

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية "قسنطينة"

قسم الشريعة والقانون

كلية والشريعة الاقتصاد

- دراسات عليا -

الرقم التسلسلي: .....

تخصص أحوال شخصية

رقم التسجيل.....

# النظام المالي للزوجين

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -

بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية

تخصص شريعة وقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:

كمال لدرع

إعداد الطالب:

مصطفى مناصرية

لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ رحيمة بن حمو
مشرفا ومقررا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ كمال لدرع
عضوا مناقشا	جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ مراد كاملي
عضوا مناقشا	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 01	أستاذ محاضر "أ"	د/ كريمة محروق
عضوا مناقشا	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 01	أستاذ محاضر "أ"	د/ سعاد خوجة
عضوا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية	أستاذ محاضر "أ"	د/ ساعد تبيينات

السنة الجامعية: 1441-1442 هـ / 2020 - 2021 م

# إهداء

إلى روح والدي الكريمين رحمهما الله وطيب ثراهما وجعل الجنة مأواهما

إلى من تحملت معي الأعباء، عرفانا ومودة: زوجتي

إلى المؤسستين الغاليتين: ثناء وآلاء

إلى سندي وفخري وذخري: إخوتي وأخواتي

# شكراً وتقديراً لأستاذنا الدكتور عبد القادر

الحمد لله على نعمته وكريم فضله بما هو أهل له، أن وفقني في إنجاز هذا البحث وإخراجه على هذا النحو، وبعد :

أتقدم بخالص الشكر والتقدير والعرفان لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور عبد القادر جدي الذي شرفني بالإشراف على هذه الرسالة، فأفاض علي بتوجيهاته ونصائحه بما يمتلكه من علم غزير وفقه مستنير ونظر ثاقب، هذه المهمة أكملها باقتدار الأستاذ الدكتور كمال لدرع، وقد كانت له علي فضائل لا ينكرها إلا جاحد .

كما أتوجه بخالص الشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة، وأنتظر منهم تقييم هذا البحث وتقويمه بملاحظاتهم القيمة وتوجيهاتهم السديدة .

والشكر موصول أيضاً إلى كل من كانت له يد في إتمام هذه الرسالة من قريب أو بعيد، فجزاهم الله خير الجزاء .

# مقدمة

جامعة الأمير  
عبد القادر  
للعلوم الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد عليه أفضل الصلوات وأزكى التسليم، وبعد:

فإن الله تعالى خلق الإنسان ليعمر الأرض، وجعله يتكون من جنسين هما الرجل والمرأة، وقد فطر الله العلاقة بينهما ليستمر الجنس البشري وتحقق الخلافة في الأرض ويكون التوالد والتكاثر، وشرع لهما الزواج كطريق أمثل يختلف به عن سائر المخلوقات، وسن لهذا الزواج أركان وشروط تكفل حصانته، ورتب عنه لكلا الزوجين حقوق وواجبات، فشَرع لهما من الأحكام ما يكفي لقيام أسرة قوامها الود والاحترام المتبادل والتعاون المثمر.

ومن بين عوامل نجاح الحياة المشتركة للزوجين واستقرارها سن قواعد تحكم العلاقات المالية بين الزوجين بطريقة عادلة تصان فيها حقوق وواجبات كل طرف تجاه الآخر، وتحدد السلطات الممنوحة لكل واحد منهما على هذه الأموال، لذلك فإن هذه الأحكام المنظمة للعلاقات المالية تعد أحد الركائز والمقومات الهامة التي لها أثر مباشر في نجاح الحياة الزوجية أو فشلها، وتعد عاملاً مهماً لاستقرار الأسرة وديمومتها، لما تزرعه في النفوس من راحة وطمأنينة، وهي أمر يحتاج إلى دراسة ومراجعة لأحكامها كلما طرأت نوازل لم تكن معهودة من قبل، ويمكن أن نطلق على هذه الأحكام "النظام المالي للزوجين".

والدارس لهذا الموضوع يدرك الفارق بين ما هو عليه في الفقه الإسلامي والقوانين المستمدة منه وما هو مُشرَّع في النظم القانونية الغربية، من خلال تميز الفقه الإسلامي بنظام وحيدٍ هو نظام الانفصال المالي، بينما يوجد في النظم الغربية عدة أنظمة مختلفة يغلب عليها الاشتراك بين الزوجين، وما على الزوجين إلا اختيار أحدها، لذلك فإن الأنظمة المالية للزوجين يمكن تقسيمها إلى نظامين أساسيين، نظام يقوم على أساس انفصال الأموال ونظام يقوم على الاشتراك.

ويتميز نظام انفصال الأموال بين الزوجين باستقلال كل زوج بأمواله وعدم وجود أية علاقة تعاون أو مشاركة بينهما سواء تعلق الأمر بالتمتع بالحقوق أو تحمل الالتزامات، بينما يقوم الاشتراك

المالي على قواعد تجعل من مشاركة الزوجين في تحمل الأعباء والالتزامات وتقاسم الممتلكات قاعدة أساسية في تنظيم العلاقات المالية للزوجين.

غير أن ما يلاحظ في السنوات الأخيرة هو تلك التغيرات التي طرأت على المجتمع الإسلامي عامة والعربي خاصة، والمتعلقة بالوضع الاجتماعي والاقتصادي للأسرة، والتي فرضت إعادة توزيع الأدوار داخل الأسرة من خلال بروز ظاهرة عمل الزوجة ومساهمتها في دخل الأسرة ونفقاتها في وقت أصبح فيه الزوج غير قادر على تحمل الالتزامات المالية لوحده في كثير من الأحيان، وهو ما أدى إلى خلق نوع من الاشتراك المالي بين الزوجين وجعله واقعاً معاشاً لدى بعض الأسر.

وأمام هذه النوازل فقد نحى البعض عندنا إلى المطالبة بضرورة الأخذ بنظام الاشتراك المالي بين الزوجين إلى جانب النظام المعتمد وترك الخيار للزوجين في الأخذ بالنظام الذي يريانه مناسباً، واعتبروا أن هذا النظام يمنح سلطات أكبر لكلا الزوجين على أموال الأسرة، ويحقق الاستقرار بينهما، ويحمي الحقوق لكلا الطرفين، وهو طرح يتعزز بوجود أعراف أجازها بعض الفقهاء الموجودة في المغرب الشقيق تعترف للزوجة عند انتهاء الرابطة الزوجية بالاستفادة من الأملاك التي جمعها الزوج خلال فترة الزواج بما يقابل مساهمتها في تنمية أمواله، وهو ما يطلق عليها بحق الكد والسعاية.

هذا الوضع جعل بعض التعديلات في قوانين الأحوال الشخصية التي حدثت في الفترة الأخيرة تشير إلى جواز ذلك، وأهم هذه الدول تونس، الجزائر والمغرب، وإن كانت هذه الخطوة لم تستتب بقوانين تفصيلية لأحكام الاشتراك، ما عدا الجارة تونس حيث أصدرت قانوناً ينظم الأموال المشتركة اقتداء بالدول الغربية.

لذلك فإنني أرى أنه من المفيد جداً في الوقت الحاضر طرح موضوع النظام المالي للزوجين للدراسة والنقاش من طرف الباحثين والمهتمين بشؤون الأسرة، وتبادل الآراء والأفكار بهذا الشأن للوقوف على التحديات والرهانات التي تنتظر الأسرة المسلمة في هذا الوقت.

## إشكالية البحث:

أهم ما يمكن استنتاجه أن هناك تحولاً كبيراً طرأ على العلاقات المالية للزوجين، يجعلنا في حاجة ماسة إلى إعادة تقييم المنظومة القانونية التي تحكم هذه العلاقات للوقوف على مدى قدرتها على استيعاب هذه الأوضاع الجديدة، وننظر في مدى إمكانية الاستفادة من النظم القانونية أخرى، لذلك فإن إشكالية البحث تقوم على طرح سؤال جوهري هو: ما هي أحكام النظام المالي للزوجين، سواء تعلق الأمر بمفهومه الإسلامي القائم على الانفصال أو مفهومه الغربي الذي يجذب الاشتراك، وما مدى قدرة كل نظام في الإحاطة بجميع الظروف والمشاكل التي قد تحدث بين الزوجين؟

ويتفرع عنه أسئلة فرعية تتمثل في:

- ما هي أهم القواعد والأسس التي يبنى عليها كل نظام، ما هي السلطات التي يمنحها كل نظام للزوجين في التصرف في أمواله و أموال زوجته؟
- ما هو موقف الفقه الإسلامي من النوازل الحديثة؟ وهل فعلاً أن نظام انفصال الأموال المعتمد في الفقه الإسلامي والمطبق في الدول العربية أصبح عاجزاً على مساندة الواقع الحالي، مما يتطلب البحث عن نظام آخر يضع حلولاً مرضية لهذه المستجدات؟
- ما هو موقف الفقه الإسلامي من نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين الذي تبنته النظم القانونية الغربية وهللت له بعض الأصوات عندنا؟ وهل أن هذا النظام يتوافق مع خصائص الأسرة المسلمة؟

## أهمية الموضوع:

يجد هذا الموضوع أهميته في الصلة الوثيقة بين النظام المالي للزوجين وتحقيق التوازن الاجتماعي والعاطفي داخل الأسرة، فنجد أن تحديد الحقوق والواجبات المالية لكلا الزوجين يعد عاملاً مستقرًا في حياتهما الزوجية، وأي سوء تفاهم حول هذه الأموال سينعكس سلباً على هذا الاستقرار، وهو ما نلمسه جلياً من القضايا التي تثار أمام المحاكم، حيث نجد في غالب الأحيان الجانب المالي حاضراً ضمن أسباب الخلاف.

إن البحث في موضوع النظام المالي للزوجين يمكننا من الحصول على دراسة تقييمية لكلا النظامين - النظام الإسلامي و النظام الغربي - نستخرج من خلالها مزايا و عيوب كل نظام، ويمكننا من إيجاد الحلول لبعض المشاكل القانونية التي تطرأ من حين لآخر ، وهو ما يؤدي إلى جعل هذا النظام أو ذاك أكثر تطوراً وأكثر مواكبة لمتطلبات العصر.

ولا ننسى التعديلات في القوانين المتعلقة بالأسرة لبعض الدول العربية في الآونة الأخيرة، والتي تمهد في مضمونها إلى إمكانية الأخذ بنظام الاشتراك في الأموال، وهي كلها معطيات تدفعنا إلى إعداد دراسة تكشف من خلالها عن مدى حاجة المجتمع المسلم إلى الأخذ بهذا النظام من عدمه .

### أهداف الدراسة:

وضعت جملة من الأهداف أسعى إلى تحقيقها في هذا البحث وهي على الخصوص:

- تنوير المجتمع بمثل هذه الدراسات كون أن هذا الموضوع يحتاج إلى توضيح وبيان، خاصة أنه ثبت وقوع الظلم والجور بين الأزواج نتيجة الجهل بالأحكام، وكذا الرد على الحملات التغريبية التي تسعى إلى جعل المرأة العربية المسلمة قضية تتاجر بها لتكون إحدى معاول هدم الأسرة المسلمة تحت غطاء تحرير المرأة .

- إن النظام المالي للزوجين وإن كانت أحكامه متناثرة في أبواب الكتب الفقهية إذا تعلق الأمر بالشريعة الإسلامية، إلا أن النوازل الحديثة والتأثيرات التي فرضها دعاء الأخذ بالنظام الغربي بناءً على أن هذا النظام تجاوزه الزمن ولا يستجيب للحاجة، وما تبع هذه النوازل من تعديلات في بعض النظم القانونية المتعلقة بالأسرة في الدول العربية، أصبح يملئ علينا إعداد بحث في هذا الموضوع يقف على مدى صدق الادعاءات التي ترى عجز النظام الإسلامي على مواكبة النوازل الحديثة لهذا العصر.

- التعرض بالتفصيل للأحكام المتعلقة بنظام الأموال للزوجين سواء كان وفق وجهة النظر الإسلامية أو وجهة النظر الغربية ، ومناقشة الآثار المترتبة عن كل نظام، ثم استخراج المزايا والعيوب.



- الوقوف على الآثار الاجتماعية والاقتصادية التي تظهر على الأسرة الناجمة على تطبيق الأحكام المالية المختلفة، وبيان القصور التشريعي إن وجد.

### أسباب اختيار الموضوع :

هناك جملة من الأسباب الذاتية والموضوعية التي دعنتني إلى اختيار هذا الموضوع:

فبالنسبة للأسباب الذاتية فإن هذا الموضوع يدخل في صميم الاختصاص، كونه أحد موضوعات الأحوال الشخصية، بالإضافة إلى انجذابي إلى مثل هذه المواضيع التي تحمل جانباً من الجِدَّة في إشكالاته.

أما عن الأسباب الموضوعية فقد ازدادت قناعاتي بالموضوع بعد مخالطتي لبعض الأساتذة والباحثين والاستفادة من توجيهاتهم والتنبيه إلى إشكالات الموضوع فتولد لدي الحرص على إنجاز هذا البحث، ومن بين هذه الأسباب على الخصوص أذكر:

- إن موضوع النظام المالي للزوجين هو أحد المواضيع التي مازالت مبهمة عند عامة الناس، على الرغم من أهميته في استقرار الحياة الزوجية، والتي تحتاج إلى عناية كبيرة خاصة في هذا الوقت، نظراً للتطورات التي يشهدها المجتمع في الآونة الأخيرة.

- أهمية تقييم نظام انفصال الأموال في الفقه الإسلامي والأنظمة العربية، ومقارنته مع نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين السائد في فرنسا و الدول الغربية.

- الإلمام بجوانب هذا الموضوع والوقوف على جزئياته، في ظل التحديات التي تفرضها المتغيرات والظروف التي يمر بها المجتمع العربي المسلم، خاصة أمام ضغوط المدرسة الغربية عن طريق المؤتمرات والاتفاقيات الدولية، من أجل تكريس المساواة والحرية التعاقدية في الزواج ومن ثمة تطبيق نظام الأموال بمفهومه الغربي، مما يجعلنا أمام معركة حقيقية يجب أن نُعد لها العُدَّة.

## الدراسات السابقة للموضوع:

إن الأحكام المالية للزوجين سواء ما تعلق بحق التملك أو المهر أو واجب النفقة موجودة في بطون الكتب الفقهية، وكذلك البحوث التي تناول بعض الجوانب المالية للزوجين من الناحية الفقهية الإسلامية وتطبيقها في النظم القانونية المستمدة منه، إلا أننا نسجل ندرة في البحوث التي تحيط بجميع العلاقات المالية الناشئة بين الزوجين وتجري مقارنات مع النظم القانونية الغربية، أو تلك التي تهتم بالنوازل الحديثة التي طرأت على المجتمع كظاهرة عمل المرأة وإشراكها في النفقة والممتلكات ومشروعية هذا الاشتراك، وأهم الدراسات التي تناولت هذا الموضوع واستفدت منها كثيراً في هذا البحث هي :

- أطروحة دكتوراه بعنوان: "النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة-" للباحث رشيد مسعودي، نوقشت بكلية الحقوق -جامعة تلمسان، العام الدراسي 2006/2005م، انطلق الباحث من فكرة أن انفصال الأموال بين الزوجين بطابعه الإسلامي الذي يطبقه المشرع الجزائري يرافقه في الواقع الفعلي اشتراك مالي بين الزوجين فرضته الظروف المختلفة وطبيعة العلاقة التي تفرض المساهمة والتعاون، وقد عقد الباحث في هذا الإطار بعض المقارنات مع القانون الفرنسي، لذلك قسم بحثه إلى فصلين الأول تناول فيه تقرير فصل الأموال بين الزوجين وفي الفصل الثاني عالج مظاهر الاشتراك المالي بين الزوجين.

- أطروحة دكتوراه منشورة للباحث خليفة علي الكعبي بعنوان: "نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي"، وهو بحث جيد ركز في الباحث على مشروعية الاشتراك المالي وتأصيله من وجهة نظر الشريعة الإسلامية بعد أن استعرض مفهوم الاشتراك وأنواعه، ثم أحكام نظام الاشتراك وانقضائه.

- رسالة ماجستير منشورة للأستاذ عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي بعنوان: "الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دراسة مقارنة-" وهي رسالة مقسمة إلى ثلاثة فصول، تناول بعض الأحكام المتعلقة بموضوع النظام المالي للزوجين، خاصة في الفصلين الثاني

والثالث، خاصة ما تعلق بأنواع الاشتراك المالي بين الزوجين في الدول الغربية، وغلب على هذه الدراسة الجانب الوصفي و التحليلي دون الخوض في المقارنة بين هذين النظامين.

- بحثان متعلقان بالتجربة التونسية في مجال الاشتراك المالي للزوجين، تناولوا بالشرح والتحليل قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين الصادر سنة 1998م، مع عقد مقارنات في بعض الأحيان مع القانون الفرنسي، وأول هذين الباحثين أطروحة دكتوراه منشورة للباحثة شيماء التليلي عنونها: "نظام الملكية المشتركة بين الزوجين - دراسة مقارنة -"، أما البحث الثاني فعبارة عن رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة عن كلية الحقوق بجامعة تونس، للسنة الجامعية 2000/1999م للباحث نزار الحمروني، بعنوان: "نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين".

- مقال مطول نُشر بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية سنة 1957م بالإسكندرية، للباحث حسن بغداددي بعنوان: "نظام الأموال بين الزوجين وصلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي والحق العيني"، ويعتبر من أقدم الدراسات التي بحثت في موضوع الاشتراك المالي في القانون الفرنسي والسويسري، لذلك فإن معظم الدراسات التي تناولت هذا الموضوع اعتمدت على هذا البحث، إلا أن ما يعاب عليه أنه كُتب في ظل القانون القديم، إذ أعقبته تعديلات جوهرية وبالأخص تعديلات القانون الفرنسي سنتي 1965 و 1985 م.

هذا بالإضافة إلى بعض الدراسات التي تناولت بعض الأجزاء المتعلقة بالموضوع في صورة رسائل جامعية أو مقالات، خاصة تلك التي تشرح التجربة المغربية في هذا المجال.

### صعوبات البحث:

لعل أهم العقبات التي صادفتها وأنا بصدد إعداد هذا البحث تتمثل في:

- غياب الدراسات والبحوث التي تناقش مسألة التكييف الشرعي لنظام الاشتراك المالي، وهذا يعكس جدة هذا الموضوع لدى الفقهاء المسلمين، إذ يمثل أحد النوازل التي لم تنل حظها من الدراسة، ومعظم البحوث التي كتبت في هذا المجال ناقشته من ناحية قانونية بحتة.

- ندرة الدراسات التي تعالج موضوع النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، على خلاف النظم القانونية التونسية والمغربية، لذلك تطلب الأمر التنقل لهاتين الدولتين مرات عديدة.

### المنهج المتبع :

تقتضي دراسة هذا الموضوع اعتماد عدة مناهج هي:

- المنهج الاستقرائي: يتجلى ذلك باستقراء النصوص الشرعية والقانونية المتصلة بالموضوع من الكتب المعتمدة .

- المنهج التحليلي: وذلك من خلال دراسة الأحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بالنظام المالي للزوجين وتحليلها ومناقشتها.

- المنهج المقارن: حيث يتم التطرق إلى الآراء الفقهية والقانونية المختلفة، ومناقشة أدلتها ومقارنتها بهدف اختيار الرأي الأقوى، وكذلك مقارنة هذه الآراء بما ذهب إليه القانون.

وبحكم أن النظام المالي للزوجين يشتمل على نظامين أساسيين هما نظام انفصال الأموال ونظام الاشتراك المالي، فإن المقارنة الفعالة والمثمرة تقتضي أن يقع الاختيار على نظم قانونية تجمع بين النظامين، فكان الاختيار واقع على القانون الجزائري والقانون المغربي والقانون التونسي، فهذه القوانين تطبق نظام الانفصال في الأموال الإسلامي من جهة، وكان لها السبق في قبول إمكانية الاشتراك بين الزوجين ولو بشكل متفاوت، لذلك فإن المقارنة في هذا البحث تكون بين هذه النظم القانونية مع الفقه الإسلامي عندما يتعلق الأمر بالانفصال المالي، ومع القانون الفرنسي عندما يتعلق الأمر بنظام الاشتراك لما يمثله القانون الفرنسي من مثال حي في نظم الاشتراك المالي من جهة، ونظراً لتأثر هذه القوانين بمنظومة القانون الفرنسي ككل في غالب الأحيان، وهذا ما نراه في فروع القوانين الأخرى.

## خطة البحث:

سعيًا وراء الإجابة على الإشكالية التي طرحتها آنفًا، وقصد الوصول إلى الأهداف المرجوة في هذا البحث، فإنني ارتأيت أن أبدأ البحث بمبحث تمهيدي موجز أبين فيه مفهوم النظام المالي للزوجين من خلال التعرض لتعريفه وصلته بالذمة المالية، ثم أوضح فيه نظرة الحضارات القديمة إليه.

ولأنه كما سبق وأن شرحت في البداية أن هناك تغيرات طرأت على المجتمع العربي المسلم، أوجدت مناحاً للنقاش حول إمكانية قيام اشتراك مالي بين الزوجين وفق وجهة نظر غربية أو قريبة منها، فإن ذلك جعلني أقسم البحث إلى فصلين، الفصل الأول أتناول فيه الفصل بين أموال الزوجين كمبدأ تقوم عليه العلاقات المالية بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقوانين المستمدة منه في هذا الشأن، وتقوم هذه الاستقلالية على مبدأ نفي المساهمة والمشاركة في تحمل الالتزامات الزوجية وتحميلها لطرف واحد وهو الزوج، ومبدأ الاستقلال من حيث القواعد التي تحكم أموال الزوجين من خلال التصرف في المال والتكسب والتملك وفي قضاء الديون.

أما الفصل الثاني فخصصته لإعمال الاشتراك المالي والذي يأخذ صورتين، تكون الصورة الأولى في شكل واقع معاش دون وجود قانون منظم للاشتراك، ويظهر فيه الاشتراك في صورة مساهمة في الانفاق وتحمل الأعباء أو يكون من خلال المشاركة في الممتلكات، وفي الصورة الثانية يكون وفق قانون ينظم هذا الاشتراك على شاكلة ما هو موجود في النظم القانونية الغربية.

وفيما يأتي المحاور الرئيسية للخطة:

المبحث التمهيدي: مفهوم النظام المالي للزوجين

الفصل الأول: مبدأ الانفصال المالي بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الأول: مبدأ إلقاء الالتزامات المالية للزوج على عاتق الزوج

المبحث الثاني: الاستقلال من حيث القواعد التي تحكم أموال الزوجين

الفصل الثاني: إعمال نظام الاشتراك المالي بين الزوجين

المبحث الأول: الاشتراك المالي بين الزوجين باعتباره واقعاً معاشاً

المبحث الثاني: الاشتراك المالي بين الزوجين باعتباره نظاماً قائماً

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

مبحث تمهيدي: مفهوم النظام المالي للزوجين

جامعة الأمير  
علاء القادر للعلوم الإسلامية

## مبحث تمهيدي: مفهوم النظام المالي للزوجين

إن الدّارس لعقد الزواج، وما يجمّله من أحكام تنظم العلاقات المالية للزوجين، يدرك الفارق بين ما هو موجود في الفقه الإسلامي وما هو عليه في النظم القانونية الغربية، كما يدرك أيضاً أن هذا الفارق يبدأ أساسه الأول من الاختلاف في نظرهم للذمة المالية، فنجد أن الفقهاء المسلمون يجعلون الذمة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالشخصية القانونية، بينما يربطها شراح النظم الغربية بالأموال والأهداف والأغراض المرجوة منها، فينعكس ذلك بصورة جلية على النظام المالي للزوجين.

لذلك فمن الضروري أن أمهد لهذه الدراسة ببيان مفهوم النظام المالي للزوجين، مستعرضاً فيه معنى النظام المالي للزوجين وصلته بالذمة المالية، ثم رصد تطوره التاريخي من خلال الحضارات و الشرائع القديمة، من خلال المطلبين:

المطلب الأول: معنى النظام المالي للزوجين وصلته بفكرة الذمة المالية.

المطلب الثاني: النظام المالي للزوجين في الحضارات و الشرائع القديمة.



## المطلب الأول: معنى النظام المالي للزوجين وصلته بفكرة الذمة المالية

أتناول تحت هذا العنوان معنى النظام المالي ثم صلته بفكرة الذمة المالية في الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول: معنى النظام المالي للزوجين

يتحدد معنى النظام المالي للزوجين بشقيه اللغوي والاصطلاحي:

#### البند الأول: النظام المالي لغة.

##### أولاً: النظام لغة.

النظام: هو ما نُظِم فيه الشيء من خيط وغيره، والنظام هو الخيط الذي ينظم به اللؤلؤ وجمعه نُظْم<sup>1</sup>، ونظمت الخرز أي جعلته في سلك واحد، ونظمت الأمر فانتظم أي أقمته فاستقام، وهو على نظام واحد أي على نهج واحد<sup>2</sup>، ونظام الأمر قوامه وعماده<sup>3</sup>، والانتظام: الاتساق والنظام هو العقد من الجواهر، وهو أيضا الهدية والسيره، ليس لأمرهم نظام أي ليس له هوى ولا استقامة<sup>4</sup>.

##### ثانياً: المال لغة

المال هو ما ملكته من جميع الأشياء، وهو في الأصل يطلق على ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على ما يقتني ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل،

<sup>1</sup> ابن منظور (محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين)، لسان العرب، دار المعارف، مصر، دط، دت، 4469/49.

<sup>2</sup> الفيومي (أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي)، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، دط، دت، 612/2.

<sup>3</sup> مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، دار الدعوة، 933/2.

<sup>4</sup> ابن منظور، لسان العرب، 4469/49.

لأنها كانت أكثر أموالهم<sup>1</sup>، وما يتمول به عند الفقهاء أي ما يعد مالاً في العرف<sup>2</sup>، ورجل مال أي كثير المال، وتمول الرجل صار ذا مال<sup>3</sup>.

### البند الثاني: النظام المالي للزوجين اصطلاحاً

هناك من عرف النظام بأنه: "هو مجموعة القوانين والمبادئ والتقاليد التي تقوم عليها الحياة في أي دولة، وهو أيضاً ما اصطلح عليه المجتمع من أوضاع لتنظيم ما يسود الأفراد من علائق في شتى شؤون حياتهم التزاماً بها وخضوعاً لها"<sup>4</sup>.

وهو في الفقه الإسلامي: "مجموعة المبادئ التي يشرعها الله تعالى في الإسلام، عقيدة وشريعة وخلقاً لإقامة واقع في الأرض وفق منهجه، وتنظيم شؤون الحياة وفي كافة المجالات من أجل تحقيق سعادة الناس في الدنيا والآخرة"<sup>5</sup>.

أمّا تعريف النظام المالي للزوجين فوردت فيه عدة تعاريف منها:

1- عرفه سيد عبد الله حسين بأنه: "عقد ينظم أملاك الزوجين مدة بقاء الزوجية، ويبين مقدار اشتراك كل واحد منهما في نفقات المعيشة الزوجية"<sup>6</sup>.

وهو تعريف يفترض قيام عقد بين الزوجين فحواء تنظيم الأملاك الزوجية والمشاركة في تحمل النفقات، وهو مخالف لما هو معمول به خاصة ما تعلق بالتشريعات التي تعتمد على الشريعة الإسلامية كمصدر لها في قوانينها المنظمة للعلاقات الزوجية فهو نظام قانوني وليس نظاماً عقدياً،

<sup>1</sup> المصدر السابق، 4300/46.

<sup>2</sup> الفيومي، المصباح المنير، 586/2.

<sup>3</sup> الرازي(زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي)، مختار الصحاح، تح: يوسف الشيخ محمد، دار المكتبة العصرية، بيروت، 1420هـ/1999م، ص307.

<sup>4</sup> صابر أحمد طه، نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام، نخضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، 2000م، ص06.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص06.

<sup>6</sup> سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي - مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس-، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط1، 1421هـ/2001م، 1292/3.

أما التشريعات الغربية فتقوم على فكرة وجود عدة أنظمة مالية يتفق الزوجان على اختيار أحدها، وفي حالة سكوتهما عن ذلك فإنهما يوجهان تلقائياً إلى أحد الأنظمة حسب ما ينص عليه القانون، لذلك فإن النظام المالي للزوجين وفق النظرة الغربية يأخذ صورتين: نظام قانوني ونظام اتفاقي.

2- عرفه حسن بغداددي بأنه: " مجموعة القواعد القانونية التي تتناول المصالح المالية بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية"<sup>1</sup>.

وهو تعريف يستبعد الاتفاقات الزوجية عن دورها في تحديد النظام المالي المتبع.

3- هناك تعريف ذكره أحد الباحثين جاء فيه: " هو مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما، من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قيل الزواج وأثناءه، وبعد انحلال عقده، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية"<sup>2</sup>.

4- عرفه رعد مقداد الحمداني بأنه: " مجموعة القواعد القانونية أو الاتفاقية التي تحدد حقوق الزوجين، والتزاماتهما فيما يتعلق بملكية أموالهما والتصرف فيها، وكذلك الديون التي توجد قبل الزواج وأثناءه"<sup>3</sup>.

5- وللباحث نفسه تعريف آخر في مؤلف آخر جاء فيه أن: "النظام المالي هو مجموعة القواعد التي تحدد علاقة كل من الزوجين بأمواله، وأموال الزوج الآخر، وعلاقتهما معاً بالأموال المشتركة، والقواعد التي تحدد علاقة كل من الزوجين بالديون المترتبة بذمته، والديون المترتبة بذمة الزوج الآخر، وعلاقتهما معاً بالديون المستحقة عليهما معاً، وكذلك القواعد التي تحدد التزام أحد

<sup>1</sup> حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين في صلته بين نواحي الحق الشخصي والحق العيني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع1 و2، السنة السابعة، 1956/1957م، ص 102.

<sup>2</sup> هذا التعريف ذكره الدكتور أحمد عوييد وعزاه لعدة مراجع (راجع: أحمد عوييد، الروابط الشخصية والمالية بين الزوجين في القانون الدولي الخاص المغربي والمقارن، مكتبة دار السلام، الرباط، ط1، 1433هـ/2012م، ص 175.

<sup>3</sup> رعد مقداد الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين - دراسة مقارنة-، دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات-مصر- 2009، ص 18.

الزوجين بالإئفاق الزوجي لوحده أو التزام أحدهما بالإئفاق ومساهمه الآخر في ذلك، أو التزامهما معا بالإئفاق"<sup>1</sup>.

6- ذكر محمد الشافعي تعريفاً نسبه للفقه الفرنسي جاء فيه: "النظام المالي للزوجين هو مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين، خلال الزواج وبعده"<sup>2</sup>.

والنظر في التعريفات السابقة ودراستها ومقارنتها ببعضها البعض للوصول إلى التعريف المناسب، يحيلنا إلى ضرورة التفريق بين النظم الغربية والنظم المستمدة من الشريعة الإسلامية، فما عليه التشريعات الغربية هو وجود عدة أنظمة مالية للزوجين، وما على الزوجين إلا اختيار أحد هذه الأنظمة عند الزواج، فإن لم يختارا نظاماً معيناً، فإنه يتم إخضاعهما قانونياً إلى أحد هذه النظم تلقائياً، حسب ما ينص عليه القانون، وهو في العادة النظام السائد والأكثر استخداماً، كما هو مصرح به في المادة 1400 من القانون المدني الفرنسي<sup>3</sup>.

لذلك فإن النظام المالي للزوجين بإحدى الصورتين وهما:

أ- نظام اتفافي ويكون ذلك إذا اختار الزوجان أحد الأنظمة المالية المنصوص عليها قانوناً.

ب- نظام قانوني يُلجأ إليه في حالة عدم التصريح باختيار أحد الأنظمة المالية الاختيارية.

أما بالنسبة للتشريعات التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية فلا وجود لأنظمة مالية اختيارية، بل هناك نظام قانوني واحد ينظم العلاقات المالية للزوجين، وليس للزوجين الاتفاق على

<sup>1</sup> رعد مقداد الحمادي، النظام المالي للزوجين - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية- ، مذكرة ماجستير منشورة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2003م، ص 201.

<sup>2</sup> محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا- دراسة قانونية وحالات شاذة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط1، ص195.

<sup>3</sup> المادة 1400 من القانون الفرنسي:

" La communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration " qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles " expliquées dans les trois sections qui suivent

مخالفته، لذلك يغيب مصطلح النظام المالي للزوجين من الكتب الفقهية والتشريعات العربية على الرغم من وجود علاقات وآثار مالية للزوجين مترتبة عن عقد الزواج<sup>1</sup>.

بناءً على ما سبق فإن النظام المالي للزوجين هو مجموعة من القواعد القانونية أو الاتفاقية، أما بالنسبة لمضمونه فهناك تقارباً في التعريفات المذكورة والتي مفادها أن النظام المالي للزوجين عبارة عن قواعد تنظم العلاقات المالية التي تنشأ بين الزوجين، بمقتضى عقد الزواج أو أثناء الزوجية، أو يكون أحد طرفيها أحد الزوجين، وهي تتعلق بملكية الأموال وسلطات الزوجين على هذه الأموال، والديون الناشئة على تصرفات الزوجين، والتي يمكن أن نطلق عليها المصالح المالية للزوجين كما عبر عنها التعريف الثاني، لذلك فإن التعاريف الثالث والرابع والسادس كلها تعاريف تفي بالغرض، كما يمكن تعريفه أيضاً بأنه: "مجموعة القواعد القانونية والاتفاقية التي تنظم المصالح المالية للزوجين أثناء الحياة الزوجية".

### الفرع الثاني: صلة النظام المالي للزوجين بفكرة الذمة المالية

ويمكن استخراج هذه الصلة من خلال الوقوف على مفهوم الذمة المالية في معناها وفي خصائصها، والتي تختلف بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي

#### البند الأول: مفهوم الذمة المالية في الفقه الإسلامي

اقتصرت الفقهاء في تطرقهم لهذا الموضوع على مصطلح الذمة فقط دون تخصيصه بالجانب المالي، فدلالة الذمة في الفقه الإسلامي مصطلح واسع يشمل الحقوق المالية وغير المالية<sup>2</sup>، أما

<sup>1</sup> يستثني من ذلك بعض التشريعات التي أدخلت تعديلات على قوانينها تجيز للزوجين الاتفاق على وضع مشارطات مالية خاصة بالأموال المكتسبة، خلال فترة الزوجية، ومن ذلك التشريع التونسي عندما نظم قانون الاشتراك في الأملاك والتعديلات التي أدخلها قانون الأسرة الجزائري في المادة 37، ومدونة الأسرة المغربية في المادة 49، من خلال جواز إبرام مشارطات مالية للزوجين.

