على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان: 1417هـ- 1997م.
44) خليل ابن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، دار الشهاب، باتنة - الجزائر: 1988م.
45) أبو داود: سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، شركة مصطفى البابي الحلبي، مصر:1403هـ - 1983م.
46) الدُّسوقي: محمد بن عرفة ، حاشية الدُّسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان:1417هـ - 1996م.
47) الدَّمِيَاطِي: أبوبكر عثمان بن محمد شطّا ، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين ، ج3 ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان: 1415 هـ - 1995م.
48) الدَّهْلَوي: شاه ولي الله بن عبد الرحيم، حجة الله البالغة، ج2، دار التراث، القاهرة: (بدون تاريخ نشر).
49) الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، منشورات البابي الحلبي، مصر: (بدون تاريخ نشر).
50) رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية، دار الفاروق، القاهرة- مصر: 2007.

51) ابن رشد (الحفيد): أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، دار العقيدة، القاهرة: 1425هـ - 2004 م.

52) ابن رشد (الجد): أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المكملات لأمهات مسائلها المشكلات، (تحقيق: محمد حجي)، ج1، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان: 1988.

53) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان:2002.

54) الزبيدي: السيد محمد مرتضى، تاج العروس، ج10، دار صادر، بيروت: (بدون تاريخ نشر).

55) الزَّيْلَعي: خير الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (تحقيق: أحمد عزّو عناية)، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان: 1420هـ - 2000 م.

56) السّرخسي: شمس الدين، المبسوط، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان:(بدون تاريخ نشر).

57) ابن سعد: أبو عبد الله محمد بن منيع البصري، الطبقات الكبرى، (تحقيق: إحسان عباس)، ج1، دار صادر ، بيروت: (بدون تاريخ نشر).

58) سعيد حوى، الإسلام، دار السلام، مصر:1425هـ - 2005م.

59) سمير عبد السميع الأودن، التعليق على نصوص قانون تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الجديد، مكتبة الإشعاع الفنية، الأسكندرية: 2001م.

60) سناء الخولي، الأسرة و الحياة العائلية، دار النهضة العربية، بيروت: 1404هـ - 1984 م.

61) السيد عبد الحميد فودة، حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية:2003م.

62) سيد قطب، في ظلال القرآن،ج4، دار الشروق، القاهرة:1402هـ - 1982 م.

63) السُّيوطي: جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر ، الحاوي للفتاوي، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان:(بدون تاريخ نشر).

64) الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان: 1413 هـ - 1993م.

65) الشرقاوي:عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الأزهري ، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب، ج3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان : 1418هـ - 1997 م.

66) الشيخ الشلبي، حاشية الشيخ الشلبي على تبين الحقائق، بهامش تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي، (تحقيق: أحمد عزّو عناية) ، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان: 1420هـ - 2000 م.

67) ابن القطَّان: أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الملك، النظر في أحكام النظر بحاسة البصر، (تحقيق: شريف أبو العلا العدوي)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان: 1424هـ - 2003م.

68) طعيمة الجرف، الحريات العامة بين المذهبين الفردي و الاشتراكي، مكتبة نهضة مصر،(بدون بلد نشر)، (بدون تاريخ نشر).

69) ابن عابدين: محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، (تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمد معوض)، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان: 1424 هـ - 2003 م.

70) عاشور بن يوسف كسكاس،الأسرة رؤية نقدية تحليلية، مكتبة الجيل الواعد، مسقط - عُمان:1427هـ-2006م.

71) عباس محمود العقاد، المرأة في القرآن، نهضة مصر، (بدون بلد نشر): 2005م

72) ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسانيد، (تحقيق: سعيد أعراب)، ج19. (بدون دار نشر)، (بدون بلد نشر): (بدون تاريخ نشر).

73) عبد الحليم أبو شقة، تحرير المرأة في عصر الرسالة، ج5: مكانة المرأة المسلمة في الأسرة، دار القلم، الكويت: 1422 هـ - 2002 م

74) عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان:1998.

75) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر: 1996.

76) عبد الغني بسيوني، النظم السياسية، الدار الجامعية، (بدون بلد نشر)،(بدون تاريخ نشر).

77) عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، دار ثالة، (بدون بلد نشر): 1999 - 2000.

78) عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، (بدون بلد نشر)، (بدون تاريخ نشر).

79) عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر: 2007م.

80) عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية، ج1، دار نشر المعرفة، الرباط: 1987.

81) عبد الله بن الطاهر السّوسي التّناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، الكتاب الأول:الزواج، نشر المؤلف، مطبعة النجاح الجديدة، أكادير- المغرب: (بدون تاريخ نشر).

82) عبد المنعم الحنفي، الموسوعة الفلسفية، دار المعارف ، سوسة ـ تونس:1992م.

83) علي جمعة محمد، المرأة في الحضارة الإسلامية بين نصوص الشرع و تراث الفقه و الواقع المعيش، دار السلام، مصر:1427هـ- 2006م.

84) علي عبد الواحد وافي، المرأة في الإسلام، دار نهضة مصر، القاهرة: 1979.