<sup>2</sup> بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، مذكرة ماجستير، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2008/2007م، ص3، منصور حاتم محسن الفتلاوي، الذمة المالية - دراسة مقارنة في الفقهين الوضعي والإسلامي -، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1999م، ص102.

مصطلح الذمة المالية فهو مصطلح قانوني، وستعرض في هذا البند إلى معنى الذمة من ناحيتها اللغوية والاصطلاحية، ثم خصائصها.

### أولاً: معنى الذمة في الفقه الإسلامي

وبيشمل المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي:

1/ **المعنى اللغوي:** الذمة في اللغة تعني العهد والأمان والضمان، وجمعها على ذمام، وسمي

بذلك لأن نقضه يوجب الذم، وقد وردت هذه اللفظة في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿لَا

يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَّلَا ذِمَّةً وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُعْتَدُونَ﴾ [التوبة:10]، ومعناها

أنه إذا ظهروا عليكم فإنهم لا يراعون فيكم قرابة ولا عهداً ولا ميثاقاً<sup>1</sup>، وفي الحديث قوله عليه الصلاة والسلام: "ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم"<sup>2</sup>، ومعناها الأمان، أي إذا أعطى أحد المسلمين الأمان للعدو مضى ذلك على سائر المسلمين، لذلك يسمى الذين يستوطنون دار الإسلام من غير المسلمين على عهد معهم بالأمان "أهل الذمة"، أي أهل العهد والأمان<sup>3</sup>.

بناء على ما سبق لما كانت الذمة مرادفة للعهد، كان على الإنسان الوفاء بذمته وعهده والتي

تعني الاستحقاق بالنسبة لطالب الحق، والالتزام للذي يقع عليه الحق.

2/ **المعنى الاصطلاحي:** الذمة كما تناولها الفقهاء المسلمون كانت تعني بالحقوق

الالتزامات المالية وغير المالية على حد سواء، فهي عبارة عن وعاء اعتباري تستقر فيه الحقوق والالتزامات سواء كانت مالية أو غير مالية، كما أنه لا فرق بين حقوق الله وحقوق العباد، وهذا ما يفسر اقتصار الفقهاء على مصطلح الذمة فقط دون إلحاقها بالجانب المالي، على خلاف القانونيين الذين يستعملون مصطلح الذمة المالية، لذلك حصروه في الحقوق والالتزامات المالية فقط كما سنرى فيما بعد، ومن التعريفات التي ذكرها الفقهاء والأصوليون نجد:

<sup>1</sup> الطبري(محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري)، جامع البيان في تأويل القرآن المعروف بتفسير الطبري، تح: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420 هـ/2000م

<sup>2</sup> أخرجه البخاري(محمد بن إسماعيل أبو عبدالله) في صحيحه، باب باب ما يكره عن التعمق والتنازع في العلم والغلو في الدين والبدع، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، دط، 1422 هـ، ج9، ص97.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، 1517/3، الفيومي(أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي)، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، دط، دت، 210/1.

عرفها البهوتي<sup>1</sup> بأنها: "وصف يصير به المكلف أهلاً للإلزام و الالتزام"<sup>2</sup>، وعلى نفس النهج سار الإمام القرآني<sup>3</sup> بأن جعلها قاصرة على المكلفين فقط فلا ذمة للصبي لأنه لا يستطيع الالتزام ولا يقبل منه<sup>4</sup>، وهو معنا ينطبق على أهلية الأداء الكاملة التي تشترط لصحة التصرفات ونفاذها البلوغ، والتي يراد بها صلاحية الشخص للقيام بتصرفات يقرها الشارع.

وعرفها عبد العزيز البخاري<sup>5</sup> بأنها: "وصف يصير به الشخص أهلاً للإيجاب والاستيجاب"<sup>6</sup>، وذكر الحموي<sup>7</sup> تعريفاً نسبته إلى العز بن عبد السلام<sup>8</sup> جاء فيه: "الذمة هي معنى

<sup>1</sup> البهوتي: هو منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، شيخ الحنابلة بمصر في عصره، نسبه إلى (بهوت) في غربية مصر، له كتب منها: الروض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المقنع وكشاف القناع عن متن الإقناع، ودقائق أولي النهى لشرح المنتهى، وإرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى والمنح الشافية، توفي سنة 1051 هـ (ينظر: الزركلي (خير الدين بن محمود بن محمد الزركلي)، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، 2002م، 307/7).

<sup>2</sup> البهوتي (منصور بن يونس البهوتي)، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العلمية، دط، دت، 289/3.

<sup>3</sup> القرآني: هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرآني الصنهاجي المصري، الإمام العلامة الحافظ الفهامة وحيد دهره وفريد عصره المؤلف المتفنن شيخ الشيوخ وعمدة أهل التحقيق والروسخ، أخذ عن جمال الدين بن الحاجب والعز بن عبد السلام وشرف الدين الفاكهاني، ألّف التآليف البديعة البارعة منها التنقيح في أصول الفقه والذخيرة والفروق توفي رحمه الله سنة 684هـ/1285م (ينظر: ابن مخلوف (محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1424هـ/2003م، 270/1، ابن فرحون (إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون)، الديباج المذهب، تح وتعليق: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث، القاهرة، دط، دت، 236/1-239).

<sup>4</sup> القرآني (بو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن)، الفروق، دار عالم الكتب، دت، 229/3.

<sup>5</sup> عبد العزيز البخاري: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري: فقيه حنفي من علماء الأصول. من أهل بخارى. له تصانيف، منها: شرح أصول البيزودي في مجلدين، وسماه "كشف الأسرار" و "شرح المنتخب الحسامي" توفي عام 370هـ. ( ينظر: عبد القادر بن محمد القرشي (عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، نشر مير محمد كتب خاتنه، كراتشي، دط، دت، 318/1، الزركلي، الأعلام، 13/4).

<sup>6</sup> عبد العزيز البخاري (عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي)، كشف الأسرار عن أصول البيزودي، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، دت، 238/4.

<sup>7</sup> الحموي: هو أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس شهاب الدين الحسين الحموي، من علماء الحنفية، درس بالمدرسة السلিমانيّة بالقاهرة، وتولى إفتاء الحنفية، له عدة كتب منها: غمز عيون البصائر، نفحات القرب والاتصال، توفي حوالي 1098هـ (ينظر: الزركلي، الأعلام، 239/1).

<sup>8</sup> العز بن عبد السلام: هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم، شيخ الإسلام والمسلمين وأحد الأئمة الأعلام سلطان العلماء إمام عصره من شيوخه ابن عساكر، وسيف الدين الأمدي، ومن تلامذته ابن دقيق العيد، وهو الذي لقبه بسلطان العلماء، وأيضاً أبو الحسن الباجي. من تصانيفه القواعد الكبرى، مجاز القرآن. ولد سنة سبع أو ثمان و سبعين وخمسائة 578هـ وتوفي بالقاهرة سنة 660هـ (ينظر: السبكي (تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي)، طبقات الشافعية، تح: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة، القاهرة، ط2، 1413هـ، 209/8-217).

مقدر في المحل يقبل الإلزام والالتزام"<sup>1</sup>، أي أنها وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الانسان يكون من خلالها صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات<sup>2</sup>.

ومن تعريفات الفقهاء المحدثين نجد:

عرفها عبد الوهاب خلاف بقوله: "الذمة هي الصفة الفطرية الانسانية التي بها تثبت للإنسان حقوق قبل غيره، ووجبت عليه واجبات لغيره"<sup>3</sup>.

وعرفها عبد الكريم زيدان بأنها: "وصف شرعي يصير به الانسان أهلاً لما له وعليه"<sup>4</sup>.

أما محمد أبو زهرة<sup>5</sup> فعرفها بأنها: "أمر فرضي تقديري اعتباري، فرض موجودا ليكون محلاً للديون وسائر الالتزامات والتكليفات"<sup>6</sup>.

وإلى المعنى نفسه ذهب السنهوري حيث قال: "الذمة في الفقه الإسلامي هي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويصير به أهلاً للإلزام والالتزام"<sup>7</sup>.

وجاء تعريف مصطفى الزرقا لها بـ: "الذمة هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> الحموي (أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985، 06/4.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التاريخ العربي، بيروت، ط1، 17/1.

<sup>3</sup> عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 1425هـ/2004م، ص120.

<sup>4</sup> عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، ط1، 1432هـ/2011م، ص397.

<sup>5</sup> محمد أبو زهرة: هو محمد بن أحمد أبو زهرة، أكبر علماء الشريعة الإسلامية في عصره، ولد بمدينة المحلة الكبرى سنة 1898م وترى بالجامع الأحدي وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي وتولى تدريس العلوم الشرعية والعربية، وعين أستاذاً محاضراً للدراسات العليا في الجامعة (1935م) وعضواً للمجلس الأعلى للبحوث العلمية. ألف أكثر من 40 كتاباً، منها أصول الفقه والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، توفي بالقاهرة سنة 1974م (ينظر: الزركلي، الأعلام، 25/6-26).

<sup>6</sup> محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، دط، دت، ص304.

<sup>7</sup> السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 17/1.

<sup>8</sup> مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط1، 1420هـ/1999م، ص201.



هذه التعاريف في مجملها تكاد تكون متطابقة في المعنى، فنجد أنها تقوم على افتراض الذمة في الشخص، لأنها تنطلق من فكرة أن الذمة من الناحية الشرعية أمر مقدر وجوده وبالتالي فهي حقيقة اعتبارية، ثم أن هذه التعاريف تجعل من الذمة تقترب في معناها من فكرة أهلية الوجوب لدرجة الالتباس، فأهلية الوجوب تعني قابلية الإنسان وصلاحيته لأن تكون له حقوق وعليه التزامات، أما الذمة فهي كون الإنسان صالحاً لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات، وكلاهما يبدأ من لحظة ميلاد الإنسان حياً، وتستمران معه حتى لحظة وفاته، فهما موجودتان في الصغير والكبير، و في العاقل والمجنون، الفرق بينهما أن الذمة تفيد الظرفية، بينما الأهلية مجرد قابلية<sup>1</sup>.

من الفقهاء من يرى أنه لا حاجة لاعتماد مصطلح الذمة، فالذمة عنده هي الإنسان نفسه، ومن قال أنها مرادفة لمعناها اللغوي الذي يعني العهد<sup>2</sup>، ورد عليه الشيخ عبد العزيز البخاري بأن هذا القول مخالف للإجماع<sup>3</sup>، فالمجنون والصبي لا يصح منهما عهد مع أن الحقوق تثبت عليهما ولو لم يكن لهما مال.

إن ما يمكن قوله في هذا الصدد هو أن الذمة هي محض افتراض، دعت إليه الضرورة التشريعية لما تقتضيه لاستقامة الأحكام، وهي وعاء ليس له حد معين في سعته تشغله الحقوق والالتزامات، لذلك فإنني أرى أن ما ذكره كل من العز بن عبد السلام ومحمد أبو زهرة والسنهوري و مصطفى الزرقا يصب في معنى واحد وهي تعاريف تفي بالغرض.

#### ثانياً: خصائص الذمة في الفقه الإسلامي<sup>4</sup>.

تتميز الذمة وفق وجهة نظر الفقه الإسلامي بعدة خصائص هي:

1- إن الذمة لا تثبت إلا لشخص مستقل سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ولا ذمة للجنين في بطن أمه حتى ينفصل عنها، لأنه غير مستقل عنها بل هو جزء تابع لها، ولا ذمة للحيوان أيضاً إذ لا تثبت له الحقوق، ولا تثبت عليه.

1 المرجع السابق، ص196.

2 راجع: علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، دار الفكر العربي، 1431هـ، ص113.

3 عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول البيدوي، 238/4

4 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985م، 52/4، مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ص204، عمر صلاح الحافظ مهدي الغزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010م، ص30.

2- إن الذمة من لوازم الشخصية فلا توجد شخصية بلا ذمة خاصة بها، فمقى ثبتت الشخصية لازمتها الذمة، وهي بالتالي تثبت لكل شخص طبيعي بمجرد ولادته، وللشخص الحكمي اعتباراً متى تكون بمقتضى القانون.

3- الذمة وعاء اعتباري تشغله الحقوق والالتزامات، فلا حد لسعته.

4- عدم امكانية تعدد الذمم للشخص الواحد، فلكل شخص ذمة واحدة.

5- إن الذمة لا اشتراك فيها، فلا يكون للذمة الواحدة أكثر من صاحب واحد.

6- الذمة ضمان لكل الديون بلا تمييز، إذ تتساوى كل الديون لا يكون سبق بعضها في الثبوت سبباً لترجيحه، ويستثنى في ذلك الديون التي قرر لها الشرع امتيازاً وتقديماً في الاستيفاء، كما لو كان للدائن حق عيني كالرهون، أو كان دين نفقة<sup>1</sup>، ويبقى المدين مطلق اليد بالتصرف في أمواله حتى ولو كان مديناً بأكثر مما يملك<sup>2</sup>.

نتيجة لما سبق فإن الذمة في الفقه الإسلامي والنظم القانونية المستمدة منه تقوم على وحدتها للشخص الواحد، فلكل شخص ذمة واحدة لا يتصور اشتراك عدة اشخاص في ذمة واحدة، وهذه الذمة ضامنة لكل الديون الناشئة على الشخص دون استثناء، وعلى هذا الأساس فإن النظام المالي للزوجين يقوم على مبدأ استقلال كل زوج بذمته وانفصالها عن ذمة الزوج الآخر، كما لا يتصور قيام ذمة أخرى منفصلة عن ذمتي الزوجين ويشتركان فيها.

### البند الثاني: مفهوم الذمة المالية في الفقه الغربي

يتميز الفقه الغربي على العموم بوجود نظريتين فيما يخص فكرة الذمة المالية والنتائج المترتبة عنها، وهما النظرية التقليدية أو النظرية الشخصية، والنظرية الحديثة أو نظرية تخصيص الذمة المالية.

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 53/4.

2 مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ص 204.

## أولاً: النظرية التقليدية.

تعرف أيضاً بالنظرية الشخصية لأنها ترتبط بالذمة الشخصية، قام بوضعها الفقيهان أوبري ورو (Aubry et Rau) في القرن التاسع عشر، ولاقت رواجاً كبيراً في أوائل القرن العشرين قبل أن تتعرض للنقد.

وفيما يلي سنتعرض فحوى النظرية والنتائج المترتبة عليها والانتقادات الموجهة لها.

**1/ عرض النظرية:** فحوى هذه النظرية أن الذمة المالية هي مجموع الحقوق المالية والالتزامات المالية الموجودة والتي توجد لشخص معين، لذلك فهي تنظر إلى الذمة المالية باعتبارها المظهر المالي للشخصية القانونية، أي إنها تمثل الشخصية القانونية في جانبها المالي<sup>1</sup>.

## 2/ النتائج المترتبة عنها: يترتب عن فحوى النظرية عدة نتائج هي:

أ- إن الذمة المالية تمثل ضماناً عاماً للدائنين، إذ تتكون من عناصر موجبة، وهي أصول الذمة المالية، وعناصر سالبة وهي الخصوم أو الالتزامات، فتكون العناصر الموجبة ضامنة للعناصر السالبة، وبعبارة أدق القيمة الإيجابية للذمة المالية ضمان للقيمة السلبية للذمة المالية، وهي التي ينفذ عليها الدائن لاستيفاء دينه، وليس الذمة المالية نفسها<sup>2</sup>.

ويستوي في ذلك إن وجد المال وقت نشوء الدين أو بعده، إذ إن المال كله يعد ضماناً للتنفيذ، وتصبح بذلك الذمة هي الضامن الوحيد للدين.

ب- انتقال الحقوق والالتزامات المالية إلى الوارث، حسب ما جاء في المادة 724 من القانون المدني الفرنسي، ولهذا يقال يخلف الوارث المورث في ذمته المالية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دت، دط، 224/8.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 224/8، حسن كبيرة، المدخل للعلوم القانونية، منشأ المعارف، جلال حزي وشركاؤه، الإسكندرية، ط5، ص 511.

<sup>3</sup> منصور الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، ص 25.

ج- الذمة المالية لا تنفصل عن صاحبها، ولا نستطيع نقل ذمته المالية إلى غيره، ولكل شخص ذمة مالية لا تتعدد ولا تتجزأ ما دامت الشخصية القانونية لا تتعدد ولا تتجزأ، أما التطبيقات الواردة في القوانين الوضعية التي تتعارض مع النتيجة، فليست إلا مجرد استثناء فرضته اعتبارات خاصة<sup>1</sup>.

### 3/ الانتقادات الموجهة للنظرية: انتقدت هذه النظرية من حيث:

أ- مغاللتها في ربط الذمة المالية بالشخصية وجعلها شيئاً واحداً، مما يثير التساؤل حول فائدتها<sup>2</sup>، فالشخصية القانونية يقصد بها صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، بينما الذمة هي مجموع ما للشخص من حقوق والتزامات<sup>3</sup>.

ب- القول بأن الذمة المالية وحدة لا تتجزأ يتعارض مع الواقع، من خلال تصور تعدد الذمة المالية، ويتجاهل متطلبات الحياة العملية، حيث توجد حالات تخضع فيها أموال الشخص لنظام خاص يختلف عن القواعد العامة التي تخضع لها بقية أمواله، ومثال ذلك نظام الاشتراك المالي بين الزوجين المطبق في النظم الغربية، الذي يمثل أحد المسائل الرئيسية في هذا البحث.

ج- يعاب عليها أيضاً فكرة انتقال الذمة المالية إلى الوارث، وتبرير ذلك بكون أن الوارث استمرار لشخصية المورث قول غير مقبول ويتنافى مع الواقع، لأن الوارث شخص مستقل عن شخص مورثه<sup>4</sup>، وهي بعيدة البعد كله عن قاعدة أن لا تركه إلا بعد سداد الدين المطبقة في التشريعات الوضعية التي تستمد قوانينها الأسرية من الشريعة الإسلامية.

### ثانياً: النظرية الحديثة.

يتمثل فحوى هذه النظرية و النتائج المترتبة عنها فيما يأتي:

<sup>1</sup> منصور الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، ص26، فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2011م، ص22.

<sup>2</sup> السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 224/8، عمر الحافظ مهدي الغزوي، الذمة المالية للزوجين، ص35، فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، ص37.

<sup>3</sup> بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة، ص10

<sup>4</sup> فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، ص41.

### 1/ عرض النظرية: وهي نظرية أسسها الفقه الألماني بزعامة الفقيه "برنز" (Brinz)

وفحواها أن الذمة المالية ليست مرتبطة بالشخصية القانونية، بل هي مجموعة من الأموال مخصصة لتحقيق غرض معين، إذ يمكن أن توجد ذمة مالية دون إسنادها إلى شخص معين<sup>1</sup>.

### 2/ النتائج المترتبة: يترتب عن فكرة التخصيص نتائج أهمها:

أ- إمكانية تعدد الذمم المالية للشخص الواحد، فلما كانت الذمة مجموعة من الأموال مخصصة لتحقيق غرض معين، فإنه يمكن للشخص الواحد أكثر من ذمة مالية إذا قام بتخصيص جزء من حقوقه والتزاماته لتحقيق غرض معين، وبالتالي إمكانية نشوء ذمة مالية مستقلة ومنفصلة عن ذمته المالية العامة، ومثال ذلك ما تعلق بالنظام المالي للزوجين حيث يمكن إنشاء ذمة مشتركة تتعلق بمكتسباتهما أثناء الحياة الزوجية، وكذلك نظام البائنة (الدوطة)<sup>2</sup>، حيث تنشأ في مثل هذه الأمثلة ذمة مالية مستقلة عن الذمة العامة<sup>3</sup>، ولا يعد ذلك استثناء على القاعدة العامة كما هو الحال بالنسبة للنظرية التقليدية.

ب- إمكانية وجود ذمة مالية دون إسنادها لشخص ما، فالذمة عندهم ليست افتراض قانوني يتقرر حتمية وجوده إسناده إلى شخص ما، وإنما هي واقع يستند وجوده لمجموعة فعلية من الحقوق والديون وتسعى لتحقيق هدف معين.

ج- جواز التصرف في الذمة المالية وانتقالها حيث يمكن للشخص أن ينقل ذمته حال حياته إلى شخص آخر، كأن يبيع صاحب المصنع مصنعه أو صاحب المتجر متجره<sup>4</sup>.

### 3/ الانتقادات الموجهة للنظرية: انتقدت فكرة تعدد الذمم المالية للشخص الواحد بـ:

<sup>1</sup> منصور الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، ص 52. فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، ص 52.

<sup>2</sup> سيأتي بيان الأحكام المتعلقة بالبائنة عندما أتناول أنواع الاشتراك المالي في الفصل الثاني، ص 344.

<sup>3</sup> راجع: منصور الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، ص 53، فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، ص 52.

<sup>4</sup> فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، ص 57.

أ- أنها تتنافى مع حق الضمان العام الذي مقتضاه أن جميع أموال المدين ضامنة لديونه، مما يترتب عليه عدم الثقة والائتمان بحجة تخصيص مجموعة من الأموال تكون بمنأى عن الضمان العام<sup>1</sup>.

ب- انتقدت فكرة جواز التصرف في الذمة المالية بأنه أمر لا يمكن قبوله، لأنه ينطوي على خطورة كبيرة، فهو يسهل التلاعب من جانب الشخص الذي يتهرب من دائيته، بإنشاء ذمم مستقلة تكون في منأى عن مطالبتهم ويدخل فيها ما لديه أو ما يكتسبه من حقوق<sup>2</sup>، إلا أنه يجوز أن يكون للشخص ذمة مالية عامة أو أصلية لصيقة به ولا يجوز التنازل عنها، وذمم أخرى خاصة تتكون من أموال رصدت لتحقيق غرض معين يجوز التنازل عنها والتصرف فيها<sup>3</sup>.

ما يمكن استنتاجه من نظرة الفقه الغربي تجاه فكرة الذمة المالية هو إمكانية تعدد الذمم المالية للشخص الواحد، مع فارق لدى النظريتين، فالنظرية التقليدية تعتبر هذا التعدد استثناء على القاعدة العامة، بينما تعتمد النظرية الحديثة وتجعله أصلاً من أصولها لعدم ارتباط الذمة بالشخصية القانونية، بل بالغرض الذي أنشئت من أجله.

وينعكس هذا التعدد في الذمم على النظام المالي للزوجين من خلال امكانية وجود ذمة مالية مشتركة بين الزوجين مستقلة عن الذمتين الأصليتين، وهذه الذمة الجديدة هدفها تحقيق غرض معين يحدده القانون أو الزوجان، وهو ما يستلزم وجود عدة أنظمة مالية للزوجين.

### المطلب الثاني: النظام المالي للزوجين في الحضارات والشرائع القديمة

انصب اهتمام المجتمعات البشرية منذ أقدم العصور بالأسرة باعتبارها اللبنة الأساسية في تكوين المجتمع، لاسيما ما تعلق بعقد الزواج والآثار المترتبة عليه، فقد خصصت القوانين في

<sup>1</sup> منصور الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، ص 25

<sup>2</sup> فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، ص 58.

<sup>3</sup> علي حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق -، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992، ص 191.

الحضارات والشرائع القديمة جانباً هاماً منها لتنظيم عقد الزواج والقواعد التي تحكمه، بدءاً بالشروط الواجب توفرها لانعقاد الزواج، ومروراً بالآثار المترتبة عنه، وانتهاءً بالحلل رابطة الزواج.

وتعد الأحكام المالية المترتبة عن الزواج من أهم الموضوعات التي شكلت اهتماماً من قبل التشريعات في هذه الحضارات، وعرفت نماذج من العلاقات المالية بين الزوجين، وهو ما سأبينه في الفروع الآتية:

### الفرع الأول: النظام المالي للزوجين في الحضارات القديمة.

ويمكن تقسيمها إلى حضارات شرقية وحضارات غربية

#### البند الأول: النظام المالي للزوجين في الحضارات الشرقية.

أولاً: في بلاد الرافدين (العراق القديم).

عرفت حضارة بلاد الرافدين عدة مجموعات قانونية، إلا أن معظمها كان يعالج موضوعات جزئية ويضع حلولاً عملية، ولا يرتقي إلى درجة القاعدة القانونية المجردة، ومن أهم المدونات القانونية التي عرفت هذه البلاد في تلك الفترة قانون أوركاينا سنة (2355 ق م)، وقانون أورنمو (2050 ق م)، قانون عشتار (1934-1924 ق م)، ومدونة حمورابي (1750-1792 ق م).<sup>1</sup>

إلا أن هذه التشريعات لم يتم التوصل إليها بشكل مكتمل، مما صعب تتبع موقفها بشكل جلي حول النظام المالي السائد في العلاقات الزوجية، ويستثنى من ذلك شريعة حمورابي التي تعتبر أكمل وأنضج قانون مدون مكتشف لحد الآن، ولهذا ظل المحور الأساس لأي دراسة تاريخية قانونية لتلك الفترة<sup>2</sup>، والتي يمكن من خلالها الوقوف على النظام المالي للزوجين لهذه الحضارة.

<sup>1</sup> للمزيد راجع: ( مندر الفضل، تأريخ القانون، دار تاراس للطباعة والنشر، أربيل، العراق، ط2، 2005، ص 71-75، صاحب عبيد الفتلاوي، تأريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1998، ص 76-79.

<sup>2</sup> صاحب عبيد الفتلاوي، تأريخ القانون، ص 84.

إن أهم ما يتميز به نظام الزواج في شريعة حمورابي هو الشكلية، حيث اشترطت أن يكون الزواج مكتوباً في سند يتضمن اسم الزوجين، وينعقد برضا أولياء الزوجين (الأب والأم)<sup>1</sup>.

كما تميز النظام القانوني لبلاد الرافدين بنزعة فردية واضحة، فلم يكن يترتب على الزواج اختلاط الحقوق المالية للزوجين، فلكل زوج ذمة مالية مستقلة عن الآخر، حيث تظل أموال كل منهما مملوكة له، وله حرية التصرف فيها بكافة التصرفات، سواء كانت تلك الأموال مملوكة له قبل الزواج أو أثناءه<sup>2</sup>.

يرى مجموعة من الفقهاء أن النظام المالي السائد هو نظام المشاركة في الأموال، ويترتب على هذا النظام أن الزوجين مسؤولين بالتضامن عن الديون المترتبة أثناء الزواج، أما قبل الزواج فإن الزوج لا يسأل عن ديون زوجته، وكذلك الزوجة لا تسأل عن ديون زوجها<sup>3</sup>، وهو ما تؤكد نصوص شريعة حمورابي لاسيما المادة 151 منه<sup>4</sup>، التي عاجلت مسألة الديون المترتبة على أحد الزوجين قبل الزواج عندما تشير الزوجة في وثيقة الزواج أو وثيقة منفصلة عدم تحملها لديون زوجها، فإنه ليس لدائني زوجها التعرض لأموالها.

أما المادة 152 فقد نصت على مبدأ المسؤولية التضامنية فيما يخص أحكام الديون المترتبة بعد الزواج<sup>5</sup>.

وبالنسبة للالتزامات المالية بين الزوجين، والمترتبة عن عقد الزواج نجد:

<sup>1</sup> منذر الفضل، تأريخ القانون، ص 75.

<sup>2</sup> أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية- نظم القانون الخاص-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 123.

<sup>3</sup> عباس العبودي، شريعة حمورابي، الدار العلمية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 111.

<sup>4</sup> جاء في المادة 151 من شريعة حمورابي: "إذا كانت المرأة تقطن في بيت رجل وتعهدت له بعقد ووضعت له وثيقة بذلك أن أحد دائني رجلها لا ينال منها، فلا يستطيع دائنوه إذا حمل دينا معه قبل زواجه بمذه المرأة، كذلك لا يستطيع دائنوها إذا حملت هذه دينا معها إلى بيت زوجها أن ينالوا من الرجل (عبد الحكيم الذنون، التشريعات البابلية، دار علاء الدين، دمشق، ط1، 1992م، ص62).

<sup>5</sup> جاء في المادة 152: "... وإذا ترتب عليها دين بعد أن أتت المرأة إلى بيت الرجل فيكونان متضامنين عند التاجر" ( أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص 129.



**1- التيرها تو (المهر):** وهو عبارة عن هدية من الزوج إلى والد الزوجة في صورة مقدار من الفضة أو أموال أخرى كالمنقولات، وغالبا ما يكون مبلغاً ضئيلاً ورمزياً<sup>1</sup>، إلا أن إغفاله لا يؤثر على صحة العقد، وهذا يدل على أنه ليس ركناً من أركان العقد<sup>2</sup>، أما عن ملكية التيرها تو فهناك من يرى أنه يدفع لوالد الفتاة مقابل تزويجه لابنته وليس للفتاة أي منفعة فيه<sup>3</sup>، وهناك من يرى أنه ملك للزوجة، ويبقى كذلك حال حياتها، ثم يؤول بعد وفاتها لأولادها، فإن لم يكن لها أولاداً عادت ملكيته للزوج<sup>4</sup>.

**2- البييلو:** وهو عبارة عن هدايا تتمثل في أشياء منقولة يقدمها الخطيب لخطيبته، وفي حالة عدم انعقاد الزواج بسبب الخاطب فإنه يبقى حقاً مكتسباً للمخطوبة، وفي حالة عدم الانعقاد بسبب المخطوبة يلتزم والدها بإرجاع ضعف ما قبضته<sup>5</sup>.

**3- الشيركتو:** وهو مساهمة من والد الزوجة حسب وضعيته الاجتماعية، تتضمن منقولات وعقارات، وهو بمثابة مساعدة في حاجات الأسرة الجديدة، ويقوم مقام نصيب البنت من الميراث<sup>6</sup>، ولكنها لا تستطيع التصرف فيها، ويشرف الزوج على إدارتها، ويستخدم إرادتها لإشباع الاحتياجات المنزلية، وعند وفاة الزوجة يرث أولادها الشيركتو، فإن لم يكن لها أولاداً فإنه يؤول إلى أسرتها<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> دليلة فركوس، الوجيز في تاريخ النظم، دار الرغائب والنفائس، ط3، 1999، ص 56، قسم الدراسات والأبحاث، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية والقانون الروماني، دار مدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 57.

<sup>2</sup> فايز محمد حسين، طارق المجدوب، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 117، دليلة فركوس، الوجيز في تاريخ النظم، ص 56.

<sup>3</sup> رعد مقداد الحمداي، النظام المالي للزوجين، ص 22.

<sup>4</sup> عباس العبودي، شريعة حمورابي، ص 112.

<sup>5</sup> دليلة فركوس، الوجيز في تاريخ النظم، ص 56، عبد المجيد محمد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية (مع دراسات في فلسفة القانون)، دار الهدى للطبوعات، مصر، ص 181.

<sup>6</sup> المادة 183 من شريعة حمورابي، وكذلك المادتان 137-138، دليلة فركوس، الوجيز في تاريخ النظم، ص 55.

<sup>7</sup> عبد المجيد محمد الحفناوي، النظم الاجتماعية والقانونية، ص 181.

**4- النودوتو:** وهو هدية من الزوج لزوجته خلال حياتهما الزوجية، ويكون محل تحرير كتابي لإثبات حق الزوجة في هذه الأموال، يوضع لتأمين حياة الزوجة وأولادها في حالة وفاة زوجها<sup>1</sup>، وليس لها بيعه لأنه يعود بعد وفاتها أو زواجها للأولاد<sup>2</sup>.

#### ثانياً: في مصر الفرعونية

من الصعب الوقوف على كثير من التفاصيل المتعلقة بنظام الأسرة المتعلقة بحضارة مصر الفرعونية<sup>3</sup>، نظراً لشح المعلومات والمصادر القانونية، وقلة الوثائق الدالة على ذلك، مما جعل الوقوف على كثير من التفاصيل صعباً وغير متاح، وأهم ما عثر عليه من قوانين في هذه الفترة قانون بوخريس، بالإضافة إلى وثائق أحر تحوي على نصوص قانونية ترجع إلى الفترات الأخيرة من العصر الفرعوني.

وعلى الرغم من ذلك فقد تمكن العلماء من استخلاص بعض القواعد العامة مستندين على وثائق غير مباشرة مثل الوصايا وكتابات المؤرخين والنقوش والحفريات<sup>4</sup>، إلا أن ما توصلوا إليه أوجد تضارباً في الآراء، واختلافاً في التأويل فيما تعلق بالنظام المالي للزوجين، وظهرت ثلاث آراء تشرح النظام السائد آن ذاك، بينما يرى البعض أن هذه الآراء الثلاثة تصلح لتفسير العلاقات المالية

<sup>1</sup> عباس العبودي، شريعة حمورابي، ص 103.

<sup>2</sup> دليلة فركوس، الوجيز في تاريخ النظم، ص 55، عبد المجيد محمد الحفناوي، النظم الاجتماعية والقانونية، ص 181، وكذلك المادة 171 من شريعة حمورابي

<sup>3</sup> تبدأ فترة الحكم الفرعوني منذ حكم الملك الفرعوني مينا نحو 2300 ق.م، وينتهي باحتلال الإسكندر المقدوني لمصر سنة 332 ق م، وقُسم العصر الفرعوني إلى فترات، وكل فترة اقترنت باسم أسرة حاكمة لمصر، ضمت مجموعة من الملوك، وبلغ عدد هذه الأسر حوالي 30 أسرة (راجع: منذر الفضل، تأريخ القانون، ص 89).

<sup>4</sup> فايز محمد حسين، طارق المجدوب، تاريخ النظم القانونية، ص 57.

للزوجين<sup>1</sup>، إلا أن كل رأي من هذه الآراء يشكل مرحلة من المراحل التي مرت بها العلاقات المالية للزوجين<sup>2</sup>.

لقد تميز النظام القانوني بنزعة فردية واضحة، ولم يكن يترتب على الزواج اختلاط الحقوق المالية للزوجين، فلكل زوج ذمة مالية مستقلة عن الآخر، ولكل منهما حرية التصرف في أمواله دون الرجوع إلى الطرف الآخر، سواء كان هذه الأموال مملوكة قبل الزواج أو أثناء قيام الرابطة الزوجية<sup>3</sup>.

إلا أنه ابتداءً من عصر الدولة الحديثة، لم يعد هناك انفصال تام في الحقوق المالية للزوجين، وكان النظام المالي للزوجين يتم الاتفاق عليه في شكل اتفاق مكتوب يبرم بينهما، وغالبا ما يحدد هذا الاتفاق حصر الأموال المملوكة لهما وقت إبرام الزواج، ويميل الفقه إلى أن هذا الأموال تأخذ طابع الملكية المشتركة بنسبة الثلثين للزوج والثلث للزوجة<sup>4</sup>.

وكانت الأموال المشتركة توضع تحت إدارة الزوج باعتبار رب الأسرة، إلا أنه لا يستطيع التصرف فيها إلا بمشاركة الزوجة له<sup>5</sup>، وإذا انحل الزواج قسمت الأموال المشتركة بنسبة الثلثين للزوج والثلث للزوجة، أما إذا انحل بوفاة أحدهما تقسم الأموال بين الزوج الذي على قيد الحياة والورثة بالنسبة نفسها<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، ص 26، بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة، ص 18، عبد المجيد محمد الحفناوي، النظم الاجتماعية والقانونية، ص 184.

<sup>2</sup> فايز محمد حسين، طارق المجدوب، تاريخ النظم القانونية، ص 62، أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص 121.

<sup>3</sup> أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص 121.

<sup>4</sup> فايز محمد حسين، طارق المجدوب، تاريخ النظم القانونية، ص 63.

<sup>5</sup> عبد المجيد محمد الحفناوي، النظم الاجتماعية والقانونية، ص 183.

<sup>6</sup> رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، ص 27.

## البند الثاني: النظام المالي للزوجين في الحضارات الغربية

### أولاً: في الحضارة اليونانية

مما ذكر بشأن الإمبراطورية اليونانية أنها "اشتهرت بوجود مدينتين كبيرتين هما أسبارتا وأثينا، وقد كان وضع المرأة اليونانية مختلفاً بين المدينتين، فكان وضع المرأة في أسبارتا يتميز بتمتعها بأهلية تحول لها حق التملك والتصرف، ولها حق الاستفادة من الميراث، فآل لهن نصف الأملاك الثابتة بالمدينة بفضل ما كان لهن من سيطرة على الرجال"<sup>1</sup>، وتفسير ذلك متعلق بوضع المدينة الحربي فكان الرجال منشغلين بالحرب دائماً، ويتركون التصرف في حال غيبتهم للنساء، ومن هذا كانت المرأة في أسبارتا أكثر خروجاً للشارع وأوسع حرفة، وكان الفلاسفة يعيرون على هذه المدينة في ذلك.<sup>2</sup>

أما في أثينا فإن الوضع مختلف تماماً، فلم يكن للمرأة الوضع نفسه الذي في أسبارتا، ولم يكن لها أهلية التصرف، والأمر متروك لأبيها أو زوجها أو ابنتها إن كانت أرملة بإبرام التصرفات والعقود، وإذا تزوجت فإن البائنة التي تأخذها من أبيها يتصرف فيها زوجها، وليس لها إلا ملكية الرقبة التي تعود لها إذا انحلت الرابطة الزوجية<sup>3</sup>، كما أن المرأة الأثينية ممنوعة من الميراث سواء من أبيها أو من زوجها<sup>4</sup>، وأبقوها طيلة حياتها خاضعة لسلطة الرجل في أمر زواجها، وفي إدارة أموالها، وفي أوج الحضارة اليونانية تبدل وضع المرأة فخالطت الرجال في الأندية والمجتمعات، وانتشرت الفاحشة، وكان ذلك أحد أسباب انهيار الحضارة اليونانية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ول ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة محمد بدران، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ط2، 1965م، 159/6.

<sup>2</sup> ومن ذلك ما ذهب إليه أرسطو من انتقاده لهذه الحرية، ويعزو سقوط أسبارتا إلى أنها كانت بسبب هذه الحرية (راجع: مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار المكتب الإسلامي، بيروت، ط6، 1404هـ/1984م، ص114).

أما الأثينيون فيعيرون الإسبارطيين ويقولون لهم إن حكومتهم حكومة نساء (ول ديورانت، قصة الحضارة، 159/6).

<sup>3</sup> دليلة فركوس، الوجيز في تاريخ النظم، ص142.

<sup>4</sup> ول ديورانت، قصة الحضارة، 118/7.

<sup>5</sup> مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ص13-14، فايز محمد حسين، طارق المجدوب، تاريخ النظم القانونية،

## ثانياً: في الحضارة الرومانية

أهم ما يميز نظام الأسرة في الحضارة الرومانية خضوعها لنظام السلطة الأبوية، باعتباره امتياز يعطي لرب الأسرة، تكون له من خلاله سلطة مطلقة دائمة ما دام رب الأسرة حياً، وكانت هذه السلطة تمتد لتشمل أبناء الأسرة ونسائهم وفروعهم، ومن حيث الأموال كانت جميع الأموال ملكاً للأب، وتصرفاته عليها مطلقة<sup>1</sup>، وكان القانون الروماني يعامل المرأة معاملة سيئة، خاصة في العصر الجمهوري<sup>2</sup>، ولا يُعترف لها بالشخصية القانونية المحصورة في القليل من الأشخاص وهم رؤساء الأسر الرومانية، ثم تطور الأمر وأُعطي لها الشخصية القانونية<sup>3</sup>.

أما نظام الزواج عند الرومان فإن المركز القانوني والمالي للزوجة يختلف باختلاف نمط الزواج المعروف عند الرومان وهو الذي انحصر في نوعين هما:

**1/ زواج مع السيادة:** وهو زواج تخضع فيه الزوجة لسلطة زوجها، وتصبح في عداد الأشخاص الخاضعين له كالأولاد، وتكون أموالها جزءاً من أمواله، وتدوب شخصيتها في شخصيته، لذلك كان النظام المالي السائد هو نظام اندماج الأموال، أي اندماج أموالها مع أموال رب الأسرة الذي يملك السلطة الأبوية.

**2/ زواج بدون سيادة:** ظهر هذا النوع مع بداية العصر العلمي، وفيه لا تخضع الزوجة لسلطة زوجها كالسابق وتكون مالكة لأموالها<sup>4</sup>، مما يعني أن النظام المالي السائد هو نظام انفصال الأموال.

<sup>1</sup> علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2002، ص281، آدم وهيب النداوي، هاشم حافظ، تاريخ القانون، دار العاتك، القاهرة، ص 141، منذر الفضل، تأريخ القانون، ص120.  
<sup>2</sup> عرفت هذه الفترة عزل النساء عن الرجال واكتفائهن بممارسة دورهن في المنزل بعيداً عن عيون الرجال، (راجع: سهيل حسين الفتلاوي، تأريخ القانون، مكتبة الذاكرة، الأردن، ص 199).  
<sup>3</sup> منذر الفضل، تأريخ القانون، ص 119.  
<sup>4</sup> صاحب عبيد الفتلاوي، تأريخ القانون، ص 156، آدم وهيب النداوي، هاشم حافظ، تاريخ القانون، ص 137، رعد مقداد الحمداي، النظام المالي للزوجين، ص 32، علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، ص 282.

كان الزواج عند الرومان يتم بإرادة والدي الزوجين إذا كان كل واحد منهما ربا لأسرته، فإن لم يكونا كذلك فإرادة ربي أسرتهما، ثم تبدل الأمر فيما بعد وأصبحت إرادة الزوجين مطلوبة إلى جانب إرادة ربي أسرتهما.

أما ما تعلق بالأهلية فقد نصت قوانين الألواح على اعتبار الأنوثة سبباً من أسباب انعدام الأهلية، بالإضافة إلى السن والحالة العقلية، وكان الفقهاء الرومان القدامى يعللون الحجر على النساء بقولهم: "لطيش عقولهن"، ونص قانون جوستينيان على نفس الحكم، إلا أن الوضع تغير بعد ذلك وزالت الوصاية على المرأة، وأصبح لها الأهلية الكاملة ببلوغ سن الخامسة والعشرين<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: النظام المالي للزوجين في الشرائع السماوية

### البند الأول: في الشريعة اليهودية

ينظر اليهود للمرأة نظرة دونية ويحملونها وزر خروج آدم من الجنة فهي التي أغوته، وجاء في التوراة: "المرأة أمرٌ من الموت والصالح أمام الله ينجو منها، رجلاً واحداً بين ألف وحدث، أما المرأة بين كل أولئك لم أجد"، وهي عند بعض الطوائف من اليهود في مرتبة الخادم، ولأبيها الحق في بيعها، وما كانت ترث إلا إذا لم يكن لأبيها ذرية من البنين<sup>2</sup>.

كما أن المرأة المتروجة في الشريعة اليهودية، لا تتمتع بالأهلية الكاملة، وليس في وسعها إبرام التصرفات القانونية إلا بإذن زوجها، الذي يستطيع أن يبطل تصرفاتها ويجردها من كل أثر قانوني، ولا تعود لها شخصيتها القانونية إلا بانحلال الزواج بموت أو طلاق<sup>3</sup>، فجاء في المادة الخامسة

<sup>1</sup> مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ص 17، محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ص 131.

<sup>2</sup> مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ص 19.

<sup>3</sup> أحمد إبراهيم حسن، النظم القانونية والاجتماعية، ص 127، صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 485.

والستون بعد المئة من التلمود أنه ليس للنساء المتزوجات أهلية التعاقد والتصرف<sup>1</sup>، وجميع أموالها التي دخلت بها على ذمة الزوجية وما اكتسبته من سعي أو عمل، وما أهدي إليها في عرسها يصبح تحت تصرف الزوج، وكذلك الأمر فيما تعلق براتب الزوجة أو ربح تجارتها، أو إيجار ممتلكاتها إلا ما فرض لها من مهر<sup>2</sup>.

والمهر في الشريعة اليهودية أحد الأركان الأساسية لصحة الزواج<sup>3</sup>، يقوم الخاطب أو أقاربه بدفعه إلى الزوجة وهو عادة يدفع وقت الخطبة، وإذا عدل الخاطب عن إتمام الزواج فقد ما دفعه من مهر، أما إذا عدلت الخطوبة فعليها أن تدفع له مثلي المهر<sup>4</sup>.

وحين لوحظ تبذير الأزواج لمال زوجاتهم وعبثهم به، تم إصدار تشريع يقضي بوقف مال الزوجة على ذمة الزوجية، وهو إجراء لا يحرم الزوج من الانتفاع بالأموال وأعطى للزوجة رهن تأمين ممتاز على أموال زوجها، وكذا مساءلة زوجها عند حصول تلف لأموالها لتقصيره<sup>5</sup>.

كما أن شريعة اليهود قررت عدم توريث الزوجة، فالرجل يرث زوجته ولكنها لا ترثه<sup>6</sup>.

### البند الثاني: في الشريعة المسيحية

المسيحية في معظم أحكامها تهتم بالجانب الروحي فقط، وليس فيها ما تعلق بالمعاملات، لذلك استعارت الكثير من الأحكام من التوراة، فاستمرت بذلك النظرة الدونية للمرأة وفق نظرية

<sup>1</sup> ذكر في المادة السالفة الذكر من جزء بيا موت من التلمود (راجع: محمد حافظ صبري، المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والحدود في شرع اليهود ونظائرها من الشريعة الغراء من القانون المصري والقوانين الوضعية الأخرى، مطبعة هندية، مصر، ط1، 1902م، ص 135.

<sup>2</sup> محمد عبد السميع شعلان، نظام الأسرة بين المسيحية والإسلام، دار العلوم للطباعة والنشر، ط1، 1983، 321/1. صوفي حسين أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص 485، محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، ص 296.

<sup>3</sup> تيسير أحمد عبل الركابي، الأموال في الأديان السماوية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه منشورة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2014م، ص 427.

<sup>4</sup> صوفي حسين أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ص 485.

<sup>5</sup> محمد حافظ صبري، المقارنات والمقابلات، ص 401، محمد عبد السميع شعلان، نظام الأسرة بين المسيحية والإسلام، 321/1.

<sup>6</sup> محمد عبد السميع شعلان، نظام الأسرة بين المسيحية والإسلام، 321/1.

الخطيئة، وسبب الغواية<sup>1</sup>، لذلك لم تكن نظرة رجال المسيحية إلى المرأة أفضل حالاً مما هو عليه في الشريعة اليهودية، ونظروا إلى المرأة على أنها مدخل الشيطان ومصدر انتشار الفواحش والمنكرات، فقررروا أن الزواج دنس يجب الابتعاد عنه، وأن العزوبة أفضل من الزواج وكان يلجأ للزواج خشية الوقوع في الزنا<sup>2</sup>.

وعن الواجبات المالية الزوجية، فتتص المادة 411 من القواعد الخاصة بالطوائف الكاثوليكية على أن نفقة الزوجة تجب على الزوج وإن كانت غنية لاحتباسها في مصلحته<sup>3</sup>.

أما عن الملكية فإن الشريعة النصرانية نصت على أن الشركة في الزواج لا تعني الشركة في الأموال بل تظل أموال كل منهما مملوكة له، وهذا ما نصت عليه المادة 46 من مجموعة أقباط الأرثوذكس<sup>4</sup>، مما يعني تطبيق مبدأ الاستقلال المالي بين الزوجين، وهو يقترب مما هو عليه في الشريعة الإسلامية، مما جعل من الباحثين من يرجح فكرة تأثر نصارى المشرق بالمسلمين بعد الاحتكاك بهم، فاستقوا بعض الأحكام من المسلمين<sup>5</sup>.

كما عرّف المسيحيون نظام الدوطة أو البائنة، وهو ما تقدمه الزوجة لزوجها من أموال، ويكون للزوج وحده الحق في إدارة هذه الأموال واستغلالها ما دامت العلاقة الزوجية قائمة<sup>6</sup>، أما المهر الذي يدفعه الزوج فليس ركناً في الزواج إذ يصح الزواج دون مهر<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> المرجع السابق، 183/1.

<sup>2</sup> لم تكن هذه تعاليم المسيح عليه السلام، التي تدعو إلى الزهد ومقاومة الشهوات والتغلب على رغبات الجسد، وإنما هذه دعوات بولس الذي لم يرى المسيح ولم يسمع منه، وكان له أثر كبير في الفكر المسيحي خاصة فيما تعلق بالزواج والرهبنة (راجع: محمد عبد السميع شعلان، نظام الأسرة بين المسيحية والإسلام، 170/1).

<sup>3</sup> صابر أحمد طه، نظام الأسرة في اليهودية والمسيحية والإسلام، ص 58.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 58.

<sup>5</sup> بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة، ص 23.

<sup>6</sup> تيسير أحمد عبل الركابي، الأموال في الأديان السماوية والقوانين الوضعية، ص 435.

<sup>7</sup> المادة 74 من قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين (فاطمة الزهراء غباب، علمي عبد العظيم حسن، تشريعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، ط 4، 2006م، ص 216).



استمر وضع المرأة سيئاً بعد قيام الثورة الفرنسية التي أعلنت تحرر الإنسان من العبودية والمهانة، إلا أن ذلك لم يشمل المرأة، ومن ذلك أنه نص على عدم أهلية المرأة غير المتزوجة<sup>1</sup>، أما النظام المالي للزوجين في فرنسا، فمر بمراحل متعددة، انتهى في سنة 1942 إلى إقرار الشراكة المالية بين الزوجين، إلا أن هيمنة الزوج على الأموال المشتركة كانت واضحة، من خلال حقه بالتصرف فيها وحده دون الزوجة<sup>2</sup>، ولم يعترف للزوجة بالمشاركة في التصرف في هذه الأموال إلا وفق تعديل 1985، وأصبحت الزوجة بموجبه على قدم المساواة مع زوجها في إدارة الأموال<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ص 21.

<sup>2</sup> حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين ص 108، خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، رسالة دكتوراه منشورة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1430هـ/2010م، ص 66.

<sup>3</sup> محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، ص 158.

جامعة الأمير  
الفصل الأول: مبدأ الانفصال المالي بين الزوجين  
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الدار للعلوم الإسلامية

## الفصل الأول: مبدأ الانفصال المالي بين الزوجين في الفقه الإسلامي

### والقانون الوضعي

إذا أردنا إسقاط مفهوم النظام المالي للزوجين على العلاقات المالية للزوجين في الفقه الإسلامي، فإن أول ما نلاحظه هو غياب مصطلح النظام المالي للزوجين لدرجة أن ساد الاعتقاد لدى بعض شراح القانون الغربيين عدم وجود نظام مالي للزوجين في الفقه الإسلامي<sup>1</sup>، وهو حكم يفتقر إلى دراسة معمقة لهذه العلاقات من جهة، و تشبيها بنظام الانفصال المالي باعتباره أحد الأنظمة المعمول بها في النظم الغربية من جهة أخرى، مع وجود فارق متعلق بالالتزامات والأعباء الأسرية حيث نجدها تقوم على الاشتراك في النظم الغربية، أما في الفقه الإسلامي فيتحملة الزوج لوحده.

ويتجسد قوام النظام المالي للزوجين في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية التي تسير في ركابه -نخص بالذكر هنا ما عليه الحال في الجزائر وتونس وكذلك المغرب نماذج في هذه الدراسة-، من خلال بيان الالتزامات المالية للزوجين، والقواعد التي تحكم أموال الزوجين القائمة على الانفصال وعدم التعاون أو المشاركة بينهما، وهو ما سأتناوله في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مبدأ إلقاء الالتزامات المالية للزوج على عاتق الزوج

المبحث الثاني: الاستقلال من حيث القواعد التي تحكم أموال الزوجين

1 هجيرة دنوبي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر، المجلد 32، ع1-2، 1994، ص166.

## المبحث الأول: مبدأ إلقاء الالتزامات المالية للزوج على عاتق الزوج

تتميز الالتزامات المالية المترتبة عن عقد الزواج في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية التي تطبق فلسفة التشريع الإسلامي، بوجود استقلال بين الزوجين وعدم وجود تعاون أو شراكة قائمة بينهما في تحمل الالتزامات وتقاسم هذه الأعباء، والعلاقات المالية للزوجين وفق هذا المنظور لا تقوم على مبدأ المشاركة والمساهمة في تحمل التبعات المالية للحياة الزوجية كما هو الشأن في النظم الغربية، لذلك فإن هذا المبدأ يجسد لنا استقلالية بين الزوجين من حيث المساهمة في الأعباء المالية للزوج.

هذه الأعباء هي في الحقيقة عبارة عن التزامات ملقاة على عاتق شخص واحد وهو الزوج، مع إعفاء الزوجة من المساهمة فيها، بل والأكثر من ذلك فإن هذه الالتزامات تمثل حقوقاً مباشرة تستفيد منها الزوجة، وتتمثل أساساً في حقوق مالية ناشئة بمناسبة قيام الرابطة الزوجية أو مترتبة كأثر عنها أو بمناسبة انتهائها، لذلك سأعرض لهذه الحقوق في الفروع الآتية بهدف نفي علاقة الاشتراك بين الزوجين في تحمل هذه الأعباء:

المطلب الأول: الالتزام المالي باعتباره شرطاً في عقد الزواج

المطلب الثاني: الالتزام المالي المترتب على عقد الزواج

المطلب الثالث: الالتزام المالي المترتب على انتهاء عقد الزواج

## المطلب الأول: الالتزام المالي باعتباره شرطاً في عقد الزواج (المهر)

على الرغم من أنني أرحح الرأي الفقهي القائم على اعتبار المهر حكم من أحكام عقد الزواج وأثر من آثاره كما سنرى لاحقاً<sup>1</sup>، إلا أنني آثرت أن ألتزم بالتكييف الذي اختارته القوانين المغاربية تأسيساً برأي فقهاء المالكية حيث يعتبر المهر شرطاً في عقد الزواج.

وفي هذا المطلب استعرض مفهوم المهر، تحديد قيمته، مؤكداته، والاختلاف حوله.

### الفرع الأول: مفهوم المهر

وأتناول فيه تعريف المهر ومشروعيته وتكليفه

### البند الأول: تعريف المهر

#### أولاً: المهر لغة.

هو مهر وجمعه مهور، وهو الصداق، ويقال مهر المرأة يمهرها مهراً، فهي مهور، أي أعطائها مهراً، والمهارة هي الخدق في الشيء، والماهر هو الخاذق بكل عمل، والمهيرة الحرة، والمهائر الحرائر، والمهر بضم الميم ولد الفرس<sup>2</sup>.

#### ثانياً: المهر اصطلاحاً.

تعددت تعاريف الفقهاء للمهر، وإن كانت كلها تصب في معنى واحد، مفاده أن المهر هو ذلك العوض المالي الذي يعطيه الزوج لزوجته، عند قيام عقد النكاح في مقابل الاستمتاع، ومن بين هذه التعاريف نجد:

عرفه الحنفية بأنه: "المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج، في مقابلة منافع البضع، إما بالتسمية وإما بالعقد"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> راجع البند الثالث من هذا المطلب، ص34.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، 6/ 4286.

<sup>3</sup> البابري(محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد البابري)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، د ط، دت، 204/3.

وعرفه المالكية بأنه: "ما يعطى للزوجة في مقابل الاستمتاع بها"<sup>1</sup>.

وعرفه الشافعية بأنه: "العوض المستحق في النكاح"<sup>2</sup>، وهو التعريف نفسه المتداول عند فقهاء الحنابلة<sup>3</sup>.

ومن المعاصرين من عرفه بـ: "الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته، بالعقد عليها أو الدخول بها"<sup>4</sup>.

وعرفه آخر بـ: "كل متمول أوجبه الشارع على الزوج، وجعله حقاً للزوجة في مقابل الاستمتاع بها، في النكاح الصحيح والوطء بشبهة وفي النكاح الفاسد"<sup>5</sup>.

أما التعريف القانوني للمهر، فما يُلاحظ عليه هو تأثره بالنظرة الفقهية الحديثة في تعريف المهر من خلال الحرص على الترفع به عن معاني المعاوضة والبيع والشراء ومقابل الاستمتاع، وجعله مجرد بذل وعطاء وهبة من جانب الرجل للمرأة تأكيداً لرغبته الصادقة في الارتباط بها، وهي المعاني التي نلمسها في المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري<sup>6</sup> التي جاء فيها: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة، من نقود وغيرها، من كل ما هو مباح شرعاً".

ولا يختلف الأمر كثيراً، عما ذهب إليه المشرع المغربي، من خلال المادة 26 من مدونة الأسرة<sup>7</sup> التي جاء فيها: "الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته، إشعاراً بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء

<sup>1</sup> الدردير (أحمد الدردير)، الشرح الكبير وبهامشه حاشية الدسوقي، دار الفكر، دت، دط، 293/2.

<sup>2</sup> الماوردي (بو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي، الشهير بالماوردي)، الحاوي الكبير، تح: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ / 1999م، 9 / 393.

<sup>3</sup> البهوتي (منصور بن يونس البهوتي)، شرح منتهى الإرادات، دار عالم الكتب، ط1، 1414 هـ / 1993م، 3 / 05.

<sup>4</sup> أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، ط2، 1982م، ص195.

<sup>5</sup> محمد محده، سلسلة فقه الأسرة - الخطبة والزواج -، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ط2، 1994م، ص25.

<sup>6</sup> قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في: 09 / 06 / 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج ر، ع 24.

<sup>7</sup> قانون رقم 03. 70 بمثابة مدونة الأسرة المعدل والمتمم، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى ظهير شريف رقم 1.04.22 بتاريخ:

03 فبراير 2004، ج ر، ع 5184، صادرة بتاريخ: 05 فبراير 2004.

أسرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية".

### البند الثاني: مشروعية المهر

المهر واجب على الزوج وقد دل ذلك ما ورد من الكتاب والسنة والإجماع

أولاً: من الكتاب

مما يدل على وجوب المهر في القرآن الكريم

1/ قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: 4]، أي عطية من الله،

وهو خطاب موجه للأزواج لأنهم كانوا يتزوجون بلا مهر، وقيل أنه خطاب موجه للأولياء لأنهم كانوا يأخذون مهر المرأة ولا يعطونها شيئاً<sup>1</sup>، وأياً كان توجيه الخطاب فإن المستفاد من الآية المذكورة يفيد وجوب إعطاء المهر للزوجة، وحقها في تملكه.

2/ قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء:

24]، ومعنى أجورهن أي مهورهن، فدل ذلك على وجوب المهر<sup>2</sup> كما في الآية السابقة.

<sup>1</sup> القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي)، الجامع لأحكام القرآن، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ/1964م، 23/5، ابن العربي (محمد عبد الله أبي بكر بن العربي) أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ-2003م، 431/1.

<sup>2</sup> القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 23/5.

### ثانياً: من السنة

دلت أحاديث كثيرة من السنة النبوية الشريفة على وجوب المهر منها: قوله صلى الله عليه وسلم لرجل يريد الزواج " إلتمس ولو خاتماً من حديد"<sup>1</sup>، فلو كان المهر غير واجب لما أمره عليه الصلاة والسلام بالتماس شيء.

### ثالثاً: من الإجماع

انعقد إجماع المسلمين على وجوب مهر الزوجة على زوجها، من زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبعده، وهو وجوب لا يستلزم تسميته عند العقد، فيصح النكاح وإن لم يسم ولا خلاف في ذلك بين العلماء<sup>2</sup>.

### البند الثالث: تكييف المهر

اختلف الفقهاء في تكييف المهر، فمنهم من حمله على أنه ركن في عقد النكاح أو شرط من شروطه، ومنهم من قال إنه أثر من الآثار المترتبة عنه.

<sup>1</sup> البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب السلطان ولي، رقم 5135، 17/7، مسلم (مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري)، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن، رقم 1425، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت، 1046/2، واللفظ للبخاري.

<sup>2</sup> ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ/ 2004 م، 51/3.



### أولاً: الرأي القائل بأن المهر شرط في العقد

جاء في كتب بعض فقهاء المالكية<sup>1</sup> أن المهر ركن من أركان العقد، فهذا الإمام الدسوقي<sup>2</sup> يقول: "ومعنى كونه ركناً أنه لا يصح اشتراط إسقاطه، لا أنه يشترط تسميته عند العقد، فلا يرد أنه يصح نكاح التفويض ولم تقع فيه التسمية"<sup>3</sup>، ورأي فقهاء آخرون أنه من شروط الصحة، وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه<sup>4</sup>، لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: 4]، وقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 25]، فالزوج لا يستبيح الفرج إلا بصداق، وهو نحلة من الله تعالى فرضها للزوجات على أزواجهن<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الدسوقي (محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د ط، دت 294/2، الصاوي (أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، دت، دط، 428/2.

<sup>2</sup> الدسوقي: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، ولد بدسوق بمصر، تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة، وكان من المدرسين في الأزهر، له كتب منها: الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك، و حاشية على مغني اللبيب وحاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل (راجع: ابن مخلوف، شجرة النور الزكية، 520/1).

<sup>3</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 294/2.

<sup>4</sup> ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 45/3، العدوي (أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دط، 1414 هـ / 1994 م، 39/2، الآبي (صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري)، النمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية - بيروت، دط، دت، ص 437.

<sup>5</sup> ابن رشد الجد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المعروف بابن رشد الجد)، المقدمات والممهدات، تح: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1408 هـ / 1988 م، 468/1.

## ثانياً: الرأي القائل بان المهر أثر مترتب على العقد

وهو مذهب الجمهور<sup>1</sup> الذي يرى نفي ركنية المهر أو شرطيته في العقد، بل هو حكم من أحكامه وأثر من أثاره اعتماداً على صحة عقد الزواج دون تحديد المهر لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: 236].

فدلت الآية على صحة الطلاق قبل الدخول ودون تسمية المهر، ولا طلاق إلا إذا كان النكاح صحيحاً، لذلك فإن عدم ذكر المهر لا يمنع صحة النكاح<sup>2</sup>، هذا بالإضافة إلى الأحاديث النبوية والآثار الواردة عن الصحابة التي تدل على صحة العقد دون ذكر المهر.

ويكون الخلاف بين الجمهور وفقهاء المالكية واضحاً فيما لو اتفق الزوجان على إسقاط المهر، فإن العقد يصح عند الجمهور مع الحكم بمهر المثل، ولا يصح عند المالكية فيحكم بفسخه قبل العقد، ويثبت بمهر المثل إذا تم الدخول، أما إذا انعقد دون ذكرٍ للمهر فإن العقد صحيح عند كلا الفريقين.

والذي يتبين لي هو سلامة رأي الجمهور لأن غياب الركن أو الشرط في العقد يؤدي إلى فساده مطلقاً، وهو غير متوفر في نكاح التفويض وقد دل على ذلك ما جاء في الآية الكريمة السابق ذكرها، أما الاتفاق على إسقاط المهر يدخل في باب الشروط المناقضة للعقد ومقتضاه، فيكون حكمه فساد الشرط مع بقاء العقد صحيحاً.

أما عن رأي القانون في ذلك فقد حكم قانون الأسرة الجزائري بأن المهر شرط لصحة العقد فعده ضمن شروط العقد التي ذكرتها المادة 09 منه اقتداء برأي فقهاء المالكية، وقرر أن اتفاق

<sup>1</sup> ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د ت، 152/3، الزيلعي(عثمان بن علي بن محسن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشبلي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط1، 1313 هـ، 136/2، الشافعي(أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس)، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ/1990م، 171/5، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 5/3.

<sup>2</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 152/3، الشافعي، الأم، 171/5، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 5/3.

الزوجين على إسقاطه يؤدي إلى فسخ العقد قبل الدخول، وتثبيته بمهر المثل إذا تم الدخول، حسب المادة 33 في فقرتها الثانية<sup>1</sup>.

وفي الاتجاه نفسه سار المشرع المغربي إلا أنه كان أكثر وضوحاً من المشرع الجزائري، حيث ذكر في المادة 13 من المدونة شروط عقد الزواج والتي من بينها عدم الاتفاق على إسقاط الصداق، فإذا حدث وأن اتفق الزوجان على إسقاط الصداق حكم بفساد العقد قبل البناء، وتصحيحه بعده بمهر المثل حسب ما جاء في المادة 60 من المدونة، أما المشرع التونسي فقد عبر عن شرطية المهر في الفصل الثالث من المجلة<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: تحديد قيمة المهر

يتم تحديد قيمة المهر الذي يدفعه الزوج لزوجته، إما بناءً على تراضٍ واتفاقٍ بينهما، أو بالاحتكام إلى مهر مثيلاتها، حسب الأحوال والشروط التي تدعو لذلك:

### البند الأول: تحديد المهر بالاتفاق (المهر المسمى)

#### أولاً: المقصود بالمهر المسمى

المهر المسمى في العقد هو ما وقع فيه التراضي، سواء كان التراضي بين الزوج والزوجة، أو بين الزوج وولي الزوجة، متى كانت التسمية صحيحة، وروعي فيها الشروط المعتبرة في المهر.

<sup>1</sup> جاء في المادة 2/33: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

والمقصود بالصداق هنا هو الصداق الذي يتم الاتفاق بين الطرفين على إسقاطه لأن مجرد السكوت عن ذكر الصداق لا يؤدي إلى فسخ العقد وقد ذكره المشرع في المادة 15 من هذا القانون.

<sup>2</sup> الفصل 2/03 من الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي التونسي، ع66، بتاريخ 1956/07/17: "ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة"

ويعد من المسمى في العقد ما يقدمه الزوج عرفاً لزوجته قبل الزفاف أو بعده كتياب أو هدية الدخول أو بعده لأن المعروف عرفاً بين الناس كالمشروط في العقد لفظاً، ويجب إلحاقه بالعقد، ويلزم الزوج به إلا إذا شرط نفيه وقت العقد<sup>1</sup>.

وتصح الزيادة في المهر بعد التسمية، إذا كان الزوج من أهل التبرع، وقبلتها الزوجة، أو قبلها وليها إذا كانت غير رشيدة، وأن تكون الزيادة معلومة غير مجهولة وأن تكون حال قيام الزوجية<sup>2</sup>، وإذا استوفت الزيادة الشروط المذكورة كانت هذه الزيادة صحيحة لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ

عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٢٤﴾

[النساء: 24]

وإذا حصلت الزيادة للزوجة المطالبة بما كما تطالب بأصل المهر، ويتأكد وجوبها بوجوب المسمى، وهي الدخول الحقيقي، والموت، والخلوة الصحيحة عند القائلين بما كما سيأتي بيانه<sup>3</sup>. ومن الناحية القانونية إن المهر المسمى هو الذي يتم تحديده عند العقد، وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 1/15: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً..."، ونظمه المشرع المغربي في المادة 1/27 التي جاء فيها: "يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض...".

أما المشرع التونسي فلم يتكلم على تسمية المهر، واكتفى بتحديد ما يصلح أن يكون مهراً للزوجة عند التسمية حسب الفصل الثاني عشر من المجلة.

### ثانياً: شروط التسمية

حتى تكون التسمية صحيحة يجب توفر عدة شروط وهي تدور في مجملها حول ما يأتي:

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 266/7.

<sup>2</sup> ابن عابدين (محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي)، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ / 1992م، 112/3.

<sup>3</sup> راجع الفرع الثاني من هذا المطلب، ص48 وما بعدها.

1/ أن يكون مالاً مقوماً: يجب أن يكون ذا قيمة مالية، فلا يصح أن يكون المهر شيئاً

تافهاً لا قيمة له كحبة البر وقطرة الماء والحصاة.

وقد ناقش الفقهاء حدود القيمة المالية للمهر، فقال فقهاء الحنفية<sup>1</sup> لا يجب أن يقل عن عشرة دراهم، وقال المالكية<sup>2</sup> أقل المهر هو ربع دينار، أو ثلاثة دراهم، أو ما يساويها، وتحديد أقل المهر عند الحنفية والمالكية مبني على قياسه بنصاب حد السرقة، وما نقص عن ذلك فهو مال تافه لا يصلح لتطبيق حد السرقة، كما لا يصلح أن يكون مهراً.