85) عليش: أبو عبد الله محمد بن أحمد ، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1 ، دار المعرفة، بيروت- لبنان: (بدون تاريخ نشر).

86) غسان بن عبد العزيز القين، أكثر من 100 حق للمرأة على الرجل، دار المعرفة، بيروت - لبنان : 1427 هـ -2006 م.

87) فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، (بدون بلد نشر):2007م.

88) الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت- لبنان: 1420 هـ-1999م.

89) الفيومي: أحمد بن محمد بن علي المُقْري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج1، دار الفكر، (بدون بلد نشر)، (بدون تاريخ نشر).

90) ابن قدامة: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني، ج9، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان: 1403هـ -1983م.

91) القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج13، دار الكتاب العربي، (بدون بلد نشر)، (بدون تاريخ نشر).

92) القَسْطلاني: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد، إرشاد الساري بشرح صحيح الإمام البخاري، ج 8، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان: 1404 هـ 1984م.

93) ابن قيم الجَوْزيَة: شمس الدين أبو عبد الله محمد، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج4، مكتبة الصفا، القاهرة:1425هـ- 2004م.

94) ابن قيم الجَوْزيَة: اعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، دار الحديث،(بدون بلد نشر)، (بدون تاريخ نشر).

95) الكسيس كاريل، الإنسان ذلك المجهول، مكتبة المعارف،(ترجمة: شفيق أسعد فريد)، بيروت- لبنان:1414هـ- 1993م .

96) لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر: 2006م.

97) ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القَزْويني، سنن ابن ماجه، (تحقيق:محمد فؤاد عبد الباقي)، فيصل عيسى البابي الحلبي،(بدون بلد نشر)،(بدون تاريخ نشر).

98) مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج2، دار الفكر، (بدون بلد نشر)، (بدون تاريخ نشر)، ص 254-255.

99) مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ (رواية يحي بن يحي الليثي)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان: 1405هـ - 1984م.

100) الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير،(تحقيق: علي محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود)، المج9، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان: (بدون تاريخ نشر).

101) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة:2005م.

102) محمد الحبش، المرأة بين الشريعة و الحياة، دار التجديد، دمشق:2002م.

103) محمد الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، دار السلام، مصر: 1426هـ- 2005م.

104) محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير و التنوير، ج2، الدار التونسية، تونس: 1984م.

105) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار سحنون- دار السلام، تونس- مصر: 1427هـ- 2006م.

106) محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة، ج1: الزواج و الفرقة، مكتبة الشباب، (بدون بلد نشر): 1987م.

107) محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن الكريم و السنة الصحيحة، دار السلام، مصر:1426هـ- 2005م.

108) محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الكريم الشهير بتفسير المنار، ج2، دار الفكر، (بدون بلد نشر)، (بدون تاريخ نشر).

109) محمد رشيد رضا، حقوق النساء في الإسلام نداء للجنس اللطيف، (تحقيق: أحمد فريد المزيدي)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان: 1426هـ - 2005م.

110) محمد سالم عيّاد الحلبي، مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، الدار العلمية الدولية ـ دار الثقافة، عمان- الأردن:2002م.

111) محمد سعيد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي و لطائف التشريع الرباني، دار الفكر، دمشق- سورية: 1996.

112) محمد محدّه، الخطبة و الزواج، ج1، شهاب 2000،(بدون بلد نشر): 1994.

113) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت:1403هـ - 1983م.

114) محمود بن عمر الزّمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل و عيون الأقاويل في وجوه التأويل، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان: 1407هـ - 1987م.

115) محمود شلتوت، تفسير القرآن الكريم، الأجزاء العشرة الأولى، دار الشروق،(بدون بلد نشر): 1408هـ- 1988م.

116) مرتضى المطهّرِي، حقوق المرأة في النظام الإسلامي، (ترجمة:حيدر آل حيدر)، مكتبة الفقيه، الكويت: 1406هـ -1986 م.

117) مسلم: أبو الحسن مسلم بن الحجاج القُشَيْري النيسابوري، صحيح مسلم (تحقيق:محمد فؤادعبد الباقي)، دار الكتاب المصري- دار الكتاب اللبناني: القاهرة- بيروت:(بدون تاريخ نشر).

118) مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه و القانون، دار السلام، مصر:1424هـ- 2003م.

119) مصطفي ديْب البُغا، نظام الإسلام في العقيدة و الأخلاق والتشريع، دار الفكر، دمشق- سورية: 1419هـ-1998م.

120) ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المج14، دار بيروت، بيروت:(بدون تاريخ نشر).

121) الموسوعة الفلسفية ، وضع لجنة من العلماء و الأكاديميين السوفياتيين ، ترجمة: سمير كرم، دار الطليعة ، بيروت: 1981.

122) النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر، سنن النسائي، دار الكتاب العربي،بيروت:(بدون تاريخ نشر).

123) نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر، قسنطينة - الجزائر: 1426هـ - 2005م.

124) النووي: محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف، روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج6، دار الفكر، بيروت- لبنان:1415هـ- 1995م.