وقال الشافعية والحنابلة<sup>3</sup> لا حد لأقل المهر، فيصح المهر سواء كان مالاً قليلاً أو كثيراً، وكل ما صح كونه مبيعاً أو له قيمة صح أن يكون صداقاً، فإن عُقد الزواج بما لا يُتمول به كالنواة والحصاة فسدت التسمية، ووجب مهر المثل، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ

لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ [النساء: 24]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "التمس ولو خاتماً من حديد"<sup>4</sup>، وهو ظاهر ما أخذ به المشرع الجزائري إذ جاء في المادة 14 من قانون الأسرة: "الصداق هو ما يدفع نحلة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً..." وفي الاتجاه نفسه سار المشرع التونسي حسب الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية: "كل ما كان مباحاً مقوماً بالمال يصلح تسميته مهراً"، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع المغربي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> السرخسي (محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دط، 1414هـ/1993م، 65/5.

<sup>2</sup> ابن عبد البر (أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي)، الكافي في فقه أهل المدينة، تح: محمد محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ/1980م، 552/2، القاضي عبد الوهاب (أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي)، التلقين في الفقه المالكي، تح: محمد بوخيزة، دار الكتب العلمية، القاهرة، ط1، 1425هـ/2004م، 115/1.

<sup>3</sup> الشافعي، الأم، 235/7، ابن قدامة (أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن الشهرير بابن قدامة المقدسي)، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ/1994م، 57/3.

<sup>4</sup> سبق تخريجه، ص33.

<sup>5</sup> ما جاء في المادة 28 من مدونة الأسرة المغربية: "كل ما صح التزامه شرعاً، صلح أن يكون صداقاً".

وليس للمهر حد أقصى بالاتفاق لعدم ورود دليل شرعي يدل على تحديده بحد أعلى، وقد

قال الله تعالى في محكم تنزيله: ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾

[النساء: 20] ، مع أنه يسن عدم المغالاة في المهور.

2/ أن يكون طاهراً أو يصح الانتفاع به: أي مما يجوز التعامل به، فلا يصح أن يكون

الصداق خمراً أو لحم خنزير أو دماً أو ميتة<sup>1</sup>، لأن هذه الأشياء خارجة عن دائرة التعامل في الشريعة الإسلامية، ولا يصح تملكها، فإن سمي لها مهراً مما لا يصح التعامل به، صحح العقد بمهر المثل عند الجمهور<sup>2</sup>، ويفسخ قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بمهر المثل عند المالكية<sup>3</sup>.

3/ أن لا يكون المهر مالاً مغصوباً: فإذا سمي لها مهراً مغصوباً، غير مملوك له، فإن

المالكية<sup>4</sup> قالوا بفساد العقد قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، فإن لم تكن الزوجة عالمة بالغصب، وأخذ منها المغصوب مالكة رجعت على الزوج بمثله أو قيمته أما الجمهور فقالوا بجواز النكاح، وتأخذ الزوجة قيمة المهر المسمى<sup>5</sup>.

4/ أن تكون التسمية خالية من الجهالة والغرر: فلو اتفق الزوجان على أن يكون مهرها

ثوباً لم يعين جنسه، أو داراً غير معينة، أو دابة مبهمة، أو ثمرة لم تنبت، ففي كل هذه الحالات يفسد المهر لجهالته فاحشة، أما لو كانت الجهالة يسيرة فلا يفسد المهر.

<sup>1</sup> عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ/2003م، 91/4.

<sup>2</sup> الكاساني (علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ / 1986م، 278/2، الخطيب الشربيني (شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني)، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، القاهرة، ط1، 1415هـ/1994م، 374/4، ابن قدامة (أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن الشهير بابن قدامة المقدسي)، المغني، مكتبة القاهرة، دط، 1388هـ/1968م، 223/7.

<sup>3</sup> ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 553/2.

<sup>4</sup> المصدر نفسه، 553/2.

<sup>5</sup> وبهذا قال أبو يوسف، والشافعي في قديم قوليه، أما في الجديد فقال لها مهر المثل، وهو قول أبو حنيفة ومحمد (ابن قدامة، المغني، 218/7).

و الحكم نفسه ينطبق في حالة الغرر، كحالة العبد الآبق، والبيعير الشارد، والطائر في الهواء، فكل هذه التسميات لا تصلح صداقاً لتوفر الغرر فيها، وحكمه عند مالك فسخ النكاح قبل الدخول، وتثيبته بصداق المثل إذا دخل بها<sup>1</sup>.

### البند الثاني: تحديد المهر باعتبار مثيلاتها ( مهر المثل)

إذا غابت التسمية أو اختلت شروطها، يتم اللجوء إلى مهر المثل لذلك سأعرض للمقصود من مهر المثل وحالاته:

#### أولاً: المقصود بمهر المثل

يقصد بمهر المثل مهر قريبات المرأة اللاتي يساوينها في الصفات مع بعض الاختلاف بين الفقهاء في تحديد القريبات وتحديد الصفات التي ينبغي مراعاتها:

#### 1/ المقصود بالقريبات: هناك رأيان في هذه المسألة.

**الرأي الأول:** وبه قال جمهور فقهاء الحنفية<sup>2</sup> والمالكية<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup> وابن قدامة من الحنابلة<sup>5</sup>، قالوا فيه إنه يعتد بالقريبات من جهة الأب فقط دون القريبات من جهة الأم، ومن ذلك قال الإمام محمد: "ونسائها أخواتها لأبيها وأمها أو لأبيها وعماتها وبنات عمها، وليس أمها ولا خالتها من

<sup>1</sup> الإمام مالك (مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني)، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، القاهرة، ط1، 1415هـ/1994م، 2/146.

<sup>2</sup> الشيباني (محمد بن الحسن الشيباني)، الأصل، تح: محمد بونوكال، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1433هـ/2012م، 10/227، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 3/137.

<sup>3</sup> الكشناوي (أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي)، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، دت، 2/109، الحرشي (محمد بن عبد الله الحرشي المالكي أبو عبد الله)، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، دط، دت، 3/277.

<sup>4</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 9/487.

<sup>5</sup> ابن قدامة، المغني، 7/247.

نسائها، إلا أن يكون من عشيرتها أو بنات عمها، ألا ترى أن المرأة تكون أم ولد وابنتها من قريش<sup>1</sup>.

**الرأي الثاني:** وفيه أن المعتبر في مهر المثل من يساويها من قرابتها من جهة الأب ومن جهة الأم هو رأي مروى عن الإمام أحمد<sup>2</sup>، أخذ به متأخروا الحنابلة<sup>3</sup>، فقد جاء في كشف القناع: "ومهر المثل يعتبر بمن يساويها في جميع أقاربها من جهة أبيها وأمها كأختها وبنت أختها وبنت عمها وأمها وخالتها وغيرهن القربى فالقربى"<sup>4</sup>.

وسبب الخلاف هنا متعلق بتفسير أثر عبد الله بن مسعود، عندما سئل في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً، ولم يدخل بها حتى مات فقال: "لها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث"<sup>5</sup>، فمذهب الجمهور أن المعتبر هنا أقارب الأب، لأن الإنسان من جنس قوم أبيه، وقيمة الشيء إنما تعرف بقيمة جنسه<sup>6</sup> فقد تكون المرأة قرشية يرغب فيها لنسبها، وتكون

<sup>1</sup> الشيباني، الأصل، 227/10.

<sup>2</sup> ابن قدامة، المغني، 247/7.

<sup>3</sup> البهوتي، كشف القناع، 159/5، مصطفى السيوطي (مصطفى بن سعيد بن عبدة السيوطي)، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، دار المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1415هـ/1994م، 222/5.

<sup>4</sup> البهوتي، كشف القناع، 159/5.

<sup>5</sup> أبو داود (سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السحستاني)، سنن أبو داود، كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات، رقم 2116، تح محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، دت، دط، 237/2، الترمذي (محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى سنن الترمذي)، سنن الترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت، رقم 1145، تح بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998 م، 442/2، النسائي (أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي)، سنن النسائي، كتاب النكاح، باب التزوج من غير صداق، رقم 3354، تح: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، ط 2، 1406 هـ/1986 م، 121/6.

<sup>6</sup> المرغاني (علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني)، الهداية في شرح بداية المبتدى، تح: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، دت، 205/1.



أمها وأخواتها أم من الموالى<sup>1</sup>، وقال الحنابلة إن مطلق القرابة له أثر بالجملة<sup>2</sup>، الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور لقوة حجثهم والله أعلم.

**2/ الصفات المعتبرة:** ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الصفات المعتبرة عند تحديد الصداق، تتعلق بالأوصاف التي يتأثر بها الصداق، وهي تتراوح بين المساواة في الدين، والعقل، والجمال، والبكارة، والثبوبة، والمال، والسن<sup>3</sup>.

ومن الناحية القانونية اكتفى قانون الأسرة الجزائري بالإشارة لحالات تقدير مهر المثل، دون الإشارة إلى الاعتبارات التي تتحكم في تقديره مما يستوجب الاحتكام إلى ما قال به الفقهاء.

وبخصوص المشرع المغربي فقد جاء في المادة 2/27: "...إذا لم يترضى الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين"، لذلك فإن هذا التحديد يدخل ضمن السلطة التقديرية القاضي والتي يراعي فيها الوسط الاجتماعي للزوجين انخفاضاً وارتفاعاً<sup>4</sup>، مع الأخذ بعين الاعتبار قيمته المعنوية<sup>5</sup>.

### ثانياً: حالات وجوب مهر المثل

يتم اللجوء إلى مهر المثل في حالات معينة تتعلق بإبرام العقد مع عدم التسمية أو في حالة فساد التسمية، أو الاتفاق على عدم المهر، وكذلك عند فساد النكاح.

<sup>1</sup> ابن رشد الجدد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المعروف بابن رشد الجدد)، البيان والتحصيل، تح: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1408هـ/1988م، 347/4.

<sup>2</sup> البهوتي، كشاف القناع، 5/159.

<sup>3</sup> المرغناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 1/205. البهوتي، كشاف القناع، 5/159، الماوردى، الحاوي الكبير، 9/488، الدردير، الشرح الكبير، 2/316.

<sup>4</sup> محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2015م، 380/1.

<sup>5</sup> المادة 26 من مدونة الأسرة المغربية: "الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعاراً بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين.

## 1/ عدم التسمية (نكاح التفويض): نكاح التفويض هو النكاح الذي يبرم دون تسمية

المهر، وسمي نكاح التفويض لأن المرأة أو وليها فوضت تقدير المهر إلى الزوج، كأن يقول الرجل لولي المرأة زوجني موليتك فلانة فيقول قبلت، ولا يذكران المهر، فإن دخل بها أو مات قبل تسمية وجب مهر المثل، وإن طلقها قبل الدخول وجبت المتعة<sup>1</sup>.

والتفويض نكاح صحيح<sup>2</sup> لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ

تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: 236]، وحديث عبد الله بن مسعود عندما

سئل في امرأة مات زوجها ولم يدخل بها، ولم يفرض لها صداقاً فقال: "لها مثل صداق نساءها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث، فقال معقل بن سنان<sup>3</sup>: "قضى فينا رسول الله صلى الله

<sup>1</sup> ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 111/3، ابن نجيم، البحر الرائق، 156/3، المواق (محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي)، التاج و الإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ/1994م، 197/5، القراني (أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراني)، الذخيرة، تح: محمد بوخيزة وآخرون، دار المغرب الإسلامي، بيروت، 1994، 367/4، الماوردي، الحاوي الكبير، 472/9، الشيرازي (أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت، 471/2، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 26/3. ابن قدامة، المغني، 238/7.

<sup>2</sup> من الفقهاء من رأى أن هذه الآية تدل على الصحة، ولا تدل على الجواز، لأنه لو لم يكن صحيحاً لم يكن الطلاق مشروعاً ولم تكن النفقة لازمة، ولا يلزم من الصحة والجواز بدليل أن الطلاق في زمن الحيض حرام ومع ذلك هو واقع صحيح (راجع: التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 1431هـ/2010م، 162/4).

<sup>3</sup> معقل بن سنان الأشجعي أبو سنان وقيل أبو محمد، سكن الكوفة، وقتل يوم الحرة في ذي الحجة سنة ثلاث وستين وهو معقل بن سنان بن مطهر بن قينان بن سبيع بن بكر بن أشجع، شهد فتح مكة، روى عنه علقمة، ومسروق، ونافع بن جبير، والحسن بن أبي الحسن، قتله مسلم بن عقبة صبرا (راجع: أبو نعيم (أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد الأصبهاني)، معرفة الصحابة، تح: عادل بن يوسف العزازي، دار الوطن للنشر، الرياض، ط1، 1419هـ/1998م، 2510/5).

عليه وسلم في بروع بنت واشق<sup>1</sup> امرأة منا مثل ما قضيت " ففرح عبد الله بن مسعود فرحاً شديداً حين وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>2</sup>.

وحكمه في القانون على نفس الحكم في الشريعة الإسلامية، هذا ما قضت به المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري: " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً.

وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل".

وفي مدونة الأسرة المغربية جاء في المادة 27: " يحدد الصداق وقت إبرام العقد وفي حالة السكوت عن تحديده يعتبر العقد زواج تفويض

إذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض فان المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين".

أما المشروع التونسي فإنه جعل من تسمية المهر شرطاً لصحة العقد لذلك فهو لا يقبل التفويض<sup>3</sup>.

ينبغي التنبيه أن نكاح التفويض من المسائل قليلة الحدوث من حيث الواقع العملي، حيث اعتاد الناس في منطقة المغرب العربي عامة على تحديد الصداق عند العقد، بل وأحياناً في فترة الخطوبة، ومن جهة ثانية فإن النص القانوني ينبه المتعاقدين إلى تحديد الصداق عند العقد باعتباره أحد شروطه كما سبق وأن أشرنا.

<sup>1</sup> بروع بنت واشق الرواسية الكلاية وقيل الأشجعية زوج هلال بن مرة، عن سعيد بن المسيب، عن بروع بنت واشق، " أنها نكحت رجلاً فوضت إليه، فتوفي قبل أن يجامعها، ف قضى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بصدقا نسلها" (راجع: ابن الأثير (أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد، عز الدين ابن الأثير)، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تح: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/1994م)

<sup>2</sup> الترمذي في سننه، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها، رقم 1145، 441/2، النسائي في سننه، باب إباحة التزوج بغير صداق، رقم 3356، 211/6، أبو داود في سننه، باب من يتزوج ولم يسم صداقا حتى مات، رقم 216، 237/2. واللفظ للنسائي، صححه الألباني: الألباني (محمد ناصر الدين الألباني)، إرواء الغليل أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405 هـ/1985 م، 360/6.

<sup>3</sup> راجع الفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصية.

2/ الاتفاق على عدم المهر: وهو أن يتزوج رجل امرأة على أن لا مهر لها، وحكمه عند

الجمهور<sup>1</sup> ما عدا المالكية كحكم المفوضة، بأن لها مهر المثل إذا دخل بها أو مات عنها، فاشترط نفي المهر هو شرط فاسد، فيفسد الشرط يصح العقد.

وقال المالكية<sup>2</sup> إذا اتفق الزوجان على إسقاط المهر فسد العقد قبل الدخول، وبمضي بصدق

المثل بعده، وإذا حدث الطلاق أو الموت قبل الدخول فلا يجب لها شيء، واعترض الإمام الباجي<sup>3</sup> على ذلك، وقال يفسخ قبل الدخول وبعده ويجب فيه حد الزنا، ولا يلحقه نسب الولد<sup>4</sup>.

يبدو أن الخلاف واقع في هل أن المهر شرط في العقد أو أثر من أثاره؟ فالقول بأن المهر

شرط في العقد يفيد فساد العقد بدونه، والقول بأنه من آثار العقد لا يقتضي فساد العقد ورأي الجمهور أقرب للصواب لجزاز نكاح التفويض.

أما في القانون فقد حكم قانون الأسرة الجزائري في المادة 2/15 باستحقاق الزوجة صدق

المثل عند عدم تحديد قيمة الصداق<sup>5</sup>، وفي المادة 2/33 بفسخ النكاح إذا تم دون صدق وبشبيته بعد الدخول بصدق المثل<sup>6</sup>، وقد استشكل الأمر على شراح القانون حول ما جاء في هاتين

<sup>1</sup> الباري: العناية شرح الهداية، 317/3، المرغني، الهداية، 198/1، الماوردي الحاوي الكبير، 473/9، الشيرازي، المهذب، 470/2، ابن قدامة، المغني، 84/7، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 669/2.

<sup>2</sup> الصاوي، حاشية الصاوي، 445/2، العدوي، حاشية العدوي، 69/2، الآبي، الثمر الداني، ص 456.

<sup>3</sup> القاضي أبو الوليد الباجي سليمان بن خلف التميمي: الفقيه الحافظ النظار العالم المتفتن المؤلف المتفق على جلالته علماً وفضلاً ودينياً، وبينه وبين ابن حزم الظاهري مناظرات ومحالس مدونة، وكان ابن حزم يقول: لو لم يكن لأصحاب المذهب المالكي إلا عبد الوهاب والباجي لكفاهم، صنف كتباً كثيرة نافعة وهي ثلاثون مؤلفاً منها: المنتقى في سبع مجلدات، مولده سنة 403 هـ وتوفي سنة 474 هـ/1081 م (راجع: ابن مخلوف، شجرة النور الزكية، 178/1).

<sup>4</sup> الباجي (أبو الوليد سليمان بن خلف بن القرطبي الباجي)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، القاهرة، ط1، 1332 هـ، 275/3، الآبي الأزهري، الثمر الداني، ص 456.

<sup>5</sup> المادة 2/15: "... في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق المرأة صدق المثل.

<sup>6</sup> المادة 2/33: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه ويثبت بعد الدخول بصدق المثل".

المادتين، فكيف يحكم بصحة العقد مع مهر المثل في المادة 15، ثم بفساد العقد قبل الدخول لعدم وجود المهر، ومهر المثل عند الدخول مما يعني أن المشرع وقع في تناقض<sup>1</sup>.

في هذا الصدد أرى أن المقصود بما جاء في المادة 2/15 هو نكاح التفويض الذي يتم بين الزوجين دون ذكر للصدّق، أما غياب الصّدّق الذي يؤدي إلى فساد العقد حسب المادة 2/33 فيقصد به النكاح الذي يتم فيه الاتفاق على إسقاط الصّدّق، فقد حكم المالكية بفساد العقد وفسخه قبل الدخول، وإمضائه بعد الدخول بمهر المثل، وما يعزز هذا التوجه ما جاء في المادة 09 من القانون عندما اعتبر الصّدّق شرطاً من شروط الزواج وهو ما يتوافق مع مذهب المالكية، وكذلك اجتهاد المحكمة العليا والذي جاء فيه أن غياب ذكر الصّدّق لا يبطل الزواج، وعند النزاع يقضي بمهر المثل<sup>2</sup>.

وقد كان المشرع المغربي أكثر وضوحاً من المشرع الجزائري، فأخذ بالمذهب المالكي من خلال اعتبار الصّدّق أحد شروط صحة الزواج من خلال المادة 13 من المدونة، ثم الحكم بفساد العقد عند عدم توفر الشروط الشرعية في الصّدّق قبل الدخول وتصحيحه بصدّق المثل بعد الدخول حسب نص المادة 60 من المدونة<sup>3</sup>.

**3/ التسمية غير صحيحة:** تكون التسمية غير صحيحة إذا كان المسمى مما لا يجوز التعامل فيه كلحم الخنزير أو الخمر، أو ما يكون مما لا يصح أن يكون مالا كحبة القمح وقطرة الماء، أو يكون المهر مجهولاً جهالة فاحشة.

<sup>1</sup> عادل عيساوي، النظام المالي للأسرة في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2018/2017، ص54، الرشيد بن شويح، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429هـ/2008م، ص100، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010م، 1/135.

<sup>2</sup> قرار رقم: 210422 بتاريخ: 1998/11/17، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص53: "إن عدم تحديد الصّدّق لا يبطل الزواج لأنه يقضي للزوجة بصدّق المثل...".

<sup>3</sup> المادة 60 من مدونة الأسرة: "يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صدّق فيه إذا لم تتوفر في الصّدّق الشروط الشرعية ويصح بعد البناء بصدّق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين".

ويجب في مثل هذه الحالات مهر المثل عند الجمهور<sup>1</sup>، أما المالكية<sup>2</sup> فيحكمون بفساد العقد قبل الدخول، وإمضائه بعد الدخول مع استحقاقها مهر المثل.

أما من الناحية القانونية فلم يصرح القانون الجزائري بموقفه عن هذه المسألة، أما المشرع المغربي فإن نص المادة 60 من المدونة، يفيد بأنه يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه، إذا لم تتوفر في الصداق الشروط الشرعية ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وعبرة الشروط الشرعية في الصداق يدخل تحتها عدم صحة التسمية، وهو ما يعني أن المشرع المغربي كان وفيماً في هذه الحالة للفقه المالكي.

**4/ فساد النكاح:** إذا كان الزواج فاسداً بسبب آخر غير فساد التسمية، كما لو تزوجها بغير ولي أو بلا شهود، وزواج المحلل والزواج المؤقت، ونكاح الشغار، فحكم المهر في مثل هذه الحالات، هو عدم استحقاق المهر قبل الدخول، ومهر المثل إذا تم الدخول مع بعض التفاصيل التي يضيق المجال لذكرها.<sup>3</sup>

وعن موقف القانون فإن عقيدة المشرع الجزائري في معالجة العقود الفاسدة لغياب الشهود أو الولي في حالة وجوبه، هو فساد العقد ولا صداق فيه قبل البناء أما بعد البناء فتقوم على تصحيح العقد مع تقرير مهر المثل وهذا ما حكمت به المادة 33 من قانون الأسرة.

ولم يحدد المشرع المغربي موقفه من العقد الفاسد بالنسبة للصداق واكتفى بالقول إنه لا أثر لهذا العقد قبل البناء ويترتب عليه آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه وهذا ما

<sup>1</sup> ابن نجيم البحر الرائق، 167/3، الكاساني، بدائع الصنائع، 276/2، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 109/3، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 233/4، الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي)، الوسيط في المذهب، تح: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ، الوسيط، 221/5، عبد الرحمن بن قدامة (عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي)، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دط، دت، 20/8، البهوتي كشف القناع، 134/5.

<sup>2</sup> الباجي، المنتقى، 290/3، الكشناوي، أسهل المدارك، 108/2، الخرشني، شرح مختصر خليل، 262/3.

<sup>3</sup> هناك حالات متعددة واختلافات كثيرة بين الفقهاء خاصة ما تعلق بنكاح الشغار، فهناك من يرى أن المهر المعتبر هو مهر المثل، وهناك من يرى أنه يجب الأكثر من المسمى ومهر المثل، وفي حالات يتم تقرير المهر المسمى (راجع، عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 107/4-118، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 274/7).

حكمت به المادة 64 من المدونة، أما القانون التونسي فالأصل عنده استحقاق الزوجة مهرها المسمى مع جواز حكم المحكمة بمهر المثل في حالة بطلان العقد، وهذا ما قضى به الفصل 22 من المجلة.

### الفرع الثاني: مؤكدات المهر

لا يكون المهر حقاً للزوجة بمجرد العقد، بل يحتاج إلى مؤكدات، وإلا كان عرضة للسقوط، وهي مؤكدات متفق عليها بين الفقهاء وأخرى مختلف فيها، وفيما يلي أناقش هذه المؤكدات التي تعرض لها الفقهاء، وأبين موقف القانون منها.

### البند الأول: مؤكدات المهر المتفق عليها

#### أولاً: الدخول الحقيقي

يتأكد وجوب المهر ويلزم الزوج به، إذا دخل بزوجه سواء كان مهراً مسمى أو كان مهر المثل، ذلك أن الدخول بالزوجة استيفاء للمعقود عليه، واستيفاء المعقود عليه يقرر البذل<sup>1</sup>، ويستدل على ذلك بما جاء في محكم تنزيله قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: 24]، وقوله أيضاً: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ؕ أَتَأْخُذُونَ بِهِتَنَّا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾ [النساء: 20].

ففي هاتين الآيتين دليل على أن المهر يصبح مستحقاً كاملاً بالدخول، فإن لم يكن قد فرض لها مهراً فلها مهر المثل<sup>2</sup>، وهو حكم متفق عليه لدى الفقهاء ومنصوص عليه في التشريعات الوضعية العربية، ومن ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 16 من قانون الأسرة: "تستحق

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 291/2، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 103/3، الدردير، الشرح الكبير، 295/2، الشيرازي، المهذب، 466/2، البهوتي، كشاف القناع، 141/5.

<sup>2</sup> القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 102، 129/5.

الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج... " ونص عليه المشرع المغربي في المادة 32 من المدونة، وهو ظاهر كلام المشرع التونسي من خلال اعتبار أن المهر يصير ديناً في ذمة الزوج بعد البناء، عند عدم الوفاء به<sup>1</sup>.

هذا وتجدر الإشارة أنه من الناحية الفقهية والقانونية فإن النكاح الفاسد يلحق بالنكاح الصحيح في استحقاق الزوجة للصداق كاملاً بعد البناء لتحقق الاستمتاع.

### ثانياً: موت أحد الزوجين

إذا مات أحد الزوجين، استحققت الزوجة أو ورثتها المهر كاملاً، سواء تم الدخول بها أو لم يتم، فيصبح كامل المهر ملكاً للزوجة بوفاة الزوج، وينتقل لورثتها إذا ماتت الزوجة، لأن الزواج عقد العمر ينتهي بانتهاء العمر، ولا خلاف بين العلماء إذا كان المهر مسمى<sup>2</sup>.

أما المفوضة التي لم يسم لها مهراً، فإن المالكية يرون أنها تستحق الميراث فقط دون المهر<sup>3</sup>، بينما يرى الجمهور استحقاقها مهر المثل<sup>4</sup>، اعتماداً على قضاء عبد الله بن مسعود في امرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات، فقال لها صداق مثلها لا وكس ولا شطط وعليها العدة، ولها الميراث، فقال معقل بن سنان: " قضى فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت"<sup>5</sup>.

ولا يختلف الحكم سواء كان الموت طبعياً أو بقتل أجنبي، أو كان بفعل الزوج بأن قتل نفسه، واختلفوا في مسألة قتل الزوجة نفسها أو قتلها لزوجها، فيرى زفر من الحنفية أن قتل الزوجة نفسها يسقط حقها في المهر، قياساً على ارتدادها عن الإسلام قبل الدخول<sup>6</sup>، بينما يرى الجمهور

<sup>1</sup> الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية

<sup>2</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 48/3.

<sup>3</sup> الدردير، الشرح الكبير، 295/2، الخرشي، شرح مختصر خليل، 299/3.

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 291/2، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 153/3، الشيرازي، المهذب، 466/2، البهوتي، كشف القناع، 141/5.

<sup>5</sup> سبق تخريجه، ص 44.

<sup>6</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 294 /2.



أن المهر لا يسقط إذا قتلت الزوجة نفسها لتعلق حق الورثة بما لها الذي منه المهر، فالشخص لا يملك إسقاط حق غيره<sup>1</sup>.

أما في حالة قتلها لزوجها فإنها تفقد حقها في المهر، لأنها ارتكبت جناية وجنایات لا تؤكد الحقوق، كما أنه يجب معاملتها بنقيض مقصودها لئلا يكون ذريعة لقتل النساء لأزواجهن<sup>2</sup>، خاصة في مثل زماننا هذا الذي كثر فيه زواج الفتيات الشابات بالكبار المسنين الموسرين، وبمهور ضخمة ومغرية، ولا يردن من وراء هذا الزواج إلا الجري وراء المال.

إن المعمول به في التشريعات في هذا الشأن يوافق ما ذكره الفقهاء، من أن موت أحد الزوجين يكون سبباً في ثبوت الصداق كاملاً، وهو ما ذكره المشرع الجزائري في المادة 16 من قانون الأسرة، مع أن المشرع ذكر موت الزوج دون موت الزوجة بقوله: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج.."، إلا أن الفقه القانوني مستقر على تفسير النص وفق ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وتستحق الزوجة المهر سواء كان مسمى أو كان مهر المثل<sup>3</sup>، وفق ما ذكره جمهور الفقهاء مخالفاً بذلك رأي المالكية القائل باستحقاق الميراث فقط دون المهر عند عدم التسمية، وقد كان المشرع المغربي أكثر دقة بقوله في المادة 32: "تستحق الزوجة الصداق بالبناء أو الموت قبله".

### البند الثاني: مؤكدات المهر غير المتفق عليها (الخلوة الصحيحة).

يتعلق الأمر بالخلوة الصحيحة، وهي أن يجتمع رجل بامرأته بعد عقد نكاح صحيح في مكان يأمنان من دخول ثالث عليهما، وإطلاعه على أسرارهما، ولا يكون هناك مانع يحول دون تمتع

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 2/ 294، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 2/ 301، الماوردي، الحاوي الكبير، 9/ 481، ابن قدامة، المغني، 7/ 247.

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 2/ 291، القرافي، الذخيرة، 4/ 375، الشيرازي، المهذب، 2/ 466، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 4/ 364، البجيرمي (سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي)، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، بيروت، 1415هـ / 1995م، 3/ 422.

<sup>3</sup> العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 22، الرشيد بن شويح، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 77.

الرجل بالمرأة تمتعاً حقيقياً، وتكون خلوة فاسدة إذا كان الزواج فاسداً، أو كان في مكان يسمح بدخول ثالث عليهما كما لو كان في المسجد أو في الطريق، أما عن الموقف الشرعي والقانوني منها فهو كما يأتي:

### أولاً: الخلوة الصحيحة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء فيما تعلق بحكم الصداق في الخلوة الصحيحة، فيرى المالكية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> أن الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الدخول، ولا يتأكد بها المهر، فإن طلقها بعد خلوة وجب لها نصف الصداق فقط، عملاً بأحكام الطلاق قبل الدخول، مع ملاحظة أن المالكية وإن لم يقروا بالخلوة الصحيحة بصفتها سبباً موجباً لكامل المهر، إلا أنهم حكموا بتأكد المهر كله إذا أقامت الزوجة عند الزوج في بيته مدة سنة كاملة بعد الدخول بلا وطء بشرط إطاقتها مع اتفاقهما على عدم الوطء<sup>3</sup>.

أما مذهب الحنفية والحنابلة فهو تؤكد كامل المهر بالخلوة الصحيحة، غير أنهم اختلفوا في مدلولها، فالخلوة الصحيحة عند فقهاء المذهب الحنفي<sup>4</sup> هي أن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه من دخول أحد عليهما بدون إذنهما، أو يطلع عليهما أحد، وليس هناك مانع من المخالطة الجنسية سواء كان المانع حقيقي أو طبعي أو شرعي.

المقصود بالمانع الحقيقي هو أن يكون أحدهما مريضاً مرضاً يمنع الجماع، أو كان صغيراً لا يجامع مثله، أو كانت صغيرة لا يجامع مثلها، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء، لأنهما يمنعان الوطء، وتصح الخلوة إذا كان الزوج عنيماً أو خصياً، لأن العنة والخصاء لا يمنعان الوطء، أما المحبوب فتصح خلوته عند أبي حنيفة ولا تصح عند الصاحبين.

<sup>1</sup> الخرشبي، شرح مختصر خليل، 84/4.

<sup>2</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 346/4، الماوردى، الحاوي الكبير، 541/9.

<sup>3</sup> الدردير، الشرح الكبير، 301/2، النفراوي(شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، دط، 1415هـ / 1995م، 06/2.

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 293 / 2، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 122/3.

والمانع الطبيعي هو أن يكون الزوجان معهما ثالث، لأن الإنسان يكره بطبعه أن يجامع امرأته بحضرة ثالث، سواء كان الثالث بصيراً أو أعمى، يقضائاً أو نائماً، بالغاً أو صبيّاً، رجلاً أو امرأة.

أما المانع الشرعي فهو أن يكون أحد الزوجين في موضع محرم للوطأ، كأن يكون أحدهما صائماً رمضان، أو محرماً بحج أو عمرة، أو أن تكون المرأة حائضاً أو نفساء.

والخلوة الصحيحة في مذهب الحنابلة<sup>1</sup> تتأكد بالنظر والمس والتقبيل بشهوة، ولو حصل بحضرة الناس وبغير خلوة، ولها الصداق كاملاً إذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره، واستدلوا في ذلك بما رواه الدار قطني عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل"<sup>2</sup>، وبقضاء الخلفاء الراشدين الذين حكموا على الزوج بالصداق كاملاً، إذا أرخى الستور وأغلق الباب، ويجب عليها العدة دخل بها أو لم يدخل.

ويتعلق جوهر الخلاف بين الفريقين، المالكية والشافعية من جهة، والحنفية والحنابلة من جهة ثانية، من حيث تأكيد كامل الصداق من عدمه، إلى الخلاف حول معنى الإفضاء والمسيب اللذان ورد ذكرهما في قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة: 237] وقوله: ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْبَدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهَتِّنَا وَإِنَّمَا مِيبِنَا ﴾ [النساء: 20] وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ

<sup>1</sup> عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير، 256/2، ابن قدامة، المغني، 252/7.

<sup>2</sup> الدار قطني (أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي الدارقطني)، سنن الدار قطني، باب المهر، رقم 3824، تح: شعيب الأرنؤوط ومن معه، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط1، 1424 هـ / 2004م، 4/473. وهو حديث ضعفه الألباني، راجع: الألباني، إرواء الغليل، 356/6.

مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿٢٠﴾ [النساء: 20، 21]، فالمسيس<sup>1</sup> في الآية الأولى والإفضاء<sup>2</sup> في

الآية الثانية يراد بهما الوطاء عند المالكية والشافعية وهما كنايةتان على ما يستقبح ذكره، أما الخلوة فلا يستقبح ذكرها، ولم تذكر فدل على عدم اعتبارها مؤكدة للمهر كله.

أما أصحاب الرأي الثاني فقالوا أن الإفضاء مأخوذ من الفضاء من الأرض، وهو المكان الخالي، فكان معني وقد خلا بعضكم ببعض، هو الخلوة الصحيحة بين الزوجين<sup>3</sup>، أضف إلى ذلك استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم: " من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل بها ولم يدخل"<sup>4</sup> وما ورد عن وزارة بن أوفى<sup>5</sup> أنه قال: " قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه إذا أرخى الستور وأغلق الباب، فلها الصداق كاملا وعليها العدة دخل بها ولم يدخل"<sup>6</sup>.

ومن الفقهاء المحدثين من رجح قول مالك والشافعي باعتباره أقرب للعدل والمصلحة، فالسبب الأصلي لاستحقاق المهر الدخول الحقيقي، أما الخلوة الصحيحة فقد جعلت على سبيل الاحتياط باعتبارها تفيد مظنة الدخول، واعتمادها لاستحقاق كامل الصداق قد يؤدي بذوي النوايا السيئة إلى الاحتيال والابتزاز<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 541/9.

<sup>2</sup> القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 102/5.

<sup>3</sup> القدوري(أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري)، التجريد، تح: محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد دار السلام، القاهرة، ط2، 1427 هـ /2006 م، 4709/9، عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير، 352/2، ابن قدامة، المغني، 249/7، البهوتي، كشف القناع، 151/5.

<sup>4</sup> سبق تخريجه، ص52.

<sup>5</sup> هو وزارة بن أوفى بن الحريش بن كعب بن عامر بن صعصعة، ويكنى أبا حاجب كان قاضيا في البصرة وكان ثقة، توفي 73 هـ في خلافة الوليد بن عبد الملك (ابن سعد) (أبو عبد الله محمد بن سعد البصري، البغدادي المعروف بابن سعد)، الطبقات الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1410 هـ /1990 م، 109/7-110.

<sup>6</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 2/292.

<sup>7</sup> مصطفى الزرقا، شرح مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 1416 هـ /1996 م، ص78، بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة، ص101.

في رأيي أن ما ذهب إليه الحنفية هو الأقرب للعدل في هذا الزمان كون أن الاستمتاع بالزوجة لا يتأتى بالجماع فقط بل الخلوة إذا صاحبها التقييل أو اللمس بشهوة، فكل هذه الأفعال تعد من باب استيفاء بعض أحكام الاستمتاع، فنكتفي باعتماد الخلوة فقط لأنها تفيد مظنة التقييل والشهوة، مع صعوبة إثباتهما.

كما أننا نعيش في عصر كثير فيه الاختلاط، وزاد فيه طول المدة بين العقد والدخول، فأصبحنا نرى خروج الفتاة مع زوجها بمجرد العقد عليها ويختلي بها وربما يعدل على الزواج بعد ذلك، فيكثر القيل والقال، فقد يكون الحكم بثبوت المهر كاملاً للزوجة يمنع مثل هذه الأمور.

### ثانياً: الخلوة الصحيحة في القانون

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى مسألة الخلوة الصحيحة، واكتفى بذكر حالتي الدخول ووفاة الزوج في المادة 16، مما يجعل القضاء يعمد إلى الاستعانة بما جاء في الفقه الإسلامي لحل النزاعات التي تثار أمامه، ومن خلال الاجتهاد القضائي الجزائري فإنه أخذ بالخلوة الصحيحة كسبب مؤكد لكامل الصداق، ومن ذلك ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا: "من المتفق عليه فقهاً أن الخلوة الصحيحة توجب الصداق المسمى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بعدم تمام الدخول بزوجته، غير مبرر ويستوجب رفضه"<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر: "من المقرر شرعاً أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية، واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو الذي يعبر عنه بإرخاء الستور أو خلوة الاهتداء، يعتبر دخولاً فعلياً يرتب عليه الآثار الشرعية، وتنال الزوجة كامل الصداق"<sup>2</sup>.

وقد كان موقف المشرع المغربي موافقاً للمشرع الجزائري من حيث عدم ذكر الخلوة الصحيحة كسبب موجب لكامل المهر، واجتهاده القضائي موافق للاجتهاد القضائي الجزائري من حيث

<sup>1</sup> قرار رقم: 35107 بتاريخ 19/11/1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1990، ع02، ص55.

<sup>2</sup> قرار رقم 55116 بتاريخ 02/10/1989، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1991، ع01، ص33.

اعتبارها موجبة للمهر، وقد ذهب إلى اعتبار مرافقة الزوجة في السفر والتنقل بها يعتبر شاهداً عرفياً على الخلوة، والقول قولها في ادعاء الميسر بعد يميناها<sup>1</sup>، أما المشرع التونسي فلم يتطرق إلى المسألة ولم أجد له اجتهادات قضائية في هذا الشأن.

### الفرع الثالث : النزاع حول المهر

قد ينشأ خلاف بين الزوجين حول المهر، و يأخذ الخلاف إحدى صور ثلاث، فقد يكون النزاع بينهما يتعلق بأصل التسمية أو مقداره وقد يكون الاختلاف حول صفة المقدم للزوجة هل هو مهر أو لا؟، قد يكون النزاع هو القبض، و فيما يأتي أناقش آراء الفقهاء حول هذه المسائل ثم موفق القانون منها.

### البند الأول : النزاع حول المهر في الفقه الإسلامي

#### أولاً: النزاع حول أصل التسمية

إذا اختلف الزوجان حول تسمية المهر فادعى أحدهما تسمية المهر وأنكر الآخر فإن آراء الفقهاء فيها على النحو الآتي :

1/ مذهب الحنفية<sup>2</sup>: إذا وقع خلاف حول تسمية المهر حلف منكر التسمية، فإن نكل عن اليمين ثبتت التسمية، وإن حلف وجب مهر المثل بشرط أن لا يزيد عن المهر الذي أدعته الزوجة إذا كان المنكر هو الزوج، وإن لا يقل عن المهر الذي ادعاه الزوج إذا كان المنكر هو الزوجة.

وهو الحكم نفسه المطبق في حالة ما إذا وقع الخلاف بعد موت أحد الزوجين فهو كالاختلاف في حال حياتهما، فمن كان له القول حياً يكون القول لورثته إذا مات و يحكم بالمسمى إذا ثبت، و بمهر المثل إذا لم يثبت.

<sup>1</sup> قرار صادر في 1977/05/26، مجلة قضاء المجلس الأعلى، نقلاً عن محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، 388/1.

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 305/2، نظام الدين (لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي)، الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط2، 1310 هـ، 319/9، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 148/3.

2/ مذهب المالكية<sup>1</sup>: يُقضى للمدعي إن أقام البينة على دعواه، وإن لم يُقم البينة فالقول قول من يشهد له العرف في التسمية وعدمها مع البينة، فإن ادعى الزوج أنه تزوج المرأة تفويضاً، وادعت هي التسمية، وكان ذلك في قوم العرف عندهم هو التفويض، فالقول في هذه الحالة قول الزوج مع يمينه، وإن كان العرف السائد هو تسمية المهر فالقول قول الزوجة مع يمينها، وإن كان من قوم اعتادوا التفويض وهي من قوم اعتادوا التسمية فإن عقد موضع أحدهما أعتبر وإلا غلب عرف الزوج.

3/ مذهب الشافعية<sup>2</sup>: إذا اختلف الزوجان في أصل التسمية بأن ادعت التسمية وأنكرها ولم يدع تفويضاً أو ادعاه تحالفاً في الأصح ووجب مهر المثل.

4/ مذهب الحنابلة<sup>3</sup>: إذا ادعت الزوجة التسمية وأنكر الزوج، فإنه يفرق بين الدخول وعدمه، فإن كان بعد الدخول وادعت مهر المثل أو دونه وجب ذلك من غير يمين لأنها لو صدقت في ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة في الاختلاف، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك ويجب لها مهر المثل.

وإذا كان اختلافهما قبل الدخول ففيه روايتان، الأولى القول قول من يدعي مهر المثل والثانية القول قول الزوج ولها المتعة.

### ثانياً: النزاع في مقدار المهر أو جنسه أو نوعه أو صفته

إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى أو جنسه أو نوعه أو صفته حال قيام النكاح فإن الفقهاء حكموا في ذلك بما يأتي :

<sup>1</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 334/2، الزرقاني(عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري)، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422 هـ/ 2002 م، 84/4.

<sup>2</sup> الرملي (شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م، 366/6، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 401/4.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 237/7.

**1/ مذهب الحنفية<sup>1</sup>:** من شهد له مهر المثل حكم له القاضي بما ادعاه، فإن ادعت الزوجة مهر المثل مثلاً وادعى الزوج غير ذلك، فالقول قولها مع يمينها وعلى الزوج إقامة البينة، فإن أقام البينة، أو أقام البينة حكم للزوج لأن البينة جعلت لمن يدعي خلاف الظاهر، فإن لم يكن مهر المثل موافقاً لأي منهما، فهنا يتحالفان ويحكم بمهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد، أما أبو يوسف فإن القول للزوج مع يمينه، إلا أن يأتي بشيء مستنكر غير متعارف عليه، وتقع إقامة البينة على الزوجة.

**2/ مذهب المالكية<sup>2</sup>:** إذا تنازعا في مقدار المهر أو صفته قبل البناء فالقول للمدعي الأشبه مع يمينه فإن نكل حلف الآخر وثبت النكاح، وإلا فسخ النكاح.

وإذا اختلفا بعد البناء فالقول قول الزوج مع يمينه بشرط أن يشبهه، فإن نكل فالقول قول الزوجة مع يمينها، أما إذا كان الاختلاف في الجنس فإنه يفسخ مطلقاً قبل البناء، وبعد البناء يُرد إلى صداق المثل .

**3/ مذهب الشافعية<sup>3</sup>:** إذا اختلف الزوجان في قدر المهر أو جنسه أو صفته ولم تكن هناك بينة فإنهما يتحالفان، لأن كل واحد منهما مدعي ومدعي عليه، فإن تحالفا بطل الصداق المسمى وحكم بصداق المثل.

<sup>1</sup> نظام الدين، الفتاوى الهندية، 319/1، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ، 562/5، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 194/3

<sup>2</sup> الصاوي، حاشية الصاوي، 493/2، الدردير ، الشرح الكبير ، 333/2 ، المواق ، التاج و الإكليل، 233/5 ، الكشناوي، أسهل المدارك، 112/2، محمد عlish(محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي )، منح الجليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ/1989م، 446/3.

<sup>3</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 497/9، البغوي(أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تح: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، القاهرة، ط1، 1418هـ/1997م، 511/5، الشيرازي، المهذب، 472/2.



4/ مذهب الحنابلة<sup>1</sup>: إذا اختلف الزوجان بعد العقد على قدره ولا بينة، فالقول قول من يدعي مهر المثل منهما، فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فالقول قولها، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله.

### ثالثاً: النزاع في القبض ووصفه

قد يختلف الزوجان في مسألة قبض المهر من عدمه، فيدعي الزوج القبض وتنفي الزوجة، وقد يتفقان في القبض ويختلفان في وصفه، كأن يدعي الزوج أن المقبوض صدقاً، وتدعي الزوجة أنه هبة، ففي هذا الشأن كانت آراء الفقهاء كالآتي :

1/ إذا كان الاختلاف في القبض: كما لو ادعت عدم قبض المهر وادعى القبض فإن

هناك اتجاهان فقهيان :

**الفريق الأول:** وهو رأي الحنفية و المالكية<sup>2</sup>، ويرون أنه إذا كان الخلاف بين الزوجين حول القبض وكان قبل الدخول فإن القول قول الزوجة مع يمينها وعلى الزوج إثبات ما يدعيه بالبينة، ما لم يكن هناك عرف، وإذا كان هناك عرف فيحكم بالعرف، وإذا كان الخلاف بعد الدخول، فالقول قول الزوج مع يمينه إلا إذا كان هناك عرف يرجع إليه، وهو حكم يفيد ترجيح العرف عند الفصل في مثل هذه الأمور.

**الفريق الثاني:** وإليه ذهب الشافعية والحنابلة، فقالوا إذا اختلف الزوجان في قبض المهر مع اتفاقهما في قدره، فقال الزوج أقبضتك مهرك وقالت الزوجة لم أقبضه فالقول قول الزوجة مع يمينها سواء كان قبل الدخول أو بعده<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ابن قدامة ، المغني ، 233/7.

<sup>2</sup> ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، 153/3 ، محمد عيش ، منح الجليل ، 522/3

<sup>3</sup> الماوردي ، الحاوي الكبير ، 500/9 ، عبد الرحمن ابن قدامة ، الشرح الكبير ، 244/21 ، البهوتي ، كشاف القناع ، 155/5.

وقد رد الماوردي<sup>1</sup> على ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، بأن اعتبار العادة والعرف غير صحيح لأن عادات الناس فيه مختلفة فمشتري السلعة إذا ادعى دفع ثمنها بعد قبضها لم يُقبل قوله وإن جرت العادة بأن السلعة لا تسلم إليه إلا بعد قبض الثمن منه<sup>2</sup>.

2/ إذا تعلق الاختلاف بصفة المقبوض: كما لو ادعت أن ما قبضته هدية، وادعى الزوج أنه من المهر، فإن ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة يفيد بأن القول قول الزوج، لأنه هو المالك وهو أعرف بجهة التمليك سواء كان من جنس الصداق أو من غيره، وسواء مما جرت العادة بمهاداة الزوج بمثله أو لا<sup>3</sup>.

أما المالكية فاخترتوا تحكيم العرف وقالوا إن كان مما جرت العادة أن يهديه الزوج للزوجة كالثوب والطيب والحلي فالقول قولها مع يمينها اعتباراً بالعرف ولها المطالبة بمهرها<sup>4</sup>.

وخلاصة ما دار في خلاف بين الفقهاء بشأن النزاع بين الزوجين حول المهر سواء تعلق الأمر بالتسمية أو المقدار أو وصفه أو جنسه أو ما تعلق بالقبض فإن بعضهم يحكم العرف فيقضي حسب ما تعارف عليه الناس واعتادوا، ومنهم من بنى الحكم لطرف مع يمينه بناء على قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر، ومنهم من يرى عدم ترجيح طرف على طرف نظراً للتساوي في الادعاء وما أراه في هذا الأمر هو أن كل مسألة يكون لها حكماً على حدى يراعى قواعد الإثبات، خاصة قاعدة البينة على المدعي من جهة، ويراعى فيها الأعراف والعادات التي عليها

<sup>1</sup> الماوردي: هو أبو الحسن علي بن محمد الماوردي البصري، صاحب "الهاوي"، رحمه الله عاش ست وثمانون سنة، في الفترة ما بين 364 و 450هـ، ألقى القضاة، أخذ الفقه عن أبي القاسم الصيمري، وكان من وجوه الفقهاء الشافعيين، وله تصانيف عدة في أصول الفقه، وفروعه، وغير ذلك (راجع: ابن الصلاح) عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح)، طبقات الفقهاء الشافعية، تح: محيي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط1، 1992م، 2/ 636-642

<sup>2</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 500/9.

<sup>3</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 153/3، المرغاني، الهداية في شرح بداية المبتدى، 207/1، الزيلعي، تبين الحقائق، 501/9، النووي (أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي)، المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر، دط، دت، 383/16، ابن قدامة، المغني، الكافي في فقه الإمام أحمد، 76/3.

<sup>4</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 501/9.

الناس من جهة ثانية، ولأن الأعراف تختلف من مكان إلى آخر، فكذلك يجب أن يختلف الحكم باختلافها، لذلك فإن ما ذهب إليه الفقه المالكي أقرب، لجمعه بين البينة والعرف في أحكامه.

### البند الثاني : النزاع حول المهر في القانون .

اقتصر قانون الأسرة الجزائري في تنظيمه للخلافات الزوجية حول المهر على نص وحيد وبشكل مختصر من خلال نص المادة 17 منه، والتي نصت على: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحد بينة وكان قبل الدخول فالقول قول الزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول قول الزوج أو ورثته مع اليمين".

وما يلاحظ في هذا النص أنه جاء خال من التفصيل الذي ذكره الفقهاء من خلال التمييز بين كل حالة على حدى سواء تعلق الأمر بالتسمية أو المقدار أو الجنس أو الصنف أو القبض مما يجعلنا نتساءل هل أن هذا النص يتعلق بجميع الحالات المذكورة آنفا أم أنه يتعلق بحالة واحدة من هذه الحالات

والنص جاء عاما لذلك فإننا نجد من الشُّرَّاح من رأى أنه يخص جميع هذه الحالات<sup>1</sup>، ومنهم من رأى أنه يخص حالة واحدة، وهي حالة النزاع حول قبض المهر لانطباق الحكم الذي أورده المشرع مع الحكم الذي خلص إليه فقهاء الحنفية والمالكية<sup>2</sup>، مما يعني أنه ينبغي على القاضي الاستعانة بما جاء في الفقه الإسلامي إذا كان النزاع موضوعه الحالات الأخرى.

وقد حاولت استجلاء موقف القضاء في هذه المسألة إلا أنني لم أجد اجتهادات في هذه المسألة، وهو أمر يمكن تفسيره بقلّة النزاعات أمام القضاء في هذا الشأن، نظراً للواقع العملي المرتبط بعادات الناس وأعرافهم حيث يتم تحديد المهر، وتسليمه وسط حضور الشهود و المدعويين، الذين يكون لهم دور الشهود في حالة حدوث نزاع.

<sup>1</sup> محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة - الخطبة والزواج-، ص 281.

<sup>2</sup> محمد بحاق، أحكام التنازع بين الزوجين -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية المغربية-، مذكرة ماجستير، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية -قسنطينة-، 2009/2008، ص 243، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 228.

أما المشرع المغربي فقد كان أكثر وضوحاً من الشرع الجزائري عندما خص بالذكر النزاع حول قبض المهر المعجل في المادة 33 من المدونة، وجعل حسم النزاع في مسألة القبض باللجوء إلى قول الزوجة إذا كان النزاع قبل البناء، وقول الزوج إذا كان النزاع بعد البناء<sup>1</sup>.

وقد واجه هذا الموقف انتقاداً من قبل الشراح تعلق في إغفاله الإشارة إلى أن حسم النزاع يكون بالبينة أولاً، وعند عدم وجودها يُلجأ إلى يمين أحد الزوجين حسب الحالة، قبل الدخول أو بعده<sup>2</sup>.

أما باقي المسائل الأخرى، فسكت عنها ولم يتناولها مما يستدعي اللجوء إلى أحكام المذهب المالكي<sup>3</sup> عند قيام النزاع أمام القاضي.

وإذا تعلق النزاع بالمهر المؤجل، فإن المشرع المغربي حكم بأن الإثبات يقع على عاتق الزوج حسب ما نصت عليه المادة 2/33 وهي نقطة تحسب للمشرع المغربي، إذ لا ينبغي المساواة بين المهر المعجل و المهر المؤجل في الإثبات عند النزاع، لأن حكم الفقهاء باعتبار الزوج مدع قبل البناء ومدعي عليه بعده مبني على المتعارف عليه عند الناس أن الزوجة لا تنتقل إلى بيت الزوجية إلا بعد قبض مهرها المعجل، على خلاف المهر المؤجل لذلك حكم بالبينة على عاتق الزوج باعتباره مدع واعتبار الزوجة مدع عليها<sup>4</sup>، هذه المسألة لم يتفطن لها المشرع الجزائري، وكذلك الاجتهاد القضائي الذي التزم بحرفية النص القانوني المعبر عنه في المادة 17 مع أنها متعلقة بالمهر المعجل فقط<sup>5</sup>

أما المشرع التونسي فلم ينظم مسألة النزاع حول المهر.

<sup>1</sup> المادة 33 من مدونة الأسرة المغربية: "إذا اختلف في قبض الصداق قبل البناء فالقول قول الزوجة، أما بعده فالقول قول الزوج. إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق المؤجل فعلى الزوج إثبات أدائه لا يخضع الصداق لأي تقادم"

<sup>2</sup> أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2011م، ص 119

<sup>3</sup> المادة 400 من مدونة الأسرة: "كل ما لم يرد به نص في المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام والمساواة والمعايشة بالمعروف".

<sup>4</sup> محمد عليش، منح الجليل، 523/3.

<sup>5</sup> قرار رقم 73515، بتاريخ 18/06/1991، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1992، ع4، ص69.

## المطلب الثاني: الالتزام المالي المترتب على عقد الزواج (النفقة)

من بين أهم الآثار المترتبة على عقد الزواج، التزام الزوج بالإففاق على زوجته، وهو حق تتمتع به الزوجة، بغض النظر عن الحالة الاجتماعية المعاشة لكلا الزوجين، وفيما يلي أتعرض في هذا المطلب لمفهومها، ومشتملاتها وكيفية تقديرها، وأثر الامتناع عنها.

### الفرع الأول: مفهوم النفقة

وفيه أتناول تعريف النفقة وشروط استحقاقها

### البند الأول: تعريف النفقة

#### أولاً: النفقة لغة

النفقة مأخوذة من نفق، يقال نفقت الفرس أو الدابة أو سائر البهائم ثم تنفق تفوقاً أي ماتت، ونفق البيع نفاقاً بمعنى راج، ونفقت السلعة أي غلت ( زاد ثمنها أو رُغب فيها) أنفق الرجل إذا افتقر ومنها قوله تعالى: ﴿ قُلْ لَوْ أَنْتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَائِنَ رَحْمَةِ رَبِّي إِذًا لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ وَكَانَ الْإِنْسَانُ نَسْفُوتًا ﴾ [الإسراء: 100] أي خشية الفناء والنفاد، وأنفق المال أي صرفه<sup>1</sup>.

#### ثانياً: النفقة اصطلاحاً.

من التعريفات التي وضعت لها ما يأتي:

عرفها فقهاء الحنفية بقولهم " هي الإدرار على الشيء بما به بقاؤه"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، 6 / 4507.

<sup>2</sup> الزيلعي، تبين الحقائق، شرح كنز الدقائق، 3/ 50، ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام)، فتح القدير، دار الفكر، دط، دت، 4 / 378.

وعرفها ابن عرفة<sup>1</sup> من المالكية بـ: " ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"<sup>2</sup>.  
ومن الحنابلة عرفها البهوتي بقوله: "كفاية من يمونه خبزاً، وأدماً أو كسوة وسكناً وتوابعها"<sup>3</sup>،  
وهو تعريف غلب فيه صاحبه الإشارة إلى مشتملات النفقة أكثر من الإحاطة بكنهها.  
ومن التعريفات التي ذكرها شراح القانون، نجد تعريف محمد الكشور الذي جاء فيه: " ما  
تحتاج إليه الزوجة في معيشتها اليومية من غذاء وكسوة وتطبيب، حسب العرف والعادة"<sup>4</sup> وهو  
تعريف يتعلق بالنفقة الزوجية دون نفقة الأقارب.

ويمكن اعتبار تعريف ابن عرفة الأكثر إماماً بتعريف النفقة فقد خص الآدمي دون غيره من  
البهائم، وأخرج ما ليس معتاداً من قوت الناس، لأنه لا يدخل ضمن النفقة الشرعية الواجبة، على  
أن يكون الإنفاق دون سرف، أي دون زيادة على ما اعتاد عليه الناس<sup>5</sup>.

أما من الناحية القانونية، فلم تُعن التشريعات الوضعية كعادتها بوضع تعريف للنفقة، تاركة  
المجال للفقهاء والشراح وركزت فقط على مشتملاتها وأحكامها.

### البند الثاني: شروط استحقاق النفقة

اختلف الفقهاء في تحديد شروط استحقاق النفقة الزوجية وانقسموا إلى قسمين هما: مذهب  
الجمهور ومذهب المالكية.

<sup>1</sup> ابن عرفة: هو أبو عبد الله محمد بن عرفة إمام تونس وعالمها وخطيبها، ولد سنة 711 هـ في تونس من كتبه: المختصر الكبير في  
فقه المالكية، المختصر الشامل في التوحيد، توفي سنة 803 هـ (راجع: ابن مخلوف) محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم  
مخلوف)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1424 هـ/2003 م 327/1،  
الزركلي (خير الدين بن محمود بن محمد، الزركلي الدمشقي)، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15، 2002 م، 43/7).

<sup>2</sup> محمد عليش، منح الجليل، 4/385، الخرشي، شرح مختصر خليل، 4/138.

<sup>3</sup> البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 3/225.

<sup>4</sup> محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، 1/506.

<sup>5</sup> محمد عليش، منح الجليل، 4/385، الخرشي، شرح مختصر خليل، 4/138.

## أولاً: مذهب الجمهور.

وهو ما ذهب إليه الحنفية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> وقد وضعوا أربعة شروط عامة حتى تستحق الزوجة النفقة وهي:

1/ تسليم الزوجة نفسها لزوجها: ومقتضاه أن تمكن الزوجة نفسها من زوجها، وتخلي بينه وبين نفسها، برفع المانع من وطئها والاستمتاع بها، إذا طلب منها الزوج ذلك<sup>4</sup>، أو أن تظهر استعداداً لذلك، إذ أن ذلك يعتبر في حكم الدخول الحقيقي، حتى لو بقيت في بيت أهلها برضاه واختياره<sup>5</sup>، فإن امتنعت الزوجة أو منعها وليها، أو تسأكت الطرفان، فلم تبد رغبتها ولم يطلب منها ذلك، فلا نفقة لها، ودليل ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينفق على عائشة -رضي الله عنها- إلا من حين دخلت عليه، أما إذا كان امتناع الزوجة عن التسليم لسبب وجيه، كما لو كان لعدم دفعه المعجل من المهر، فإن ذلك لا يسقط حقها في النفقة، ولها أن تطالبه بها.

2/ صحة العقد: لا تثبت النفقة إلا في زواج صحيح، أما إذا كان فاسداً فلا نفقة لها، ولا يمكن اعتبار الزوجة محبوسة لحق الزوج، لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح، فهو ليس بنكاح حقيقة، مع وجوب التفريق شرعاً، ولا يثبت له حق الحبس، ولا تجب لها النفقة<sup>6</sup>.

3/ أن تكون الزوجة سالحة للمعايشة الزوجية: ومعناه أن تكون الزوجة مطيقة الوطء، فلا يتحقق التسليم في الصغيرة التي لا يجامع مثلها، لقيام المانع من وطئها والاستمتاع بها، أما

<sup>1</sup> الكاساني، البدائع الصنائع، 18/4 وما بعدها، السرخسي، المبسوط، 180/5.

<sup>2</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 473/11، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 165/5، الشيرازي، المهذب، 148/3، النووي، المجموع شرح المهذب، 253/18.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المعني 195/8 وما بعدها، البهوتي، كشف القناع، 430/5.

<sup>4</sup> الشيرازي، المهذب، 148/3، النووي، المجموع شرح المهذب، 253/18.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأولته، 789/7.

<sup>6</sup> النووي، المجموع شرح المهذب، 214/18، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 470/5.

المريضة أو التي بها عيب من عيوب الزواج فإنه يجب لها النفقة لوجود التسليم، وإمكان الاستمتاع بما دون الوطاء<sup>1</sup>.

4/ أن لا يمنع الزوج من استيفاء حقه مانع مشروع: فأمنع الزوج من استيفاء حقه بسبب غير مشروع كما هو الحال بالنسبة للنشوز<sup>2</sup>، وهو معصيتها لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له عقد الزواج، أو أخذها إنسان كرهاً وحال بينها وبين زوجها مدة من الزمان.

ثانياً: مذهب المالكية<sup>3</sup>

يقسم المالكية هذه الشروط إلى قسمين شروط يجب توفرها قبل الدخول وشروط يجب توفرها بعد الدخول.

أما الشروط الواجب توفرها قبل الدخول فهي أربعة:

1/ الدعوة إلى الدخول: بأن تدعو المرأة أو وليها المجر أو وكيلها زوجها إلى الدخول، فإذا

لم تحصل هذه الدعوة، أو امتنعت بغير عذر فلا نفقة لها.

2/ بلوغ الزوج: فإن كان الزوج صغيراً فلا نفقة لها عليه، أما إذا دخل بها فلها النفقة.

3/ أن تكون الزوجة مطيقة للوطاء: فإن كانت الزوجة صغيرة غير مطيقة للوطاء، فلا نفقة

لها عليه، إلا إذا دخل بها، وكذلك الأمر إذا كان بها مانع كالرتق، فلا نفقة لها إلا أن يتلذذ بها مع علمه بالعيب.

4/ السلامة من المرض: فلا يجب أن تكون أحد الزوجين مريضاً شديداً مشرفاً على

الموت عند الدعوة إلى الدخول، لعدم القدرة على الاستمتاع فإن كان هذا المرض دون الإشراف فلها النفقة سواء كان المرض خفيفاً أو شديداً.

<sup>1</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 473/11، البهوتي، كشاف القناع، 430/5.

<sup>2</sup> الزيلعي، تبين الحقائق، شرح كنز الدقائق، 50/3، الماوردي، الحاوي الكبير، 534/11، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 168/5، ابن قدامة، الكافي فقه الإمام أحمد، 92/3.

<sup>3</sup> الكشناوي، أسهل المدارك، 120/2، النفراوي، الفواكه الدواني، 23/2، الدردير، الشرح الكبير، 520/2.



أما الشروط الواجب توفرها في المدخول بها فهي شرطان:

1/ أن يكون الزوج موسراً: وهو القادر على الاتفاق بماله وكسبه، وتسقط النفقة على المعسر مدة إعساره، لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ<sup>ط</sup> وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَنَهَا﴾ [الطلاق: 07].

2/ إيفاء الزوجة بحقوق زوجها: بأن لا تكون ناشزاً، ومن قبيل النشوز أن تمنعه من الاستمتاع بها بالوطء أو غيره، أو أن تخرج من بيته بغير إذنه، فإن فعلت ذلك سقط حقها في النفقة.

ينبغي الإشارة هنا إلى أن هناك رأي ثالث في الفقه الإسلامي تبناه ابن حزم الظاهري، والذي يرى أن النفقة تصبح واجبة بمقتضى العقد سواء دُعي الزوج للدخول أو لم يدعى، ولو كانت الزوجة صغيرة في المهد، ناشزاً أو غير ناشز<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: مشتملات النفقة و تقديرها

نناقش تحت هذا العنوان مشتملات النفقة والعناصر المكونة لها ثم المعيار المعتمد في تقديرها من الناحيتين الشرعية والقانونية.

#### البند الأول: مشتملات النفقة

##### أولاً: مشتملات النفقة في الفقه الإسلامي

تتكون النفقة من عدة عناصر وهي: الطعام، الكسوة، العلاج، السكن والخادم.

1/ **الطعام**: يجب للزوجة من الطعام ما يكفيها، وبما أنها تعيش مع زوجها في بيت واحد فإنه إن وفر لها الطعام الكافي لها فلا حاجة أن تطلب ذلك، وإن قصر أو امتنع فلها الحق أن

<sup>1</sup> ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري)، المحلى بالأثار، دار الفكر، بيروت، دط، دت، 249/9.

تطلب فيه تقديرًا معينًا، وقد ناقش الفقهاء تقدير الطعام الذي يلزم به الزوج تجاه زوجته، وانقسموا في ذلك إلى مذهبين:

أ/ الاتجاه الأول: قال به فقهاء الشافعية<sup>1</sup>، وذهبوا إلى أن نفقة الطعام مقدرة بنفسها حسب يسار الزوج وإعساره، فإن كان موسرًا، فلها مدان من الطعام كل يوم، وإن كان معسرًا فلها مد واحد، وعلى المتوسط مد ونصف، ويقصد بالمعسر عندهم المسكين الذي يستحق الزكاة، أما جنس الطعام فهو غالب قوت البلد من حنطة أو شعير أو تمر...

وقد استدلت الشافعية فيما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن

قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً أَتَنَهَا﴾ [الطلاق:

07]، فالشرع فرق بين الموسر والمعسر، وأوجب على كل واحد حسب حاله وهي أشبه بالإطعام في الكفارة<sup>2</sup>.

ب/ الاتجاه الثاني: وهو المذهب الجمهور<sup>3</sup> من الحنفية والمالكية والحنابلة، وقالوا إن نفقة الطعام مقدرة حسب الكفاية، أي ما يكفي الزوجة ولا فرق بين الموسر والمعسر واستشهدوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233]، وقوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة زوج أبي سفيان: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 168/5، النووي (أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تح: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط3، 1412 هـ / 1991 م، 42/8، البحرمي، حاشية البحرمي علي الخطيب، 91/4، النووي، المجموع شرح المذهب، 249/18.

<sup>2</sup> النووي، المجموع شرح المذهب، 249/18.

<sup>3</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 23/4، ابن نجيم، البحر الرائق، 188/4، السرخسي، المبسوط، 184/5، الدردير، الشرح الكبير، 150/2، النفراوي، الفواكه الدواني، 58/2، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 77/3، ابن قدامة، المغني، 196/8، البهوتي، كشاف القناع، 460/5، المرادوي (علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط2، دت، 352/9.

<sup>4</sup> البخاري، صحيح البخاري، باب إذا لم ينفق الرجل للمرأة أن تأخذ ما يكفيها وولدها بالمعروف رقم 5364، 65/7، السنائي في سنته، باب قضاء الحاكم على الغائب، رقم 5420، 246/8.

كما أنهم اعترضوا على الرأي الأول من حيث قياسه للنفقة الزوجية على الكفارات، واعتبروه قياساً غير سديد، لأن تقدير الكفارات بمقادير معينة ليس كونها نفقة واجبة، بل لكونها عبادة محضة لوجوبها على وجه الصدقة كالزكاة، ونفقة الزوجة لم توجب كونها صدقة بل على وجه الكفاية كنفقة الأقارب<sup>1</sup>، ومن قدر فقد خالف نص الآية الكريمة، لأنه أوجبها باسم الرزق ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة<sup>2</sup>.