125) هبة رؤوف عزت، المرأة و العمل السياسي رؤية إسلامية، دار المعرفة، الجزائر: 2001.

126) ابن هشام: أبو محمد عبد الملك بن أيوب الحِمْيَرِي، السيرة النبوية، (تحقيق: مصطفى السقا- إبراهيم الأبياري - عبد الحفيظ شلبي)، ج1، دار المعرفة، بيروت - لبنان: (بدون تاريخ نشر).

127) ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان: (بدون تاريخ نشر).

128) يوسف القرضاوي، الاجتهاد المعاصر بين الانضباط و الانفراط، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة: 1414هـ- 1994م.

ثالثا: الرسائل و الأطروحات الجامعية

129) عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، (رسالة دكتوراه) جامعة وهران، كلية الحضارة الإنسانية و الحضارة الإسلامية، 2004-2005م.

رابعا: المجلات و الدوريات

130) دنوني بن الشيخ هجيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 3: قضايا المرأة والأسرة بين المبادئ الإسلامية ومعالجات القوانين الوضعية ، شوال 1420 هـ - جانفي 2000 م.

131) سعاد عبد الله الناصر، قضية المرأة رؤية تأصيلية، كتاب الأمة(سلسلة دورية)، إصدار وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية لدولة قطر، العدد 97 ، رمضان 1424هـ.

فهرس الموضوعات

آية الاستهلال

إهداء

شكر و تقدير

مقـدمة..... 01

الفصل التمهيدي: مفهوم المساواة عموما..... 07

المبحث الأول: معنى المساواة في اللغة..... 08

المبحث الثاني: مفهوم المساواة عند الفلاسفة..... 10

المطلب الأول: مفهوم المساواة عند الفلاسفة اليونان 10

المطلب الثاني: مفهوم المساواة عند فلاسفة القرون الوسطى..... 12

المطلب الثالث: مفهوم المساواة عند فلاسفة عصر النهضة..... 13

الفرع الأول: مفهوم المساواة في نظرية القانون الطبيعي..... 13

الفرع الثاني: مفهوم المساواة في نظرية العقد الاجتماعي 14

المطلب الرابع: مفهوم المساواة بين المذهبين الفردي و الاشتراكي..... 15

الفرع الأول: مفهوم المساواة في المذهب الفردي..... 15

الفرع الثاني: مفهوم المساواة في المذهب الاشتراكي..... 16

المبحث الثالث: مفهوم المساواة في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية..... 17

المطلب الأول: مفهوم المساواة في القانون الوضعي..... 17

المطلب الثاني: مفهوم المساواة في الشريعة الإسلامية..... 19

الفصل الأول: صور المساواة بين الرجل و المرأة في مسائل الخطبة والزواج..... 29

المبحث الأول: المساواة في آثار العدول عن الخطبة..... 30

المطلب الأول: المساواة في رد الهدايا..... 37

المطلب الثاني: المساواة في التعويض عن ضرر العدول 41
المبحث الثاني: المساواة في سن الزواج..... 47
المطلب الأول: المساواة في سن الزواج في قانون الأسرة..... 47
المطلب الثاني: موقف الشريعة من المساواة في سن الزواج..... 52
المطلب الثالث: مناقشة و ترجيح..... 57
المبحث الثالث: المساواة في ولاية التزويج..... 60
المطلب الأول: الحكم الجديد للولاية في قانون الأسرة ووجه تحقيقه للمساواة 61
المطلب الثاني: موقف الشريعة من المساواة في الولاية..... 68
الفرع الأول: تشريع الولي يضمن حق المرأة و يوفر لها التكريم والحماية..... 79
الفرع الثاني: تشريع الولي مراعاة لمصلحته و حقه المعتبر..... 81
الفرع الثالث: تشريع الولي يحقق مصلحة الترابط الاجتماعي..... 82
المبحث الرابع: المساواة في الحقوق و الواجبات الزوجية..... 85
المطلب الأول: توزيع الحقوق و الواجبات الزوجية في قانون الأسرة المعدَّل..... 85
المطلب الثاني: توزيع الحقوق و الواجبات الزوجية في الشريعة الإسلامية..... 89
الفصل الثاني: صور المساواة بين الرجل و المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية وآثاره..... 101
المبحث الأول: وقوع الخلع دون اشتراط رضى الزوج..... 102
المطلب الأول: صورة الخلع في قانون الأسرة المعدَّل و الفلسفة الكامنة وراءها.. 102
المطلب الثاني: موقف الشريعة من الصورة الجديدة للخلع و الفلسفة الكامنة وراءها..... 105
المبحث الثاني: المساواة في الولاية المالية على الأولاد في حالة الطلاق..... 112
المطلب الأول: الحكم الجديد للولاية المالية على الأولاد بعد الطلاق..... 112
المطلب الثاني: موقف الشريعة من الحكم الجديد للولاية المالية على الأولاد..... 115

خاتمة..... 121
فهرس الآيات القرآنية..... 125
فهرس الأحاديث النبوية..... 127
فهرس الأعلام..... 129
فهرس المصادر و المراجع..... 131
فهرس الموضوعات..... 144