والراجح من خلال مناقشة أدلة الفريقين هو رأي الجمهور، لأن طعام الزوجة يجب أن يكون كافياً مشبعاً لها، مع مراعاة حال البلد وعاداته من حيث جنس الطعام وغلاء الأسعار، وقد اعترف بعض فقهاء الشافعية برجحان رأي الجمهور، وفي ذلك يقول الإمام النووي<sup>3</sup> معلقاً على حديث هند بنت عتبة: "إن النفقة تقدر بالكفاية لا بالأمداد... وهذا الحديث يرد على أصحابنا"<sup>4</sup>، وفي السياق نفسه قال الأذري<sup>5</sup>: "لا أعرف لإمامنا رضي الله عنه سلفاً في التقدير بالإمداد ولولا الأدب لقلت الصواب: أنها بالمعروف تأسياً واتباعاً"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم**، مؤسسة الرسالة، ط1، 1413هـ/1993م، 193/7.

<sup>2</sup> الكاساني، **بدائع الصنائع**، 4/23.

<sup>3</sup> النووي: يحيى بن شرف بن مري بن حسن الخزامي الحوراني، النووي، الشافعي، أبو زكريا، محيي الدين: علامة بالفقه والحديث. مولده ووفاته في نوا (من قرى حوران، بسورية) واليه نسبته، عاش في الفترة بين: (631 - 676 هـ)، صاحب التصانيف العديدة، ومنها: تهذيب الأسماء واللغات، منهاج الطالبين، الدقائق، و تصحيح التنبيه، و المنهاج في شرح صحيح مسلم... (الشهبي) أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي، تقي الدين ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، تح: الحافظ عبد العليم خان، دار عالم الكتب - بيروت، ط1، 1407هـ، 152/3.

<sup>4</sup> النووي (أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي)، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط2، 1392هـ، 07/12.

<sup>5</sup> هو أحمد بن حمدان بن أحمد بن عبد الواحد، أبو العباس، شهاب الدين الأذري: فقيه شافعي، ولد بأذرعات الشام سنة 708هـ، وتفقه بالقاهرة، وولي نيابة القضاء بحلب التي استقر فيها إلى أن وافته المنية سنة 783هـ (الشهبي، طبقات الشافعية، 141/3).

<sup>6</sup> الخطيب الشربيني نفي المحتاج، 5/168، الرملي، نهاية المحتاج، 7/188.

2/ الكسوة: أجمع أهل العلم<sup>1</sup> أن الكسوة واجبة على الزوج لزوجته بناء على ما جاء في

محكم تنزيله، قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة:

233]، وهي مقدرة بالكفاية بالاتفاق، يراعي فيها يسرها وعسرها وما جرت عليه عادة أمثالهما، وحال البلد في الحر والبرد، وفي تحديدهم لكفاية الكسوة وقدرها قال العلماء تجب الكسوة في السنة مرتين، كسوة شتوية وكسوة صيفية لتجدد الحاجة في الحر والقر، وتتكون عادة من قميص ( ثوب مخيط يستر جميع البدن)، وسروال ( ثوب مخيط يستر أسفل البدن ويصون العورة)، وخمار ( يغطي به الرأس) ومداس ومكعب ( وهو مداس الرجل من نعل وغيره)، ويضاف لها جبة للشتاء محشوة قطناً أو فروة بحسب العادة لدفع البرد.

وتدفع الكسوة مرة في العام عند المالكية والحنابلة<sup>2</sup>، ومرة كل ستة أشهر عند الشافعية والحنفية<sup>3</sup> لأن العرف أن تتبدل في هذه المدة.

الملاحظ في تحديد الفقهاء لمكونات الكسوة والمدة التي يجب أن تجدد فيها، كان تقديراً منهم حسب ما هو متعارف عليه عندهم، وهو أمر يخضع للعادة والعرف وأحوال البلد لذلك تتسع فيه السلطة التقديرية للقاضي إذا عرض عليه نزاع.

3/ نفقة العلاج والدواء: من مظاهر المودة والرحمة إنفاق الزوج على زوجته إذا احتاجت

إلى مراجعة الطبيب واقتناء الدواء، فلا يعقل أن يترك زوجته تعاني من مرضها دون طبيب، إلا أنه بالرغم من ذلك فإن الفقهاء القدامى لا يرون إلزامية نفقة العلاج على الزوج، ولا تعد من توابع النفقة<sup>4</sup>، وقالوا لا يلزم الزوج لزوجته شراء الأدوية ولا أجره الطبيب إذا مرضت، لأن هذه الأمور

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 23/4، السرخسي، المبسوط، 184/5، الدردير، الشرح الكبير، 150/2، محمد عيش، منح الجليل، 387/4، الخرشبي، شرح مختصر خليل، 183/4، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 151/5، الشيرازي، المهذب، 152/3، ابن قدامة، المعني، 199/8.

<sup>2</sup> الدردير، الشرح الكبير، 513/2، ابن قدامة، المغني، 199/8.

<sup>3</sup> الكاساني بدائع الصنائع، 24/4، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 168/5

<sup>4</sup> نظام الدين، الفتاوى الهندية، 549/1، ابن الهمام، فتح القدير، 388/4، الدردير، الشرح الكبير، 511/2، ابن قدامة، المغني، 199/8، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 159/5.

لحفظ الأصل وليس من النفقة الثابتة، وإنما يحتاج إليه لعارض، وإنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه، كما لا يلزم المستأجر إصلاح ما أنهدم من الدار، بل يجب نفقة مرضها وعلاجها ودوائها في مالها إن كان لها مال، ومن يلزمه نفقتها لو لم تكن متزوجة<sup>1</sup>.

إلى خلاف ذلك يذهب فقهاء المذهب الزيدي<sup>2</sup> وهو مذهب أيده الفقهاء المحدثين<sup>3</sup>، ورأوا أنه على الزوج نفقة أجرة الطبيب والدواء، وقالوا إن الدواء لحفظ الزوجة فأشبهه النفقة، ودخل تحت عموم قوله: "ما يكفيك" وتحت قوله: ﴿رَزَقْنَاهُ﴾، فإن الصيغة الأولى عامة باعتبار لفظ ما، والثانية عامة لأنها مصدر مضاف وهي من صيغ العموم واختصاصه ببعض المستحقين للنفقة ولا يمنع من الإلحاق<sup>4</sup>، ثم إنه كما أن نفقة تعتبر سبباً لحفظ المرأة من الهلاك جوعاً فكذلك أجرة الطبيب تعتبر سبباً لإدامة الحياة فأشبهت نفقة الطعام<sup>5</sup>، بل إن المريض يفضل غالباً ما يتداوى به على كل شيء، وهل يمكنه تناول الطعام وهو يشكو ويتوجع من الآلام التي تبرح به وتجهده وتهدده بالموت؟<sup>6</sup>.

ثم إن قياس أجرة الطبيب على عقد الإيجار هو قياس مع الفارق، لأن عقد الإيجار يختلف عن عقد الزواج اختلافاً جوهرياً، فالزوجة ليست مستأجرة لزوجها فهي شريكة العمر والعلاقة بين الزوجين هي علاقة مودة ورحمة، فأين المودة والرحمة إذا امتنع الزوج عن علاج زوجته المريضة<sup>7</sup>، وهو

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، 199/8، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 159/5.

<sup>2</sup> الشوكاني (محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، بيروت، ط1، دت، ص458.

<sup>3</sup> القنوجي (أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن البخاري القنوجي)، الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار المعرفة، دط، دت، 79/2، وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 794/7، عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، 185/7.

<sup>4</sup> القنوجي، الروضة الندية، 79/2.

<sup>5</sup> عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، 185/7.

<sup>6</sup> وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 794/7.

<sup>7</sup> محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة -، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010م، ص72.

الرأي الأجدد بالاعتماد خاصة في وقتنا الحاضر على خلاف الأزمنة السابقة، لأن الفقهاء القدامى إنما أفتوا بما هو معروف عندهم ولم يكن التطبيب من الحاجات الأساسية المنتشرة عندهم، لذلك يحرصون على الالتزام بقواعد الصحة والوقاية لتجنب المرض.

**4/ السكن:** من الفقهاء من عرف مسكن الزوجية بأنه: " ما يكون مشتملاً على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفرش وآنية ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأسرة ويراعي في ذلك حالة الزوج المالية من يسار وإعسار ووضعه الاجتماعي"<sup>1</sup>.  
وعرفه آخرون بأنه: " المكان المسكون على طريق الاستقرار، وفيه ما يسكن به عادة من أهل ومتاع يتأث به ويستعمله في منزله"<sup>2</sup>.

والسكن واجب للزوجة على زوجها، بأن يُعد لها مسكناً لائقاً بها، سواء كان بملك أو كراء أو إعارة أو وقف، حسب سعته وقدرته المالية لقوله تعالى: ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ** ﴾ [الطلاق: 06]، فإذا كان السكن واجباً للمطلقة حسب ما ورد في الآية، فوجوبه للتي ما زالت على رباط الزوجية أولى<sup>3</sup>، وقوله تعالى: ﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ [النساء: 19] ومعاشرة الزوجة بالمعروف تقتضي أن يهيئ لها مسكناً يليق بها ويسترها عن العيون، ويحفظ متاعها<sup>4</sup>، ويقيها من الحر والبرد.

وقد ناقش أهل العلم الحالة التي يجب أن يكون عليها مسكن الزوجية وخلصوا إلى وضع شروط يجب أن تتوفر فيه، تتمثل في:

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1397هـ/1977، ص 435.

<sup>2</sup> طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكن، المكتب الجامعي الحديث، دون مكان نشر، 2013، ص 21.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 8/200.

<sup>4</sup> وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأولته، 7/794.

أ/ أن يكون السكن مستقلاً بها: لأن المسكن مقدر بكفايتها وقد أوجبه الله مقروناً بالنفقة، لذلك يحق لها الانفراد بمسكن مستقل ليس فيه أحد من أهله لأنها تتضرر بالمسكن المشترك بالإيذاء تارة وبالخوف على متاعها تارة أخرى<sup>1</sup>، والحد الأدنى للمسكن أن يكون حجرة في بيت، مستقلة بمرافقها، ولها غلق على حدى، على أن لا يكون في الحجرة الأخرى ضررها عند بعض الفقهاء<sup>2</sup> لأن إسكانها مع ضررها يؤدي إلى الإضرار بها.

ويجوز إسكانها مع أهله عند بعض الفقهاء، إلا إذا ثبت أن أهله يؤذونها<sup>3</sup>، وفرق المالكية بين الزوجة الشريفة والزوجة الوضيعة، فإذا كانت الزوجة شريفة فلها الامتناع عن السكن مع أقاربه، أما إذا كانت وضيعة فللزوجة أن يسكنها مع أهله، إلا إذا اشترطت حين العقد ألا يسكن معها أحد من أقاربه، أو حصل لها ضرر، ويستثنى من ذلك ولده من غيرها إذا كان صغيراً، ولم يكن له حاضن وولدها من غيره<sup>4</sup>.

ب/ أن يكون السكن ملائماً لحالة الزوج المالية: حيث يؤخذ في ذلك مدى قدرة الزوج واستطاعته في توفير المسكن الملائم لها لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: 06] أي حسب سعتهم وقدرتهم المالية.

ج/ أن يكون المسكن مجهزاً بجميع المرافق الضرورية والأثاث واللوازم المنزلية: ومن ضروريات المنزل من دورة المياه ومطبخ وأدواته، وأثاث لفرشها وجلوسها ونحو ذلك من المرافق والأدوات التي تجعل المسكن صالحاً لمعيشتها.

د/ أن يكون المسكن آمناً: بأن يكون بين جيران صالحين، كما أن خلو المسكن من الجيران فيه مدعاة للاستحياش.

<sup>1</sup> ابن عابدين، المختار على الدر المختار، 599/3، الدردير، الشرح الكبير، 513/2، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 160/5، ابن قدامة، المغني، 200/8.

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 23/4، ابن قدامة، المغني، 200/8.

<sup>3</sup> وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأولته، 804/7.

<sup>4</sup> الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، 513/2.

5/ نفقة الخادم: بحث العلماء مسألة فرض خادم للزوجة ومدى إلزاميته، فقال الحنفية<sup>1</sup> إنه

إذا كانت الزوجة بما علة لا تقدر على الطبخ والخبر، أو كانت من بنات الأشراف، فإنه يجب لها خادم، أما إن كانت ممن تخدم نفسها فإنها تجبر على خدمة البيت، ولا حق لها في خادم.

وعند المالكية<sup>2</sup> فإن الزوج يلزم بنفقة الخادم إذا كانت الزوجة من ذوات الأقدار، اللاتي ليس شأنهن الخدمة أو كان هو ذا قدر تُزري خدمة زوجته به، أما إذا كانت دنية فعليها مباشرة الخدمة بنفسها، وليس لها الإخدام، وعلى نفس الرأي تقريباً وافق الشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> سابقهم في إلزام الزوج بتوفير خادم لزوجته إذا كانت من الأشراف، وإن كانت ممن يُخدم في بيت أبيها.

ولأن الخادم يراد به زيادة التنعيم، فإنه يلزم الميسور ولا يلزم المعسر، الذي تلزمه النفقة إلى أدنى الكفاية، فتسقط بذلك نفقة الخادم عند جمهور الفقهاء، بخلاف الشافعية الذين قالوا يلزمها حتى في حالة الإعسار<sup>5</sup>.

أما الحق في تعدد الخدم فقال جمهور الفقهاء<sup>6</sup> يكفيها خادم واحد، لأن الخادم الواحد يكفيها لنفسها فتتحقق به الكفاية، ويرى المالكية<sup>7</sup> يلزم أكثر من خادم إذا كانت الزوجة أهلاً لذلك، وذهب أبو يوسف وأبو ثور إلى أنه يلزمها خادمان أحدهما لمصالح الداخل والآخر لمصالح الخارج.

ولأن الخادم يلزم المخدوم في أغلب أحواله فلا يسلم النظر إليه، فإنه يجب أن يكون ممن يحل له النظر إلى المرأة بأن يكون امرأة أو ذا محرم.

<sup>1</sup> الكاساني بدائع الصنائع، 24/4، ابن عابدين، المختار على الدر المختار، 599/3.

<sup>2</sup> الدردير، الشرح الكبير، 2/510، محمد عليش، منح الجليل، 4/391، القرابي، الذخيرة، 4/467.

<sup>3</sup> الرملي، نهاية المحتاج، 7/198.

<sup>4</sup> ابن قدامة، المغني، 8/201، البهوتي، كشاف القناع، 5/478.

<sup>5</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 5/176.

<sup>6</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 3/589، السرخسي، المبسوط، 5/182، الشافعي، الأم، 5/94، الخطيب

الشربيني، مغني المحتاج، 5/161، ابن قدامة، المغني، 8/200.

<sup>7</sup> الصاوي، حاشية الصاوي، 2/734، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 3/77.



### ثانيا: مشتملات النفقة في القانون.

نص المشرع الجزائري المادة 78 من قانون الأسرة بـ: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، ففي هذا النص ذكر المشرع مشتملات النفقة على سبيل المثال لا الحصر، بدليل أن المشرع أحال الأمر للعرف والعادة، بما يفيد إمكانية إضافة عناصر جديدة للإنفاق، مراعيًا بذلك المستجدات التي تطرأ على الحياة الاجتماعية والحالة المعيشية للأسرة<sup>1</sup>، وما يرافقها من متطلبات ترفع بعض الكماليات إلى مرتبة الضروريات.

الحكم نفسه نجده أيضا لدى المشرع المغربي حسب ما جاء في المادة 189 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد مع مراعاة أحكام المادة 168"، حيث يلاحظ على المشرع المغربي عدم ذكره للسكن في هذا النص، وتعرض له بصفة مستقلة، في المادة 196 بقوله: "المطلقة رجعيًا يسقط حقها في السكن دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول" وهو نص صريح في تقرير حق الزوجة في السكن، وتناولها المشرع التونسي في الفصل 50 من المجلة بالكيفية نفسها التي اعتمدها المشرع الجزائري.

هذا ويجب على قاضي الموضوع وهو ينظر في قضايا النفقة أن يراعي كل العناصر المكونة للنفقة مجتمعة فلا يتغاضى على أحد منها، وفي هذا الإطار نجد أن المحكمة العليا أكدت أن مصاريف العلاج إذا مرض أحد أفراد الأسرة تدخل ضمن مشتملات النفقة التي يتحملها الزوج<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 346/2، محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، 510/1.

<sup>2</sup> قرار 372292، المؤرخ في 2006/11/15، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 2007، ع1، ص 439.

وفيما تعلق بحق الزوجة في السكن فقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على حق الزوجة في مسكن مستقل عن أهل الزوج حتى ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام العقد أو أنه سبق لها وأن سكنت مع أهلها، كما أنه لا يعتبر أزمة السكن مبرراً لإسقاط حقها في السكن<sup>1</sup>.

وقد خلق هذا الموقف انتقاداً طالب من خلاله البعض بضرورة الأخذ بعين الاعتبار الظروف الزمنية والاجتماعية والمكانية التي يعيشها المجتمع وعدم الوقوف فقط عند حالة الزوجين<sup>2</sup>، وهو رأي لا أميل إليه لأن الأخذ بهذا الرأي يعني إجبار الزوجة على العيش مع أهل الزوج، مما قد ينجم عنه تعرضها للإيذاء من قبلهم بحجة أزمة السكن، ومعلوم أن طاقة الناس في الصبر وتحمل ضنك العيش تختلف من شخص لآخر، كما أن الزوج العاجز عن توفير السكن هو زوج عاجز عن توفير كافة عناصر النفقة المطلوبة، مما يعني أن الزوجة في هذه الحالة لها الخيار بين أن تصبر وتراعي ظروف زوجها، أو أنها تطالب بالتطليق لعدم الإنفاق لأن ذلك يعتبر من قبيل العجز عن النفقة.

والملاحظ أن المشرع لم يذكر بعض العناصر المتعلقة بالنفقة كمسألة الخادم التي ذكرها الفقهاء والمسائل المتعلقة بمواد التنظيف وأدوات الزينة، إلا أن مثل هذه النفقات يمكن إدخالها تحت طائل الضرورات التي يقتضيها العرف والعادة، بمناسبة تحديده لمشتملات النفقة، بما يفيد أن هذه المشتملات وردت على سبيل الذكر لا الحصر<sup>3</sup>.

### البند الثاني: معيار تقدير النفقة

#### أولاً: معيار تقدير النفقة في الفقه الإسلامي

اختلاف الناس من حيث وضعهم المادي عسراً ويسراً يترتب عليه اختلافهم في مستوى معيشتهم، فمستوى معيشة الرجل الموسر يختلف على الرجل المعسر وكذلك الأمر بالنسبة للمرأة

<sup>1</sup> قرار رقم 38321، المؤرخ في 1985/11/04، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1989، ع1، ص 101.

<sup>2</sup> رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة ابو بكر بلقايد - تلمسان-، 2006/2005، ص60.

<sup>3</sup> عادل عيساوي، النظام المالي للأسرة، ص95.

الموسرة والمرأة المعسرة، لذلك فإن تقدير نفقة يتأثر بالحالة المعيشية التي يوجد عليها الزوجان، وقد اختلف الفقهاء من معيار تقديرها فمنهم في ربطها بحال الزوج يسراً وعسراً، ومنهم من ربطها بحالهما معاً.

**1/ معيار حال الزوج:** يرى أصحاب هذا الرأي أن نفقة الزوجة تقدر حسب حال الزوج وقدرته المالية يساراً وإعساراً، وهو مذهب الشافعية والظاهرية<sup>1</sup>، والكرخي<sup>2</sup> والكاساني<sup>3</sup> من الحنفية<sup>4</sup> وفيه يقول الكرخي: "إن قدر النفقة والكسوة يعتبر بحال الزوج في يساره وإعساره لا بحالها"<sup>5</sup>.

إلا أن الشافعية استثنوا نفقة السكن وقالوا إنه يراعى فيه حال الزوجة، وفيه يقول صاحب مغني المحتاج: "لا بد أن يكون المسكن يليق بما عادة، لأنها لا تملك الانتقال عنه، فروعياً فيه جانبها، بخلاف النفقة والكسوة روعي فيها حال الزوج"<sup>6</sup>، وذكر الشيرازي<sup>7</sup> رأياً آخر للشافعية، فيه أن السكن يقدر على حسب حال الزوج يساراً وإعساراً<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 423/11، النووي، المجموع شرح المهذب، 249/18، ابن حزم، المحلى بالآثار، 249/9.

<sup>2</sup> الكرخي: هو عبيد الله بن الحسين الكرخي، مات سنة أربعين وثلاثمائة، وكان مولده سنة ستين ومائتين، وإليه انتهت رئاسة العلم في أصحاب أبي حنيفة (عبد القادر بن محمد القرشي، عبد القادر بن محمد القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 337/1).

<sup>3</sup> الكاساني: هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد، الكاساني، علاء الدين، ملك العلماء، صاحب كتاب "بدائع الصنائع"، تفقه على علاء الدين، محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، وتزوج ابنته فاطمة الفقيهة، من أجل أنه شرح كتاب "التحفة" للسمرقندي هذا، وسماه "البدائع" فجعله مهر ابنته، فقال فقهاء العصر: شرح تحفته وزوجه ابنته، ومات سنة سبع وثمانين وخمسمائة، بحلب (عبد القادر بن محمد القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 242/2).

<sup>4</sup> الكاساني بدائع الصنائع، 24/4.

<sup>5</sup> المصدر نفسه، 24/4.

<sup>6</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 160/5.

<sup>7</sup> الشيرازي: هو إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزي بادي بكسر الفاء أبو إسحاق الشيرازي، صاحب التنبيه والمهذب في الفقه والنكت في الخلاف واللمع وشرحه والتبصرة في أصول الفقه والملخص والمعونة في الجدل وطبقات الفقهاء ونصح أهل العلم وغير ذلك، ولد الشيخ بفيروزياد وهي بليدة بفارس سنة 393هـ، ونشأ بها توفي سنة 476هـ (السبكي) تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تج: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1413هـ، 215/4-229).

<sup>8</sup> الشيرازي، المهذب، 152/3.

واستدل القائلون بهذا الرأي بقوله تعالى ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ

رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ

يُسْرًا ﴿٧﴾ [الطلاق: 07]، ووجه الاستدلال من هذه الآية أنها دلت على اعتبار النفقة بالزوج

واختلافها بيساره وإعساره، فسقط بذلك اعتبار كفايتها.<sup>1</sup>

2/ معيار حال الزوجين معاً: وهو مذهب الحنفية<sup>2</sup> والمالكية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup>، وفيه أن النفقة

تقدر بالنظر إلى حال الزوج وحال الزوجة فإن كانا موسرين وجبت نفقة اليسار، وإن كنا معسرين

وجبت نفقة الإعسار وإن كانا متوسطي الحال أو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً وجبت نفقة

الوسط، وأضاف بعض المالكية حال البلد وزمنها وسعرها وجاء في بعض كتبهم: "المعتبر في النفقة

حال الزوجين وحال بلدهما وزمنها وسعرها"<sup>5</sup>.

واحتج أصحاب هذا الرأي بقوله عليه الصلاة والسلام لهند بنت عتبة "خذي ما يكفيك

وولدك بالمعروف"<sup>6</sup> فاعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم حالها أيضاً وأذن لها أن تأخذ بقدر

كفايتها بالمعروف هي وولدها.

### ثانياً: معيار تقدير النفقة في القانون

نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري على المعيار الذي انتهجه المشرع في تحديد النفقة

فجاء فيها: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل

مضي سنة من الحكم".

<sup>1</sup> الماوردى، الحاوي الكبير، 423/11.

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 24/4، نظام الدين، الفتاوى الهندية، 653/1.

<sup>3</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 509/2.

<sup>4</sup> ابن قدامة، المغني، 200/8، البهوتي، كشاف القناع، 479/5.

<sup>5</sup> المواق، التاج والإكليل، 543/5.

<sup>6</sup> سبق تخرجه، ص 68.

أما المشرع المغربي فنص في الفقرة الثانية من المادة 189: "... يراعي في تقدير ذلك التوسط ودخل الملزم بالنفقة وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة".

وعالج المشرع التونسي تقدير النفقة من خلال الفصل 52 التي جاء فيها "تقدر النفقة بقدر وسع المنفق وحال المنفق عليه وحال الوقت والأسعار".

الملاحظ من خلال النصوص القانونية السابق ذكرها أنها تأخذ بعين الاعتبار حال الزوج ووضعه المالي، وحال مستحقها وهي الزوجة، وظروف المعاش ومتوسط الأسعار، بما يفيد تأثر التشريعات الثلاثة برأي المالكية الذين يضيفون إلى حال الزوجين ظروف البلد وحال الأسعار.

بما أن تقدير النفقة وفق هذه الشروط يستوجب ملامسة الواقع من خلال الوقوف على دخل الزوج وحالة الزوجة، والظروف الاقتصادية والاجتماعية المعاشة، فينبغي الاعتماد على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، والتي يستخرجها من تصريحات الطرفين، والأدلة المقدمة مع الاستعانة بالخبراء في بعض الحالات<sup>1</sup>، وعلى هذا الأساس جاء اجتهاد المجلس الأعلى المغربي الذي جاء فيه: "... إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه وفي إطار سلطتها التقديرية ومن خلال ما استخلصته من وثائق الملف حددت النفقة المحكومة بما معتبرة في هذا التحديد دخل الملزم بالنفقة وظروف مستحقها ومستواهم المعيشي وعاداتهم الاستهلاكية والتوسط، فجاء قرارها وفق مقتضيات المادتين 189، 120 من مدونة الأسرة"<sup>2</sup>.

هذا وتخضع السلطة التقديرية للقاضي إلى رقابة المحكمة العليا من خلال ضرورة تبرير ما ذهب إليه بذكر الأسباب التي اعتمد عليها في حكمه، ومن أجل ذلك جاء اجتهاد المحكمة العليا

<sup>1</sup> نص المشرع المغربي في المادة 190 من مدونة الأسرة إمكانية استعانة بالخبراء: "تعتمد المحكمة في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحججهما، مراعية أحكام المادتين 85 و 189 أعلاه، ولها أن تستعين بالخبراء في ذلك".

<sup>2</sup> قرار 463، المؤرخ في 2005/10/12، الملف الشرعي 2005/1/2/370، نقلا عن محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، 510/1.

معتبراً أن تقدير النفقة هو أمر موكول لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها<sup>1</sup>، وذكر الوثائق والمستندات الإثباتية المعتمد عليها لتحديد الوضعية المالية والاقتصادية للزوج<sup>2</sup>، وكذلك الأخذ بعين الاعتبار مستوى الأسعار والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً<sup>3</sup>.

ولأن حال الزوجين يتغير ويتبدل من زمن لآخر، والحال نفسه بالنسبة لظروف البلد ومستوى الأسعار، فإن المحكمة تقتضي مراجعة تقدير النفقة من فترة لأخرى، وهو المنصوص عنه قانوناً بأن جعل إمكانية مراجعة حكم النفقة تبعاً لتغير حال الزوجين أو تغير ظروف البلد ومستوى الأسعار على أن تمر مدة زمنية على الحكم السابق لا تقل عن سنة<sup>4</sup>.

وتبقى مسألة تقدير النفقة من أبرز المشاكل التي يكثر حولها النزاع في قضايا الأسرة نظراً لضعف المستوى المعيشي وقلة الأجور من جهة، وارتفاع الأسعار وزيادة النفقات من جهة ثانية، لذلك فكثيراً ما كانت الأحكام القضائية الخاصة بالنفقة عرضة لتحفظات طرفي النزاع.

### الفرع الثالث: أثر الامتناع عن النفقة

إذا توافرت أسباب النفقة وشروطها أصبح الزوج ملزماً بالإففاق على زوجته، فإذا لم يلتزم بأدائها فإن الأمر لا يخرج عن صورتين، فإما أن يكون الامتناع بسبب عسر الزوج وعدم قدرته على الإففاق، وإما أن يكون لعدم امتثال وتعنت مع يساره وقدرته على الإففاق، لذلك ينبغي شرح الأثر المترتب عن عدم الإففاق في الحالتين.

<sup>1</sup> قرار رقم 276760، المؤرخ في 2002/03/13، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 2004، ع1، ص274.

<sup>2</sup> قرار رقم 44630، المؤرخ في 1987/02/09، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1990، ع3، ص55.

<sup>3</sup> قرار رقم 51715، المؤرخ في 1989/01/16، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1992، ع02، ص55.

<sup>4</sup> جعلها المشرع الجزائري سنة حسب ما جاء في المادة 79، ونفس الأمر بالنسبة للمشرع المغربي حسب المادة 192، إلا أنه جاز مراجعتها دون مراعاة للمدة الزمنية إذا كان هناك ظروف استثنائية دعت إلى ذلك.

## البند الأول: إفسار الزوج بالنفقة.

أولاً: إفسار الزوج بالنفقة في الفقه الإسلامي.

انقسم الفقهاء فيما تعلق بالأثر المترتب عن امتناع الزوج بسبب عجزه عن الإنفاق إلى ثلاثة مذاهب:

1/ الرأي الأول: وهو مذهب الحنفية<sup>1</sup>، وفيه يرون أنه إذا عجز الزوج عن الإنفاق فلا يفرق بينهما وإنما يفرض لها القاضي نفقة ويأمرها بالإنفاق من مالها إن كانت موسرة أو الاستدانة من غيره، على أن يكون لها للدائن الرجوع على الزوج عند يساره، واستدلوا بـ:

أ/ من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة:

280]، فحملت هذه الآية حكماً عاماً مفاده إنظار المعسر، والزوج يندرج ضمن العموم.

ب/ من المعقول: إن إلزام الزوجة بالانتظار والصبر مع وصول حقها إليها عن طريق استدانة نفقتها لا يترتب عليه سوى تأخير حقها في النفقة منه، أما التفريق فهو إبطال لحق الزوجية بالكلية، فكان التأخير أولى، لأن الإبطال أقوى في الضرر<sup>2</sup>.

2/ الرأي الثاني: يرى جمهور الفقهاء<sup>3</sup> من مالكية وشافعية وحنابلة أنه في حال عجز الزوج عن الإنفاق، فإنه يجوز لها أن ترفع أمرها للقاضي وتطالب بالتفريق بينهما مع اختلاف بينهم في بعض التفصيلات، وقد صاغ الجمهور موقفهم اعتماداً على عدة أدلة أهمها:

أ/ من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [البقرة:

229]، وإمساك الزوجة دون الإنفاق عليها ليس إمساكاً بمعروف فيتعين التسريح<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> السرخسي، الميسوط، 191/5، الكاساني بدائع الصنائع، 24/4، نظام الدين، الفتاوى الهندية، 505/1، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 590/3، ابن الهمام، فتح القدير، 391/2.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 391/2.

<sup>3</sup> الدردير، الشرح الكبير، 518/2، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 176/5، ابن قدامة، المغني، 204/8.

<sup>4</sup> القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، 155/3.

ب/ من السنة: ما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أفضل الصدقة ما ترك غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني..."<sup>1</sup>

ج/ من الأثر:

- عن أبي الزناد<sup>2</sup> قال: سألت سعيد عن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما؟ قال نعم، قلت سنة؟ قال سنة<sup>3</sup>.

وفيه قال الشافعي: "والذي يشبهه قول سعيد سنة أن تكون سنة من رسول الله"<sup>4</sup>.

- ذكر أن عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن يخبرهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا<sup>5</sup>.

د/ من المعقول: ثبوت الفسخ بالعجز عن الوطاء، والضرر فيه أقل من ضرر عدم الإنفاق لذلك كان ثبوت الفسخ بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى<sup>6</sup>.

وفي كل هذه الأدلة التي ساقها الجمهور دليل على جواز طلب الزوجة للتفريق لعدم الإنفاق

**3/ الرأي الثالث:** وهو ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري<sup>7</sup>، والذي يقضي بسقوط النفقة على الزوج المعسر العاجز عن النفقة حتى يوسر، فإن كانت الزوجة غنية كلفت بالإنفاق على نفسها

<sup>1</sup> البخاري في صحيحه، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، رقم 5355، 63/7.

<sup>2</sup> أبو الزناد واسمه عبد الله بن ذكوان مولى رملة بنت شيبعة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف. وكانت رملة بنت شيبعة تحت عثمان بن عفان. وكان أبو الزناد يكنى أبا عبد الرحمن. فغلب عليه أبو الزناد، حدث عن السبيعة، مات سنة ثلاثين ومائة وهو ابن ست وستين سنة، وكان ثقة كثير الحديث، عالما عاقلا وقد ولي خراج بالمدينة (ابن سعد، الطبقات الكبرى، 415/5)

<sup>3</sup> البيهقي (أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي)، السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، رقم 15707، تح محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424 هـ / 2003 م، 773/7.

<sup>4</sup> المصدر السابق، 773/7.

<sup>5</sup> البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، رقم 15706، 772/7، وصححه الألباني في الإرواء: رقم 2159، 228/7.

<sup>6</sup> ابن قدامة، المغني، 204/8.

<sup>7</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 274/9.



وعلى زوجها ولا ترجع عليه إذا أيسر لأنها وارثة، واستدل على ما ذهب إليه بقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: 286]، فلا يكلف بما ليس في وسعه.

وقوله أيضا: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: 233]، فالزوجة وارثة وعليها النفقة بنص القرآن.

ومن جملة الردود على هذا الدليل قول ابن القيم: "عجبا لأبي محمد لو تأمل سياق الآية لتبين له خلاف ما فهمه فإن الله سبحانه قال: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وهذا ضمير الزوجات بلا شك ثم قال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾، فجعل الله سبحانه على الوارث المولود له، أو وارث الولد من رزق الوالدات وكسوتهن بالمعروف مثل ما على الموروث فأين في الآية نفقة على غير الزوجات حتى يحمل عمومها على ما ذهب إليه".<sup>1</sup>

وبعد التمعن في الأدلة التي ساقها كل طرف يتبين لنا أن من القواعد المستقر عليها في الشريعة الإسلامية دفع الضرر عن الطرف المتضرر فلا ضرر ولا ضرار، وصبر الزوجة على زوجها في حال عجزه عن الإنفاق أمر نسبي يختلف بين النساء، فهناك من تستطيع الصبر وهناك من لا تتحمل، لذلك جاز لها أن ترفع أمرها للقاضي ليفرق بينهما، لذلك لا يجوز لنا أن نطلب من الزوجة الصبر، لأن النفوس ليست على قدر واحد من القدرة على التحمل والصبر، والقاعدة الفقهية تقول: "الضرر يزال" لذلك فإن إعطاء الزوجة حق طلب التفريق لعدم الاتفاق هو أقرب للصواب،

<sup>1</sup> ابن القيم (محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية)، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط27، 1415هـ/1994م، 462/5.

كما أنه أكثر ملاءمة في هذا العصر، لذلك رححه فقهاء العصر<sup>1</sup> وأخذت به التشريعات العربية كما سنرى لاحقاً.

### ثانياً: إعسار الزوج بالنفقة في القانون

نص قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 53 وهو يحدد الحالات التي تجيز للزوجة طلب التطليق على: "عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون".

وبناء على هذا النص نستخلص أن المشرع الجزائري وافق رأي الجمهور فيما ذهبوا إليه من حق الزوجة في طلب التطليق للإعسار، وخاصة المذهب المالكي إذا تعلق الأمر بعلمها بإعساره عند إبرام العقد.

ويقوم حق الزوجة في طلب التطليق بتوفر شرطين أساسيين هما:

1/ أن تكون الزوجة قد رفعت دعوى سابقة عن دعوى التطليق لعدم الإنفاق تطالب فيها بالنفقة وصدور حكم من المحكمة يقضي بذلك، مع امتناع الزوج عن تنفيذه بسبب إعساره، على الزوج أن يثبت إعساره بشهادة الشهود المدعمة باليمين<sup>2</sup>، لتفادي المساءلة الجزائية، وقد قرر الاجتهاد القضائي أن يعطي للزوج أجل شهرين بعد الحكم عليه بالنفقة، فإذا لم يستجب لحكم النفقة يحكم عليه بالتطليق<sup>3</sup>.

2/ ألا تكون عاملة بإعساره وفقره وقت الزواج، فإن تزوجته وهي عاملة بإعساره سقط حقها في التطليق لعدم الإنفاق، ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الزوج بكافة الوسائل.

وتعرض المشرع المغربي للتطليق بسبب الإعسار في المادة 102 من المدونة، وقرر أنه في حالة ثبوت العجز تحدد المحكمة حسب الظروف أجلاً لا يتعدى ثلاثين يوماً، لينفق خلاله وإلا

<sup>1</sup> وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 513/7.

<sup>2</sup> العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 357/1.

<sup>3</sup> قرار رقم 3479، بتاريخ 19/11/1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1989، ع3، ص76.

طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي أو إذا امتنع عن الإنفاق ولم يثبت عجزه فإن المحكمة تحكم بالطلاق حالاً<sup>1</sup>.

وجاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية من خلال الفصل 39 حكماً مشابهاً لما هو عليه قانون الأسرة الجزائري، الذي نص على: " لا يلزم الزوجة - النفقة - إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد اتمامها عن الإنفاق طلقت عليه زوجته، وإذا كانت الزوجة عاملة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق" وهو حكم موافق للمذهب المالكي خاصة ما تعلق بسقوط النفقة على الزوج خلال فترة إعساره.

### البند الثاني: الامتناع مع يسار الزوج

#### أولاً: الامتناع في الفقه الإسلامي

إذا حصل أن كان الزوج موسراً، وامتنع عن الإنفاق، كان ذلك قرينة على سوء نيته وقصده الإضرار بالزوجة، وقد ناقش الفقهاء الآثار المترتبة عن عدم التزام الزوج بالنفقة وفق الحالات الآتية:

**أ/ التنفيذ في مال الزوج:** إذا كان للزوج مال ظاهر جاز الاقتطاع من ماله بمقدار النفقة سواء كان الاقتطاع بتصرف من الزوجة دون إذنه أو كان بأمر من القاضي<sup>2</sup> لما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله لهند بنت عتبة: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية: " للزوجة طلب التظليل بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه وفق الحالات والأحكام التالية:

1- إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه قررت المحكمة طريقة نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التظليل.  
2- في حالة ثبوت العجز تحدد المحكمة حسب الظروف أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوماً لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي.

3- تطلق المحكمة الزوجة حالاً إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز.

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 187/5، ابن الهمام، فتح القدير، 392/4، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 518/2، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 178/5، ابن قدامة، المغني، 205/8،

<sup>3</sup> سبق تخريجه، ص 68.

ب/ الإيجار عن طريق التعزير: إذا امتنع الزوج عن الإنفاق، ولم يكن له مال ظاهر فللقاضي أن يعزره عن طريق الحبس لحملة عن الامتثال لحكم النفقة وهو مذهب الحنفية والحنابلة ورواية عن المالكية.<sup>1</sup>

ج/ التفريق بينهما: إذا غيب الزوج أمواله وصبر على الحبس ولم يجد القاضي مالا ظاهراً يستطيع أخذ النفقة منه، جاز في هذه الحالة للزوجة طلب التفريق منه وهو مذهب الجمهور<sup>2</sup> من المالكية والحنابلة، والشافعية في قول مرجوح، لأن بقاءها في عصمته وفي بيته قد سبب لها ضرراً، وقد قال جل جلاله: ﴿فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229] ، وعلى هذه الآية علق الإمام القرطبي فقال: "الإمساك بالمعروف هو القيام بما يجب لها من حق على زوجها لذلك قال العلماء عن الإمساك بالمعروف أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج من المعروف فيطلق عليه الحاكم..."<sup>3</sup>، ثم إنه إذا جاز الفسخ للمعذور فغيره من باب أولى، ولأن في الصبر ضرر أمكن إزالته بالفسخ فوجب إزالته، ولا يختلف الحال بين الموسر والمعسر كأداء الثمن في البيع.<sup>4</sup>

أما الحنفية<sup>5</sup> فيرون عدم جواز الفسخ وهو الرأي الراجح عند الشافعية<sup>6</sup>.

والراجح هو الرأي القائل بجواز الفسخ لما تضمنه من حرص على رفع الضرر عن المرأة لما فيه من موافقة للقاعدة الشرعية "ضرر ولا ضرار".

<sup>1</sup> السرخسي، المبسوط، 187/5، ابن الهمام، فتح القدير، 392/4، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 218/2، ابن قدامة، المغني، 205/8.

<sup>2</sup> الصاوي، حاشية الصاوي، 745/2، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 218/2، ابن قدامة، المغني، 206/8، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 178/5.

<sup>3</sup> القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 155/3.

<sup>4</sup> ابن قدامة، المغني، 206/8.

<sup>5</sup> نظام الدين، الفتاوى الهندية، 550/1، ابن الهمام، فتح القدير، 390/4، السرخسي، المبسوط، 191/5.

<sup>6</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 178/5، النووي، المجموع شرح المذهب، 271/18.

## ثانياً: الامتناع في القانون

الدارس للأثر المترتب عن الامتناع عن النفقة الزوجية في القانون الجزائري يجد أن المشرع الجزائري جعل أثراً من جانبين، جانب مدني نظمه قانون الأسرة وجانب جزائي عاجله قانون العقوبات.

1/ الأثر المدني: أجازت الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة للزوجة طلب التطلاق عند عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعسار الزوج مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من القانون، وهذا النص هو نص عام يتعلق بعدم الإنفاق سواء كان بسبب الإعسار أو كان امتناعاً مع القدرة على الإنفاق وحتى يتسنى للزوجة طلب التطلاق يجب توفر ثلاثة شروط<sup>1</sup> هي:

- أ- صدور حكم حائز للشيء المقضي فيه يلزم الزوج بالإنفاق.
  - ب- امتناع الزوج عن تنفيذ الحكم، ويمكن إثبات ذلك بموجب محضر رسمي محرر من المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ.
  - ج- مرور مدة زمنية عن صدور الحكم، وقد استقر الاجتهاد القضائي على اعتبار مدة شهرين كمهلة للزوج للامتثال للحكم بالنفقة<sup>2</sup>.
- الملاحظ في هذا النص تأثر المشرع الجزائري لما ذهب إليه الجمهور من حيث جواز التفريق لعدم الإنفاق، وقد كان هذا النص عرضة للانتقاد من حيث:
- أ- إخضاع التفريق لعدم الاتفاق إلى حكم واحد، وعدم التفرقة بين حالتي الامتناع بسبب الاعسار والامتناع لتعنت الزوج مع قدرته على الإنفاق.

<sup>1</sup> رتيبة عياش، أحكام النفقة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2007، ص 157، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 367/1، بلقاسم مطالبي، أحكام الذمة المالية للزوجة، ص 126، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ط4، 2010م، ص110.

<sup>2</sup> قرار رقم 3479، سبق ذكره، ص85.

ب- إن امتناع الزوج عن الإنفاق يثير مسألتين مختلفتين من حيث الأحكام المتعلقة به لدى الفقهاء، وتتعلق الأولى بحالة وجود مال ظاهر للزوج، والثانية متعلقة بعدم وجوده، على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يفرق بين هاتين الحالتين.

ج- إن المشرع لم ينص على أجل محدد بين الحكم بالنفقة ودعوى التطليق مما استدعى تدخل الإجهاد القضائي، وحدد هذا بشهرين بما يوافق مع المذهب المالكي وهي فرصة للخروج حتى يتدبر أمره<sup>1</sup>.

ورتب المشرع المغربي على عدم الامتناع عن الإنفاق أثراً يتأرجح بين التنفيذ الجبري والتطليق وفق المادة 102 من المدونة<sup>2</sup>، حيث يستخلص منها :

أ- للقاضي أن لا يستجيب لطلب التطليق المقدم من طرف الزوجة، إذا كان للزوج مال ظاهر، بما يفيد أن على القاضي الحكم بالتنفيذ على مال الزوج، بالحجز على مال الزوج أو التحويل من ريعه أو حسابه البنكي إذا كان موظفاً<sup>3</sup>.

ب- للمحكمة أن تحكم بالتطليق إذا أصر الزوج على عدم الإنفاق، ولم يثبت عجزه، وللمحكمة أن تستجيب لطلب الزوجة بالتطليق في الحال دون إمهال، على خلاف ما لو كان عاجزاً حيث يمهل ثلاثين يوماً.

ولم يتضمن القانون التونسي نصاً خاصاً بالأثر المترتب عن عدم الإنفاق، إلا أنه يدخل في عموم الضرر الذي يجيز للطرف المتضرر طلب الطلاق الذي نص عليه الفصل 31 من المجلة.

<sup>1</sup> للمزيد أنظر: صالح بوبشيش، نفقة الزوجة والإدلاء في حال الإعسار والامتناع، مجلة الأحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، ع5، 2002، ص 215.

<sup>2</sup> المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية: " للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه وفق الحالات والأحكام الآتية :

- إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطليق.  
- في حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف، أجلاً للزوج لا يتعدى ثلاثين يوماً لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي.

- تطلق المحكمة الزوجة حالاً، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز.

<sup>3</sup> أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، ص294، محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، 182/2

2/ الأثر الجنائي: جاء في المادة 331 من قانون العقوبات المعدل والمتمم<sup>1</sup>: " يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500.00 إلى 300000 دينار كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المحكوم بها عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم هذه بدفع النفقة إليهم".

ويفترض أن عدم دفع النفقة عمدي حتى يثبت العكس ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك والكسل، أو السكر عذراً مقبولاً من المدين في أي حال من الأحوال".  
والعناصر المكونة لهذه الجريمة تتمثل في:<sup>2</sup>

- أ- وجود حكم قضائي نهائي.
  - ب- الامتناع المتعمد عن أداء النفقة وهو أمر مفترض سلفاً ما لم يثبت العكس.
  - ج- تجاوز الامتناع لمدة شهرين.
  - د- أن تكون المبالغ المحكوم بها تمثل نفقة الأسرة المتهم وأقاربه.
- وتجدر الإشارة أن المحكمة المختصة في هذا الشأن هي محكمة موطن أو مسكن الشخص المقرر له قبض النفقة<sup>3</sup>.

وقد حدد المشرع المغربي الأثر الجنائي لعدم الالتزام بالنفقة في الفصل 480 من القانون الجنائي، بعد ما بين عقوبة الإهمال الأسري في الفصل 479 وهي الحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 200 إلى 2000 درهم، نص في الفصل 480 على: " ... يعاقب بنفس العقوبة من صدر

<sup>1</sup> الأمر رقم 66-156 المؤرخ في: 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر ، ع49.

<sup>2</sup> للمزيد أنظر: بلخير سديد، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2005-2006، ص 126، لكار محمد، الحماية الجنائية للأسرة، دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2010، ص 148.

<sup>3</sup> الفقرة 03 من المادة 331 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعهم وأمسك عمداً عن دفعها في موعدها المحدد.

وفي حالة العود، يكون الحكم بعقوبة الحبس حتمياً.

والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك".

وجاء موقف المشرع التونسي من عدم الالتزام بالنفقة في الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية والذي نص على: "كل من حكم عليه بالنفقة أو بجرأة الطلاق ففرضت عليه عمداً شهراً دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة دينار (100د) إلى ألف دينار (1000د).

والأداء يوقف التبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب...".



## المطلب الثالث: الالتزام المالي المترتب عن انتهاء عقد الزواج

يترتب عن انتهاء العلاقة الزوجية آثار مالية، تتمثل أساساً في متعة الطلاق ونفقة العدة، لذلك سأناقش هذين الحقلين الماليين في الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول متعة الطلاق

أتناول تحت هذا الفرع مفهوم المتعة، وحكمها، ثم تقديرها.

### البند الأول مفهوم متعة الطلاق

أولاً: معنى المتعة

1/ المتعة لغة: المتعة لغة هي اسم مشتق من المتاع، وهو كل شيء ينتفع ويتبلغ به ويتزود، وهي المنفعة، وهي أيضاً السلعة، وقد ذكر الله تعالى المتاع والتمتع والاستمتاع والتمتع في مواضع من كتابه وبمعان مختلفة، رغم أن أصلها واحد<sup>1</sup>، ومن بين هذه المعان<sup>2</sup> المتاع بمعنى كل ما وصلت به المرأة بعد الطلاق<sup>3</sup> لقوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241]، ومتّعت المطلقة بالشيء أي انتفعت به<sup>4</sup>، وهو المعنى المقصود في هذا

البحث.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، 4127/6، الرازي، مختار الصحاح، ص 290.

<sup>2</sup> ومن بين هذه المعان: متعة الحج في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ﴾ [البقرة: 196]، التمتع بالمرأة في قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: 24]، كل ما ينتفع به من الحوائج والسلع لقوله تعالى: ﴿وَلَمَّا فَتَحُوا مَتَاعَهُمْ وَجَدُوا بِضَعَتَهُمْ زُدَّتْ﴾ [يوسف: 65]

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، 4127/6، الفيومي، المصباح المنير، 562/2.

<sup>4</sup> ابن فارس (أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي)، معجم مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، 1399هـ/1979م، 293/5.

2/ المتعة اصطلاحاً: من التعاريف الموضوعية لمتعة الطلاق ما ذكره المالكية: " ما يؤمر الزوج بإعطائه للزوجة لطلاقه إياها"<sup>1</sup>، فجعلت المتعة من آثار الطلاق، فيخرج بذلك عن المتعة النفقة ونصف الصداق إن طلقها قبل البناء، لأنها من آثار عقد الزواج، هذا التعريف يوافق رأياً عند المالكية بوجود المتعة على الرجل المطلقة، مع أن المشهور عندهم أن المتعة مستحبة وليست واجبة<sup>2</sup>، أما التعريف الموافق للرأي الثاني فهو: " المتعة هي الإحسان للمطلقات بما يقدر عليه المطلق بحسب حاله من القلة والكثرة"<sup>3</sup>.

وعرفها الشافعية بأنها: " مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق، وما في معناه بشروط"<sup>4</sup>، وهو أيضاً تعريف يجسد وجهة نظر الشافعية من حيث كونها واجبة على المطلق لزوجته.

ومن المعاصرين عرفها وهبة الزحيلي بأنها: " الكسوة أو المال الذي يعطيه الزوج للمطلقة زيادة على الصداق، أو بدلاً عنه كما في المفوضة لتطيب نفسها ويعوضها عن ألم الفراق"<sup>5</sup>.

أما عن التعريف المختار فإنه نظراً لاختلاف وجهات نظر المذاهب الفقهية حول أحكام المتعة بين الوجوب والاستحباب يصعب الوصول إليه بين هذه التعاريف، لذلك فإن التعريف المختار هو الذي يصلح لاستيعاب جميع الاختلافات الفقهية وهو التعريف الأخير الذي ذكره وهبة الزحيلي.

<sup>1</sup> ابن الرصاع ( أبي عبد الله محمد الأنصاري)، شرح حدود ابن عرفة ( الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية)، تح: محمد أبو الأحناف، الطاهر العموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993م، ص 269.

<sup>2</sup> هلا نايف المشاقبة، متعة الطلاق في ضوء الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة، مجلة جامعة الخليل للبحوث، جامعة الخليل، فلسطين، المجلد8، ع2، 2003م، ص58.

<sup>3</sup> ابن جزوي (محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزوي الكلبي الغرناطي)، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا، 1988، ص 159.

<sup>4</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 398/4، البحريني، حاشية البحريني، 426/3.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 316/7.

### ثانيا: مشروعية المتعة والحكمة منها

متعة الطلاق مشروعة وقد دل على ذلك العديد من النصوص في الكتاب والسنة النبوية الشريفة ومن ذلك:

1/ من القرآن الكريم: ودل على ذلك:

أ/ قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ [البقرة: 236]، فدللت الآية على استحقاق شيء من المال التي طلقت قبل الدخول ولم يفرض لها مهراً من خلال قوله: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾<sup>1</sup>، فكان ذلك تعويضاً لها عما فاتها وجبراً لانكسار قلبها<sup>2</sup>.

ب/ قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَّعُ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241]، فأوجب عموم هذه الآية المتعة لكل مطلقة، سواء تم الدخول بها أم لا، فرض لها صداق أم لا<sup>3</sup>.

ج/ قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلًّا لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 28]، وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ

<sup>1</sup> القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، 200/2، ابن العربي، أحكام القرآن، 291/1.

<sup>2</sup> ابن كثير (أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي)، تفسير القرآن العظيم، نج: سامي محمد بن سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1420هـ/1990م، 641/1.

<sup>3</sup> وهو ما ذهب إليه أبو ثور والزهرى وسعيد بن جبيرة (راجع: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 228/3).

تَمْسُوهُنَّ بِمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا  
[الأحزاب: 49].

كل هذه الآيات حملت أمراً بالمتعة، ورغبت فيه واعتبرته من عمل المتقين والمحسنين.

2/ من السنة: ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه تزوج أسماء بنت النعمان الجونية<sup>1</sup> ثم طلقها قبل أن يدخل بها بعد أن استعادت منه فأمر بأن تكسى برازيتين<sup>2</sup> وإحاقها بأهلها<sup>3</sup>.

والحكمة من مشروعية المتعة أنها نوع من التنزيه وجبر خاطر المرأة، وفي هذا الإطار نقل محمد رشيد رضا<sup>4</sup> عن شيخه محمد عبده<sup>5</sup>: "إن الطلاق غضاضة وأن الزوج ما طلقها إلا وقد رابه شيء منها، فإذا هو متعها متاعاً حسناً تزول هذه الغضاضة، ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة بنزاهتها والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله، أي لعذر يختص به، لا من قبلها ولا لعله فيها، لأن الله أمرنا أن نحافظ على الأعراض بقدر الطاقة، فجعل التمتع كالمهرم لجرح القلب لكي يتعاه به

<sup>1</sup> أسماء بنت النعمان: هي أسماء بنت النعمان بن الجون بن شراحيل تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستعادت منه، ففارقها ولم يدخل بها (ابن الأثير، أسد الغابة، 14/7).

<sup>2</sup> الرازية هي ثياب من كتان أبيض (المعجم الوسيط، 342/1).

<sup>3</sup> عن أبي أسيد رضي الله عنه، قال: خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم حتى انطلقنا إلى حائط يقال: له الشوط، حتى انتهينا إلى حائطين، فجلسنا بينهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «اجلسوا ها هنا» ودخل، وقد أتى بالجونية، فأنزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شرحبيل، ومعها دايتها حاضنة لها، فلما دخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم قال: "هي نفسك لي" قالت: وهل تمب الملكة نفسها للسوقة؟ قال: فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن، فقالت: أعود بالله منك، فقال: "قد عذت بمعاذ" ثم خرج علينا فقال: "يا أبا أسيد، أكسها رازيتين، وأحاقها بأهلها" (أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق، رقم 5255، 41/7).

<sup>4</sup> هو محمد رشيد بن علي رضا القلموني، البغدادي الأصل، الحسيني النسب المولود سنة 1282هـ/1865م، صاحب مجلة المنار وأحد رجال الإصلاح الإسلامي، لازم الشيخ محمد عبده وتلمذ عليه، استقر في آخر أيامه بمصر وتوفي بها في حادث سير بين السويس والقاهرة سنة 1354 هـ / 1935 م (راجع: الزركلي، الأعلام، 126/6).

<sup>5</sup> محمد عبده بن حسن خير الله، من آل التركماني: مفتي الديار المصرية، ومن كبار رجال الإصلاح والتجديد في الإسلام، عاش في الفترة بين 1266 هـ/1849م و 1323 هـ/1905م (راجع: الزركلي، الأعلام، 252/6).

الناس"<sup>1</sup>، كما أن المتعة تعد بمثابة تعويض لها عما فاقتها بشيء تُعطاه من زوجها، بحسب حاله على الموسع قدره وعلى المقتر قدره<sup>2</sup>.

### البند الثاني: حكم المتعة

#### أولاً: حكم المتعة في الفقه الإسلامي

المتفق عليه لدى الفقهاء هو أن المتعة متعلقة بالطلاق من جهة الزوج في عقد صحيح، ولا متعة في عقد فاسد أو التي تكون بطلب من الزوجة<sup>3</sup>، ودارت أحكامها بين الوجوب والندب على أقوال وهي كالآتي:

**1/ القول الأول:** هو مذهب الحنفية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup> هو مذهب الشافعي القديم<sup>6</sup> وهي تتردد بين الوجوب والاستحباب، وتكون المتعة واجبة في طلاق المفوضة التي لم يفرض لها مهراً، أو المسمى لها مهراً تسمية فاسدة، ويلحق الحنفية إلى هذا الحكم كل طلاق قبل الدخول لم يسمى فيه مهراً وإنما فرض بعده، ويخالف ذلك أبو يوسف، الذي يرى أن لها نصف المهر لأن الفرض بعد العقد كالفرض في العقد، وهو مذهب الشافعي وأحمد، واستدلوا فيما ذهبوا إليه بما يأتي:

أ/ قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة: 236]، وقوله: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾

<sup>1</sup> محمد رشيد رضا، تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990م، 340/2.

<sup>2</sup> ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 641/1.

<sup>3</sup> الكاساني بدائع الصنائع، 295/2، ابن قدامة، المغني، 242/7، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 398/4، الفراوي، الفواكه الدواني، 36/2.

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 295/2.

<sup>5</sup> ابن قدامة، المغني، 240/7.

<sup>6</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 548/9، النووي، شرح صحيح مسلم، 07/12، الغزالي، الوسيط في المذاهب، 268/5.

﴿ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا <sup>ط</sup> فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾

[الأحزاب: 49]، فقلوه تعالى: ﴿ فَمَتَّعُوهُنَّ ﴾ أمر، والأمر يدل على الوجوب حتى يقوم دليل

على الندب واعتبار حال الرجل في تقدير المتعة لقلوه: ﴿ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ

قَدْرُهُ ﴾ دليل على وجوبها<sup>1</sup>، ثم إن المتعة في نكاح التفويض تقوم مقام نصف المهر في حالة

التسمية<sup>2</sup>، فهي كالتيتم بدلاً عن الوضوء<sup>3</sup>، وجعلها حقا على المحسنين تأكيداً لإيجابها إذ جعلها في

شروط الإحسان، وعلى كل واحد أن يكون من المحسنين، وهو تأكيد لإيجابها وليس تخصيصهم

بالذكر نفي لإيجابها على غيرهم<sup>4</sup>.

ب/ قوله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ <sup>ط</sup> حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة:

241] جاءت هذه الآية بحكم عام ثم خصصت المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية،

وبقيت المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه، والمطلقة بعد الدخول على ظاهر العموم،

والمتعة وجبت بدلاً عن البضع، وإما بدلاً عن نصف المهر أو ابتداء، فإذا استحققت المهر المسمى

أو مهر المثل بعد الدخول، وأوجبنا المتعة لأدى إلى أن يكون لملك واحد بدلان، ولأدى إلى الجمع

بين البذل والأصل وهذا ممتنع<sup>5</sup>.

ج/ من المعقول: أن الله أوجب للمطلقة المهر كاملاً بعد الدخول إن سمي لها المهر، فإن لم

يسم فلها مهر المثل، وأوجب لها نصف المهر قبل الدخول، فيكون للتي لم يسم لها المهر وطلقت

<sup>1</sup> الكاساني بدائع الصنائع، 302/2، الجصاص، أحكام القرآن، 519/1.

<sup>2</sup> ابن قدامة، المغني، 240/7، الكاساني بدائع الصنائع، 302/2.

<sup>3</sup> الكاساني بدائع الصنائع، 302/2.

<sup>4</sup> الكاساني بدائع الصنائع، 302/2، الجصاص، أحكام القرآن، 520/1.

<sup>5</sup> الكاساني بدائع الصنائع، 302/2.

قبل الدخول استحقاقها المتعة، وهي بعض مهر المثل فيجب كما يجب نصف المسمى إن طلق قبل الدخول.<sup>1</sup>

2/ القول الثاني: المتعة مستحبة لكل مطلقة، وأصبح طلاقها بائناً إلا المختلعة والملاعنة والمفروض لها صداقاً إذا طلقت قبل البناء، وهو قول اختاره فقهاء المالكية وهو المشهور عندهم<sup>2</sup> وهو رأي القاضي شريح<sup>3</sup>، وفي ذلك ما جاء في المدونة: "المتاع أمر رغب الله فيه، وأمر به ولم ينزل بمنزلة الفرض من النفقة والكسوة"<sup>4</sup>، واستدل المالكية بـ:

أ/ قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْوَسْعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ [البقرة: 236] وقوله: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241]، والأصل هنا الوجوب ولكن صرفه عنه هنا قوله: ﴿عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ و﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، لأن الواجبات لا تنقيد بهما لذلك فهي على سبيل الندب<sup>5</sup>، وقال مالك: "إنما خفف عندي في المتعة ولم يجبر عليها المطلق في القضاء في رأبي لأني أسمع الله يقول ﴿عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ و﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، فلذلك خففت ولم يقض بها"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الجصاص (أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي)، أحكام القرآن، تح: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/1994م، 521/1.

<sup>2</sup> مالك، المدونة الكبرى، 238/2، الصاوي، حاشية الصاوي، 617/2، الخرشبي، شرح مختصر خليل، 87/4، ابن عبد البر (أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي)، الاستدكار، تح: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ/2000م، 121/6.

<sup>3</sup> القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، 200/3.

<sup>4</sup> مالك، المدونة الكبرى، 239/2.

<sup>5</sup> الخرشبي، شرح مختصر خليل، 87/4.

<sup>6</sup> مالك، المدونة الكبرى، 239/2.

ب/ ومن المعقول:

- إن تأثير الطلاق الإسقاط لا الإيجاب، بدليل أنه إذا سمي مهراً ثم طلق سقط نصفه، ولم يلزم شيء آخر، فلم يجب به شيء لأن ما كان واجباً قبله قد سقط، فهو عن أن يجب به شيء آخر لم يكن واجباً أبعد<sup>1</sup>.

- إن المتعة لو كانت فرضاً أو واجباً يقضي به لكانت مقدرة معلومة كسائر الفرائض في الأموال فلما لم تكن كذلك خرجت من دائرة الفروض إلى الندب والإرشاد والاختيار، وصارت كالصلة والهدية<sup>2</sup>.

**3/ القول الثالث:** المتعة واجبة لكل مطلقة إلا المطلقة قبل الدخول التي سمي لها مهراً، فإنها تستحق نصف المهر وليس لها متعة، وهو رأي الشافعي في مذهبه الجديد<sup>3</sup>، ومالك في قول<sup>4</sup>، واستدلوا ب:

أ/ الآيتان 236 و 241 من سورة البقرة السابق ذكرهما، فقالوا إن الله أوجب المتعة لجميع النساء لعموم قوله: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>5</sup>، إلا ما خصه الدليل في المطلقة قبل الدخول المسمى لها.

ب/ قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلٌّ لِأَزْوَاجِكُ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا

وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعِكُنَّ وَأُسرِّحُكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 28]، فكان

<sup>1</sup> القاضي عبد الوهاب (أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تح: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1420هـ/1999م، 715/2.

<sup>2</sup> ابن عبد البر، الاستذكار، 121/6.

<sup>3</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 548/9، الشيرازي، المهذب، 475/2، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 364/6، النووي، المجموع، 389/16.

<sup>4</sup> الخرشبي، شرح مختصر خليل، 87/4، الصاوي، حاشية الصاوي، 616/2.

<sup>5</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 364/6.



ذلك في نساء دخل بهن، ولأن ما حصل لها بدل عن الوطاء، وبقي الابتذال يغير بدل فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول<sup>1</sup>.

وخلاصة ما عرضته من آراء فقهية، فإن الفقهاء أجمعوا على وجوب المتعة قبل الدخول في نكاح التفويض، عوضاً عن نصف المهر باستثناء المالكية الذين يرون أنه مستحب، ورأي الجمهور هنا هو الأرجح عملاً بقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ

مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ [البقرة: 236]، وقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾

هو أمر يقتضي الوجوب، ولا يحتمل الندب إلا إذا دل دليل على ذلك، ثم إن الله ربط المتعة بالإحسان وجعله حقاً على المحسنين تأكيداً لإيجابه، فعلى كل واحد أن يسعى ليكون من المحسنين<sup>2</sup>، والله تعالى قد أمر خلقه بأن يكونوا من المحسنين والمتقين وما وجب من حق على أهل الإحسان فهو في حق غيرهم أوجب ولهم ألزم<sup>3</sup>.

كما أن العدل يقتضي أنه إذا فرض مهر المثل في مقابل المهر المسمى فإنه يقتضي أن يفرض نصف مهر المثل في مقابل نصف المسمى عند الطلاق قبل الدخول لذلك شرعت المتعة.

أما إذا تم الدخول بالزوجة فإن جمهور الفقهاء حكموا باستحباب المتعة ما عدا الشافعية والمالكية في رأي عندهم الذين قالوا بالوجوب، واعتماداً على الآيات التي جاءت بأحكام المتعة،

منها ما جاء عاماً كقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾

﴿البقرة: 241﴾، وقوله: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلٌّ لِأَزْوَاجِكِ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ

الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 28]، ثم

خصصت المطلقة قبل الدخول بأن لها المتعة إن لم يسم لها صداقاً، ولها نصف الصداق إذا سمي لها

<sup>1</sup> الشيرازي، المهذب، 475/2، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 364/6.

<sup>2</sup> الجصاص، أحكام القرآن، 520/1.

<sup>3</sup> الطبري، تفسير الطبري، 133/5.

ففهم أن الحكم العام مقتضاه الندب، ولو كانت المتعة واجبة في كل الحالات لما كان تخصيص لغير المدخول بها، فيفهم من ذلك أن لكل حالة حكمها، وكان الحكم أن يكون لغير المدخول بها نصف الصداق وللمفوضة المتعة، أما المدخول بها فلها المتعة على وجه الاستحباب، ثم إن المتعة في أصلها تهدف إلى التنزيه وجبر خاطر الزوجة فلهذا كانت مستحبة في حكمها إلا ما أختص بنص.

### ثانياً: موقف القانون من المتعة

لم يتطرق القانون الجزائري إلى أحكام المتعة كما فعلت بعض التشريعات<sup>1</sup>، مما يجعل القاضي يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، لأن المشرع الجزائري أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون أن يلزم القضاة بمذهب معين، فإنه باستقراءنا للاجتهادات القضائية الصادرة من المحكمة العليا، نجد أنه يكيف المتعة على أنها نوع من التعويض الذي يحكم به للزوجة للتخفيف عن ألم الفراق لزوجها، لذلك فإنه لا يمكن الجمع بين التعويض والمتعة في آن واحد<sup>2</sup>.

لذلك فإن القاضي الجزائري يحكم بالمتعة تارة وبالتعويض تارة أخرى وهذا الأخير مرتبط بمدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، وقد نظم المشرع في المادة 52 بأنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج من الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

<sup>1</sup> ومن ذلك ما جاء في المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها، ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأكثر وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ويجوز أن يرخص في سداد هذه المتعة على أفساط" وكذلك ما نصت عليه المادة 196 من القانون الليبي والمادة 2/61 من القانون السوري والمتعلقتين بمتعة الطلاق قبل الدخول.

<sup>2</sup> جاء في أحد القرارات: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. لذلك يجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بمبلغ مالي باسم المتعة ويدفع مبلغ آخر كتعويض" (قرار رقم: 35912، بتاريخ: 1985/04/08، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع1، 1989، ص89).

ويكون تعسفاً في استعمال الحق من الناحية الشرعية إذا كان الفعل مشروعاً حسب الأصل الظاهر، لأنه يستند إلى الحق كما هو الحال بالنسبة لحق الزوج في الطلاق، ولكنه يتناقض مع روح الشريعة في بواعثه ونتائجه<sup>1</sup>، ونكون أمام تعسف في استعمال الحق إذا:

1- تمخض عن قصد الإضرار بالفعل

2- مظنة قصد الإضرار التي تستفاد من القرائن

3- الإهمال للمعنى الاجتماعي الذي أمر به الإسلام<sup>2</sup>.

وأساسها في القانون المسؤولية التقصيرية، وقد حدد القانون الجزائري حالاتها متمثلة<sup>3</sup> في:

1- إذا وقع قصد الإضرار بالغير.

2- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وما عدا هذه الحالات فإن القاضي يحكم بالمتعة كلما كان الطلاق موقفاً من قبل الزوج<sup>4</sup>

وتظهر الفروق الجوهرية بين المتعة والضرر الناتج عن حق الطلاق في:

1- إن المتعة جاءت بنص شرعي، أما التعويض فهو جزاء التعسف في استعمال حق الطلاق<sup>5</sup>.

2- إن المتعة غير متعلقة بأسباب الطلاق، أما التعويض فهو يناقش الأسباب والنتائج، لذلك

فإنه يحتاج إلى إثبات عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية.

<sup>1</sup> فتحي الدبريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1408هـ/1988م، ص 80-81.

<sup>2</sup> الشاطبي(إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي)، الموافقات، دار ابن عفا، ط1، 1417هـ/1997م، 3/56.

<sup>3</sup> المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> ساجدة عفيف، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011م، ص 149.

<sup>5</sup> أحمد بن صالح آل عبد السلام، متعة الطلاق، بحث مقدم للدورة الثانية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ص 39.

3- متعة الطلاق وضعت للتخفيف عن الزوجة، فهي تعبر عن مروءة واحسان، بينما يعبر التعويض عن عقوبة وغرامة<sup>1</sup>.

وما يمكن ملاحظته هو أن القضاء الجزائري رجع المذهب الشافعي، من حيث وجوبها على الرغم من أننا نلمس خلطاً بين المتعة والضرر في بعض القرارات.

وفي القانون المغربي جاء في المادة 84 من مدونة الأسرة: "تتضمن مستحقات الزوجة الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه".

والمشرع المغربي من خلال هذا النص جعل المتعة تدفع للزوجة في كل طلاق يحدثه الزوج وجعل الطلاق التعسفي أحد الأسباب التي تتحكم في قيمة المتعة أما الفراق الذي يكون بطلب من الزوجة فيحكم فيه بالتعويض كما لو تعلق الأمر بحالة الشقاق ثبت مسؤولية الزوج فيه حسب ما يراه المجلس الأعلى المغربي<sup>2</sup>.

وبالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية فقد جاء في الفصل 31<sup>3</sup>، بعد أن عدت الحالات التي يقضي فيها بالطلاق: "... يقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين في الفقرتين الثانية والثالثة أعلاه.

وبالنسبة إلى المرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحلول على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن، وهذه الجراية قابلة للمراجعة ارتفاعاً وانخفاضاً بحسب ما يطرأ من متغيرات وتستمر إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية...".

<sup>1</sup> المتعة حسب القضاء الجزائري تتعلق بالطلاق الذي يوقعه الزوج فقط أما الذي يكون بطلب من الزوج أو تكون الزوجة سبباً فيه فيكون فيه تعويض حسب المادة 52 من قانون الأسرة وهو ما أكدته الاجتهادات القضائية ( قرار رقم 51614، بتاريخ: 1989/11/21، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع4، 1990، ص 67.

<sup>2</sup> قرار رقم 433 بتاريخ 2010/09/21، ملف 2009/1/2/623، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المجلس الأعلى، ع72، ص87.

<sup>3</sup> أستحدث هذا النص من مجلة الأحوال الشخصية بمقتضى القانون عدد 07 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع التونسي لم يتحدث عن متعة الطلاق، وفق المفهوم الشرعي، وجاء ببدعة جديدة لم يسبقه إليها أحد وهي جناية الطلاق، وما يمكن القول عنها أنها تمثل امتداداً للنفقة الزوجية إلى ما بعد الطلاق، وبطريقة تحافظ بها الزوجة على الوضع الاجتماعي الذي كانت تعيشه أثناء فترة الحياة الزوجية<sup>1</sup>.

### البند الثالث: تقدير المتعة

ويكون ذلك من خلال المعيار المعتمد في التقدير ثم تحديدها:

#### أولاً: معيار تقدير المتعة

1/ معيار تقدير المتعة في الفقه الإسلامي: تباينت أقوال الفقهاء في تحديد المعيار المناسب الذي على أساسه يتم تحديد قيمة المتعة وانقسموا إلى ثلاثة آراء أساسية.

أ/ القول الأول: المتعة مقدرة بحال الزوج في يساره وإعساره، وقال بهذا الرأي فقهاء المالكية في المشهور عندهم<sup>2</sup>، وهو مذهب الحنابلة<sup>3</sup> والشافعية في قول<sup>4</sup>، وأبو يوسف من الحنفية<sup>5</sup> والظاهرية<sup>6</sup> وابن جرير الطبري<sup>7</sup>.

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدَرُهُنَّ وَعَلَىٰ الْمُقْتَرِ

قَدَرُهُنَّ﴾ [البقرة: 236]، فصريح هذه الآية جعل المتعة حسب حال الزوج لأنه المكلف بها،

<sup>1</sup> ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الاحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011م، ص 123.

<sup>2</sup> الخرشبي، شرح مختصر خليل، 87/4، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 425/2، الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، 264/4.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 242/7، البهوتي، كشاف القناع، 158/5.

<sup>4</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 477/9، الشيرازي، المهذب، 467/2.

<sup>5</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 304/2.

<sup>6</sup> ابن حزم، المحلى بالأثار، 10/10.

<sup>7</sup> الطبري، تفسير الطبري، 120/5.

وفي ذلك قال الطبري: " أعطوهن ما يتمتعن به من أموالكم على أقداركم ومنازلكم من الغنى والإقتار"<sup>1</sup>.

ومن القياس أن المتعة تجب بحسب حال الزوج قياساً على النفقة فقال تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ <sup>ط</sup> [الطلاق: 07] وفي المتعة قال: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: 236]<sup>2</sup>.

ب/ القول الثاني: المعتبر في المتعة حال المرأة في يسارها وإعسارها وهو مذهب الشافعية<sup>3</sup> وقول بعض الحنابلة<sup>4</sup>، والكرخي والقدوري<sup>5</sup> من الحنفية<sup>6</sup>.

واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ <sup>ط</sup> [البقرة: 241]، والمعروف أن يعطى للمرأة ما يليق بها ثم إن المتعة مقدرة في بعض صورها فنصف مهر المثل والمهر يعتبر فيه حال الزوجة لا الزوج.<sup>7</sup>

ج/ القول الثالث: المعتبر في المتعة حال الزوجين معاً وهو مذهب الحنفية<sup>8</sup> والشافعية في قول آخر لهم<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> المصدر السابق، 450/3.

<sup>2</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 399/4.

<sup>3</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 399/4، الرملي، نهاية المحتاج، 365/6، الشيرازي، المهذب، 475/2

<sup>4</sup> ابن قدامة، المغني، 242/7.

<sup>5</sup> القدوري: هو أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان الإمام المشهور أبو الحسن بن أبي بكر الفقيه البغدادي المعروف بالقدوري صاحب المختصر المبارك انتهت إليه رئاسة الحنفية في العراق، مولده سنة 362هـ، مات القدوري سنة 428هـ (راجع: عبد القادر بن محمد، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، 93/1).

<sup>6</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 327/3.

<sup>7</sup> الشيرازي، المهذب في قصة الشافعي، 467/2.

<sup>8</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 327/3.

<sup>9</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 399/4، الرملي، نهاية المحتاج، 365/6.

واستدلوا في ذلك على أن المتعة يراعي فيها حال الرجل في يساره وإعساره لقوله تعالى:

﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: 236] وحال المرأة لقوله تعالى: ﴿

مَتَّعُ بِالْمَعْرُوفِ﴾، فوجب اعتبار المعنيين في ذلك، لأنه ليس من المعروف أن نسوي بين

الشريفة والذنية، فلو اعتبر حال الزوج وحده كما لو تزوج امرأتين، أحدهما شريفة والأخرى ذنية، ثم طلقهما قبل الدخول ولم يسم لهما مهراً أن تكون متساويتين في المتعة وهو مستجهن عرفاً<sup>1</sup>.

والذي أراه هو اعتبار حال الزوج اعتماداً على صريح قوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ

وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: 236]، كما أن الحكمة من المتعة هو تطيب خاطر المرأة

ومواساتها فكان مراعاة البذل في ذلك حسب حال الزوج وطاقته.

2/ معيار تقدير المتعة في القانون: بالرجوع إلى القرارات القضائية الصادرة من المحكمة

العليا يظهر من خلالها أن القضاء الجزائري يراعي في تقدير المتعة الطرفين معاً الزوج والزوجة، فقد جاء في أحد القرارات: "إذا كان الثابت أن قضاء الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناها وفقرها أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطى عادة بما يتناسب مع امكانيات الزوج المادية..."<sup>2</sup>، ففي هذا القرار ما يفيد مراعاة الحالة الاجتماعية والمالية للزوجين معاً، وهو مذهب الحنفية.

وفي مدونة الأسرة المغربية فإن المادة 84 فصلت في ذلك باعتبار حالة الزوج في تقدير المتعة

بما يوافق المذهب المالكي.

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 304/2.

<sup>2</sup> قرار رقم 32779 بتاريخ 1984/04/02، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع02، 1989، ص61.

ولم أتبين موقف المشرع التونسي عندما استخدم مصطلحا جديداً غير مألوف في الفقه الإسلامي أو التشريعات العربية الأخرى، وهو جناية الطلاق، والغرض منه استمرار حياة المطلقة وفقاً لما اعتادته من عيش في ظل الحياة الزوجية، لذلك يراعي في تحديدها حالة الزوجين معاً<sup>1</sup>.

### ثانياً: تحديد المتعة

#### 1/ تحديد المتعة في الفقه الإسلامي: اجتهد الفقهاء في وضع معيار يحتكم إليه في تقدير

المتعة وقيمتها وجنسها واختلفوا في ذلك وتباينت آراءهم كالآتي:

أ/ المذهب الحنفي: المتعة عند الحنفية<sup>2</sup> تقدر بالثياب وهي ثلاثة<sup>3</sup>: درع وخمار وملحفة،

بناءً على أن المتاع المذكور في قوله: ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ ﴾ وقوله: ﴿ مَتَّعُ بِالْمَعْرُوفِ ﴾<sup>ط</sup> يقصد به

العروض في العرف، ولأن لإيجاب الأثواب نظيراً في أصول الشرع، وهو الكسوة التي تجب لها حال

قيام الزوجية وأثناء العدة، وأدنى ما تكتسب به المرأة وتستتر به عند الخروج ثلاثة أثواب<sup>4</sup>، على أن

لا تزيد عن نصف مهر المثل، وهو الحد الأعلى للمتعة، أما الحد الأدنى فهو خمسة دراهم، استناداً

إلى أن أقل المهر عندهم عشرة دراهم والمتعة نصفها، وهي خمسة دراهم<sup>5</sup>.

ب/ المذهب المالكي: ذهب المالكية إلى أن المتعة غير محددة في جنسها ولا في قدرها

اعتماداً على قول مالك في الموطأ قال مالك: " ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا

كثيرها"<sup>6</sup>، وهو قول يتوافق مع مبدأ الاستحباب في المتعة، التي يراعي فيها جبر خاطرها ومبدأ

<sup>1</sup> الساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، ص 123.

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 304/2. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 110/3.

<sup>3</sup> الدرع: هو ما تلبسه المرأة فوق القميص أو هو القميص، والخمار ما تغطي به المرأة رأسها والملحفة ما تلتحف به المرأة من قرنها

إلى قدمها (راجع: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 110/3)

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 304/2.

<sup>5</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 111/3. الكاساني، بدائع الصنائع، 304/2.

<sup>6</sup> القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، 202/3، ابن عبد البر، الاستذكار، 120/6. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 89/4.



اعتبار حال الزوج في تقديرها وهو المشهور في المذهب<sup>1</sup>، واعتمدوا في ذلك على قوله تعالى: ﴿عَلَى

الْمُوسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: 236]، فالنص هنا لم يبين حداً للمتعة فهو

دليل على رفض التحديد<sup>2</sup>، وقد اختلف الصحابة في تقديرها وترك تقديرها للعرف والعادة<sup>3</sup>.

ج/ المذهب الشافعي: قال الشافعية<sup>4</sup> يستحب ألا تنقص المتعة عن ثلاثون درهماً أو ما

قيمته، وهو أدنى المستحب، وأعلاه خادم، وأوسطه ثوب، لما ورد عن ابن عباس أنه قال:

"يستحب أن يمتنعها بثلاثين درهماً، ويسن أن لا تبلغ نصف مهر المثل فإن بلغت أو جاوزته جاز

لإطلاق الآية: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ ومقتضى ذلك أنه لا يصل إلى نصف مهر المثل إذا فرضها

القاضي، وإذا تراضى الزوجان جاز ذلك، ويكون تقدير القاضي في حال النزاع.

د/ المذهب الحنبلي: أعلى المتعة عند الحنابلة<sup>5</sup> خادم إن كان غنياً وأدناها كسوة كاملة

بُجْزئها في صلاحها، وأقل الكسوة درع وخمار أو نحو ذلك، لحديث ابن عباس: "أعلى المتعة خادم ثم

دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة" ويرجع في تقديرها للحاكم لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره

وهو ما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه للحاكم كسائر الاجتهادات.

وما يترجح لدي في تحديد المتعة هو أنه لا حد لأقلها ولا حد لأكثرها، ويتحكم فيها

العرف واجتهاد القاضي، لان النص جاء على إطلاقه ولم يضع لها مقداراً معيناً، أما ما قال به

الفقهاء من تحديد للمتعة بالخادم والثياب، إنما كان لاعتبار العرف عندهم وهو محض اجتهاد

<sup>1</sup> مالك (مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني)، الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في متعة الطلاق، رقم 2123، تح: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات، ط1، 1425 هـ/ 2004م، 825/4.

<sup>2</sup> القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، 202/3.

<sup>3</sup> للمزيد راجع القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، 202/3.

<sup>4</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 399/4، الرملي، نهاية المحتاج، 365/6، الشيرازي، المهذب، 476/2.

<sup>5</sup> ابن قدامة، المغني، 242/7، البهوتي، كشف القناع، 158/5.

منهم، وهو يختلف باختلاف العصور والبلاد<sup>1</sup>، وإن كان بعضها يستند على أقوال الصحابة<sup>2</sup>، فكما يقول الجصاص: "هذه المقادير كلها صدرت عن اجتهاد آرائهم ولم ينكر بعضهم ما صار إليه من مخالفته فيه، فدل على أنها عندهم موضوعة على ما يؤدي إليه اجتهاده، وهي بمنزلة تقويم المتلفات وأرش الجنایات التي ليس لها مقادير معلومة في النص"<sup>3</sup>، وقد دل على ذلك قوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: 236]، ويعود تقديرها إلى اتفاق الطرفين فإن اختلفا فباجتهاد القاضي، وهذا هو الظاهر<sup>4</sup>، إلا أنه يجب التفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها، فالتى لم يدخل بها لا ينبغي أن تتجاوز المتعة قيمة نصف مهر المثل قياساً على المسمى لها، أما المدخول بها فليس لها حد.

**2/ تحديد المتعة في القانون:** بالنظر إلى ما استقرت عليه بعض القوانين العربية في تحديد قيمة المتعة نجد أنها اختلفت في ذلك، فمنهم من بنى تحديد المتعة على النفقة، فجعل المتعة تقابل مدة معينة من النفقة الزوجية، إلا أنهم اختلفوا في تحديد هذه المدة فمنهم من حددها بستتين<sup>5</sup>، ومنهم من جعلها سنة كاملة<sup>6</sup>، وهناك من ربطها بمهر المثل فاشتراط ألا تتعدى قيمة نصف مهر المثل<sup>7</sup>، ومنهم من فرق بين حالتين، وهما حالة قبل الدخول فحددها بنصف مهر المثل، وبعد

<sup>1</sup> ملين لبني، حق المتعة وعلاقته بالنعويض عن الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014/2015، ص 25.

<sup>2</sup> عمر سليمان الأشقر، الواضح في قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط5، 1433هـ/2012م، ص 183.

<sup>3</sup> الجصاص، أحكام القرآن، 526/1.

<sup>4</sup> الشنقيطي (محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الشنقيطي)، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان، 1415 هـ / 1995 م، 1/152.

<sup>5</sup> المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري.

<sup>6</sup> المادة 165 من القانون رقم 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

<sup>7</sup> المادة 55 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة 62 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المادة 19 من قانون الزواج والطلاق الليبي .

الدخول ربطها بالنفقة بأن لا تتعدى قيمة ستة أشهر من النفقة<sup>1</sup>، وفي جميع الحالات فإن تقديرها يخضع لسلطة القاضي.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فلأنه لم ينظم المسألة في القانون، فإن تقصي الاجتهاد القضائي يعطي انطبعا بأن قيمتها تحدد حسب الضرر الذي يلحق بالمرأة وعلى القاضي أن يبرر ذلك، ومن ذلك ما جاء في قرار للمحكمة العليا بالقول: "من المقرر شرعا وقضاءً أن المتعة للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزءاً من المسؤولية..."<sup>2</sup>.

وبالنسبة للقانون المغربي فإنه من خلال المادة 84 من المدونة جعل تقدير المتعة مرتبط بثلاث اعتبارات، هي فترة الزواج و الوضعية المالية للزوج ومدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، أما القانون التونسي فقد أخضعها لأحكام النفقة من حيث قيمتها، كبعض التشريعات إلا أنه أبقى المدة مفتوحة، وربطها بتغيير حال المطلقة، بزواج جديد أو تحسن وضعها الاجتماعي.

### الفرع الثاني: نفقة العدة

وفيه مفهوم العدة وأنواعها، وبعدها أحكام نفقة العدة، ثم سقوطها.

#### البند الأول: مفهوم العدة وأنواعها

#### أولاً: تعريف العدة وحكمها الشرعي

#### 1/ تعريف العدة:

<sup>1</sup> المادتان 29 و 198 من قانون الأحوال الشخصية السوداني.

<sup>2</sup> قرار رقم 39731، بتاريخ 1986/01/27، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع4، 1993، ص91.

أ/ العدة لغة: العدة بكسر العين هي الإحصاء، ويقال عدت الشيء أي أحصيته، وأطلقت على عدة المرأة لاشتغالها على عدد الأقران والأشهر غالباً، وعدة المرأة من أيام قرونها وأيام إحدائها<sup>1</sup>.

ب/ العدة اصطلاحاً: توافق الفقهاء في تعريفهم للعدة بأنها مدة مقدرة شرعاً على المرأة أن تراعي أحكامها لعد مفارقة زوجها، فكانت تعاريفهم متقاربة ومن ذلك:

عرفها الحنفية ب: "هي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته"<sup>2</sup>، وهي أيضاً: "تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت"<sup>3</sup>.

وهي عند المالكية: "مدة منع النكاح لفسخه، أو موت الزوج أو طلاقه"<sup>4</sup>، وعند الشافعية: "مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعب، أو لتفجعها على زوجها"<sup>5</sup>.

أما الحنابلة فعرفوها ب: "هي التربص المحدود شرعاً تلزم به كل امرأة فارقت زوجها خلا بها مطاوعة مع علمه بها، وقدرته على وطئها، ولو مع ما يمنعه منهما أو من أحدهما حساً أو شرعاً أو وطئها أو مات عنها، حتى في نكاح فاسد فيه خلاف"<sup>6</sup>.

وعرفها من المعاصرين عبد الكريم زيدان بأنها: "مدة مقدرة بحكم الشرع تلزم المرأة مراعاة أحكامها عند وقوع الفرقة بينها وبين زوجها"<sup>7</sup>.

## 2/ حكمها الشرعي: العدة واجبة شرعاً بالكتاب والسنة والإجماع

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، 2834/4، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر. دمشق - سورية، ط2، 1408هـ / 1988م، ص 249.

<sup>2</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 138/4، الزيعلي، تبين الحقائق، 26/3.

<sup>3</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 307/4.

<sup>4</sup> المواق، التاج والإكليل، 470/5.

<sup>5</sup> زكريا الأنصاري (زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، دط، دت، 389/3، البحيرمي، حاشية البحيرمي، 76/4.

<sup>6</sup> البهوتي(منصور بن يونس البهوتي)، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار المؤيد للنشر والتوزيع، الرياض، دط، دت، ص602.

<sup>7</sup> عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 121/9.

أما من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ<sup>ع</sup>﴾

[البقرة: 228] وقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ

فَعِدَّتِهِنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ<sup>ع</sup> وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعَنَّ حَمْلَهُنَّ<sup>ع</sup>﴾

[الطلاق: 04] وقوله أيضا: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ

أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا<sup>ط</sup>﴾ [البقرة: 234]

وأما من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد

على ميت فوق ثلاث إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً"<sup>1</sup> وقوله لفاطمة بنت قيس<sup>2</sup>: "اعتدي في بيت ابن أم مكتوم..."<sup>3</sup>.

وقد أجمع علماء الأمة على وجود العدة في الجملة وإنما وقع الاختلاف في أنواعها<sup>4</sup>.

وقد تابع القانون ما نص عليه الشارع الحكيم، وذلك ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في

المواد بين 58 و61، ومدونة الأسرة المغربية في المواد 129 إلى 141 ومجلة الأحوال الشخصية في الفصول 34 إلى 36.

<sup>1</sup> البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب إحداد المرأة على غير زوجها، رقم 1281، 78/2، سلم في صحيحه كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفي عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل، رقم 1486، 1125/2.

<sup>2</sup> فاطمة بنت قيس بن خالد الأكبر بن وهب القرشية الفهرية أخت الضحاك بن قيس، وكانت تحت أبو حفص بن المغيرة فطلقها، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم وبعدها أشار عليها بأسامة بن زيد فتزوجته (راجع: ابن الأثير، أسد الغابة، 224/7).

<sup>3</sup> أبو داود في سنته، باب في نفقة المبتوتة، رقم 2284، 285/2، الترمذي في سنته باب ما جاء في أن لا يخطب الرجل فوق خطبة أخيه، رقم 1135، 433/2، وقال عنه حديث صحيح، وصححه الألباني في إرواء الغليل، 207/6.

<sup>4</sup> ابن قدامة، المغني، 96/8.

## ثانياً: أنواع العدة ومقاديرها

تتنوع العدة إلى ثلاثة أنواع هي: عدة بالقروء، وعدة بالأشهر، وعدة بوضع الحمل، وهذا التنوع راجع لاعتبارات بسبب الفرقة، وما تكون عليه المرأة عند الفرقة، وصحة النكاح وفساده وهي:

**1/ العدة بالقروء:** وهي واجبة في حق كل امرأة فارقتها زوجها بعد الدخول بأي سبب من أسباب الفرقة من غير الوفاة، إذا كانت المرأة من ذوات الحيض ولم تكن حاملاً<sup>1</sup>، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: 228].

وقد صرح القانون الجزائري بالاعتداد بالقروء في المادة 58 من قانون الأسرة وذكرها المشرع المغربي في المادة 186 من المدونة، وخالف المشرع التونسي أحكام الشريعة في هذا الباب، إذ نص على احتساب العدة بالأشهر فقط دون القروء، وهذا ما نص عليه الفصل 35 من المجلة<sup>2</sup>.

## 2/ العدة بالأشهر: وهي نوعان:

- نوع يجب بدلاً عن القروء للنساء اللاتي لا يحضن، سواء كان لصغر أو لكبر، وكذا المرأة التي لم تحض أصلاً، ويستدل عليها بقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ﴾ [الطلاق: 04]

<sup>1</sup> ابن كثير، تفسير ابن كثير، 606/1.

وقد اختلف الفقهاء في تفسير الفقهاء، هل يراد به الطهر أو الحيض وذهب في ذلك الحنفية إلى تفسيرها بالحيض، وخالفهم الجمهور وقالوا يراد به الطهر (للمزيد راجع: القرطبي، تفسير القرطبي، 113/3، الحصاص، أحكام القرآن، 440/1).

<sup>2</sup> جاء في الفصل 35 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "تعد المطلقة غير الحامل مدة ثلاثة أشهر وتعد المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة، أما الحامل فعدتها وضع حملها، وأقصى مدة للحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

- ونوع ثانٍ وجب أصلاً بنفسه وهي عدة المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح سواء كان مدخولاً أو غير مدخول بها، ودل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ

أَزْوَاجًا يَتَرَبِّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا<sup>ط</sup>﴾ [البقرة: 234]

وقد نظم القانون الجزائري العدة بالأشهر لليائس من الحيض في المادة 580 من قانون الأسرة، وتعرضها المشرع المغربي في المادة 136 من المدونة، والمشرع التونسي في المادة 35 من المجلة، أما فيما تعلق بعدة الوفاة فقد ذكرها قانون الأسرة الجزائري في المادة 59 وذكرها المشرع المغربي في المادة 132 من المدونة، والمشرع التونسي في الفصل 35 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

3/ عدة الحامل: تعتد الحامل عدة حملها سواء كان ذلك بسبب فرقة من نكاح صحيح أو

فاسد لو كانت بسبب الوفاة لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ<sup>ج</sup>﴾

[الطلاق: 04]

وقد أشار القانون إلى عدة الحامل في المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 133 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل 35 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

البند الثاني: أحكام نفقة المعتدة

أولاً: أحكام نفقة العدة في الفقه الإسلامي

تختلف نفقة المعتدة حسب نوع عدتها التي تتحدد حسب نوع الفرقة في ذلك، فقد تكون طلاقاً رجعيّاً وقد تكون طلاقاً بائناً، والبائن قد تكون فيه الزوجة حاملاً وقد تكون حائلاً.

1/ نفقة العدة من طلاق رجعي: لا خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقة المعتدة من طلاق

رجعي، فتبقى النفقة بكل عناصرها واجبة على الزوج، بما في ذلك حق السكن، لأن النكاح مازال

قائماً والحل لم يزل، وتبقى المعتدة في حكم الزوجة، ولزوجها أن يراجعها دون إذنها وليس لها الخيار في ذلك، ومن الأدلة على ذلك:

أ/ من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [البقرة: 228]، وقوله تعالى: ﴿ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجَنَّ ﴾ [الطلاق: 01]، وقوله تعالى أيضاً: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق: 06].

فالرجعة تفيد استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال<sup>1</sup>، وهي لا ترفع الزوجية ولا تبطلها<sup>2</sup>، وقد دلت النصوص السابقة ذكرها على احتباس الزوجة وعدم خروجها من مسكنها، فكذلك النفقة التي تجب جراء الاحتباس بحقه صيانة لمائه، فإذا لم تكن لها النفقة في هذه الحالة لتضررت، فأى تضيق أشد من منع النفقة مع الحبس في حقها<sup>3</sup>، ويجب على المطلقة الرجعية نفقتها ومسكنها كالزوجة، لأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره أشبه ما قبل الطلاق<sup>4</sup>.

ب/ من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم في قصة فاطمة بنت قيس التي طلقها زوجها ثلاثاً وأهل زوجها، عندما طالبتهم بالنفقة فقال صلى الله عليه وسلم: "إنما النفقة والسكن للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة"<sup>5</sup> وفي لفظ آخر: "أنظري يا ابنة قيس إنما النفقة والسكن للمرأة

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع 183/3.

<sup>2</sup> الجصاص، أحكام القرآن، 452/1.

<sup>3</sup> الزيلعي، تبين الحقائق، 60/3.

<sup>4</sup> البهوتي، كشاف القناع، 464/5. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 230/3.

<sup>5</sup> رواه النسائي من سنته، كتاب الطلاق باب الرخصة من ذلك/ رقم 3403، 144/6.

وقال عنه الألباني، حديث صحيح (الألباني ناصر الدين الألباني)، صحيح الجامع الصغير وزياداته، دار المكتب الإسلامي، بيروت، 1420هـ، رقم 2334، 462/1.



على زوجها ما كانت له عليها رجعة"<sup>1</sup>، هذا الحديث دل على وجوب النفقة والسكن على الزوج للمطلقة رجعياً وهو مجمع عليه<sup>2</sup>.

ج/ من الإجماع: نقل الإجماع في كل المذاهب أن المطلقة رجعياً لها النفقة والسكن وحكمها كحكم الزوجة في النفقة<sup>3</sup>.

2/ نفقة المعتدة من طلاق بائن: تتباين آراء الفقهاء حول نفقة وسكن المعتدة من طلاق بائن، حسب حال المطلقة هل هي حامل أم حائل؟

أ/ إذا كانت المطلقة حاملاً: تحقق إجماع الفقهاء حول نفقة المعتدة الحامل، فقالوا لها النفقة والسكن<sup>4</sup>، وهو حكم كل مطلقة حامل ولو كانت مختلعة، إلا أن تكون خالته على إسقاط حقها في النفقة، وإن مات قبل أن تضع حملها انتقضت النفقة، وبقيت السكنى فقط إن كانت مملوكة للميت، ويستثنى من ذلك المملوكة لأن اللعان طلاق بائن مؤكد التحريم والحمل منفي عن أبيه<sup>5</sup>.

ويلحق بالمعتدة من طلاق المعتدة من طلاق فاسد أو طلاق بشبهة على رأي بعضهم على اعتبار أن النفقة للحمل وليس للحامل<sup>6</sup>.

واعتمد الفقهاء فيما ذهبوا إليه على قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ

وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْنَّ<sup>٤</sup> وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْنَّ حَتَّى

يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ<sup>٥</sup>﴾ [الطلاق: 06]، فدللت الآية على وجوب السكن لكل مطلقة، ووجوب

<sup>1</sup> رواه أحمد في مسنده، مسند النساء، حديث فاطمة بنت قيس، رقم 27100، 53/45.

<sup>2</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، 361/6.

<sup>3</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 609/5، مالك المدونة، 248/2،

الماوردي، الحاوي الكبير، 464/11، المرادوي، الإنصاف، 360/9.

<sup>4</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 113/3.

<sup>5</sup> العدوي، حاشية العدوي، 126/2، مالك المدونة، 248/2، ابن قدامة، المغني، 235/8.

<sup>6</sup> النووي، روضة الطالبين، 67/9، المرادوي، الإنصاف، 497/7، ابن قدامة، المغني، 234/8.

النفقة للحامل، فإذا انتفى الحمل انتفت النفقة<sup>1</sup>، ولأن الحمل ولده فيلزمه الإنفاق عليه ولا يمكنه ذلك إلا بالإنفاق عليها<sup>2</sup>، ولأنها مشغولة بمائه فهو مستمتع برحمها فصار كالمستمتع بها في حال الزوجية إذ النسل مقصود بالنكاح كما أن الوطاء مقصود به<sup>3</sup>.

ب/ إذا كانت المطلقة حائلاً: إذا كان الاتفاق حاصل بين الفقهاء بشأن الحامل المعتدة من طلاق بائن، فإنه إذا تعلق الأمر بالمعتدة من طلاق بائن وهي حائل جرى فيه خلاف بين الفقهاء وانقسموا على ثلاثة آراء هي:

القول الأول: لها النفقة والسكنى، وهو قول الحنفية<sup>4</sup>، واحتجوا في ذلك بـ:

1- من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾

[الطلاق: 06]، وقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق:

01] فقالوا إن الأمر بالإسكان أمر بالإنفاق، لأنها محبوسة ممنوعة من الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة، فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت<sup>5</sup>.

2- لا فرق بين الطلاق البائن والرجعي، لأن النفقة تجب جراء الاحتباس بحقه، وصيانة

لمائه، وهذا المعنى موجود فيهما، ويؤيده قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارَّهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾

[الطلاق: 06]، فلو لم تكن لها النفقة في هذه الحالة لتضررت، وأي تضيق أشد من منع النفقة مع الحبس بحقه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الخرشبي، شرح مختصر خليل، 192/2، الشافعي، الأم، 253/5، ابن رشيد، بداية المجتهد، 144/3، الكاساني، بدائع الصنائع 209/3. السرخسي، المبسوط، 202/5.

<sup>2</sup> ابن قدامة، المغني، 8/ 232، بهاء الدين المقدسي (عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي)، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، دط، 1424هـ/2003م، ص 465.

<sup>3</sup> زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 437/3، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 174/5.

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع 209/3، الزيلعي، تبين الحقائق، 60/3. السرخسي، المبسوط، 202/5.

<sup>5</sup> الكاساني، بدائع الصنائع 202/5.

<sup>6</sup> الزيلعي، تبين الحقائق، 60/3.

3- إن تخصيص الحامل بالذكر في قوله تعالى: ﴿فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾

[الطلاق: 06] لا ينفي الحكم عن عداها، إذ لو نفي لنفي عن المطلقة رجعيًا أيضًا إذا كانت حائلا، وإنما خصت الحامل بالذكر لشده العناية بها لما يلحقها من المشاق بالحمل وطول مدته، ولإزالة الوهم لأنه يتوهم سقوطها لطول المدة<sup>1</sup>.

4- أما عن حديث فاطمة بنت قيس فقد رده كبار الصحابة، كعمر رضي الله عنه الذي قال فيه: "لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لا ندرى أصدقت أم كذبت" وفي بعض الروايات قال: "لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا ونأخذ بقول امرأة لعلها نسيت أو شبه لها، سمعت رسول الله يقول: لها السكن والنفقة"<sup>2</sup>، وقول عائشة فيما رواه البخاري "ما لفاطمة ألا تتقي الله"<sup>3</sup> و قالت: "أما إنه ليس لها خير في ذكر هذا الحديث"<sup>4</sup> وأنكره كذلك ابن مسعود وزيد بن ثابت وأسامة بن زيد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المصدر السابق، 60/3.

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع 210/5.

هذا الأثر روي عن الشعبي بلفظ: "لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لها السكنى والنفقة" (راجع: البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب من قال لها النفقة، رقم 15730، 781/7، الدارمي (أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي)، مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي)، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لها السكنى والنفقة، رقم 2320، تح: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1412 هـ / 2000 م، 1463/3).

قال عنه ابن حبان حديث صحيح على شرطيهما (راجع: ابن حبان، صحيح ابن حبان، كتاب الرضاع، باب النفقة، رقم 4250، 63/10).

<sup>3</sup> رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قصة فاطمة بنت قيس، رقم 5323، 57/7.

<sup>4</sup> رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قصة فاطمة بنت قيس، رقم 5325، 57/7.

<sup>5</sup> الزيلعي، تبين الحقائق، 60/3.

**القول الثاني:** لها السكن وليس لها النفقة، وهو قول المالكية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup>، وهو قول عائشة وعمر وابنه والفقهاء السبعة<sup>3 4</sup>، واستدلوا بـ:

1- قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾

[الطلاق: 06]، فدللت الآية على وجوب النفقة للحامل فإن انتفى الحمل انتفى الوجوب<sup>5</sup>.

2- قوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق: 06]،

فدل على استحقاق السكن لكل مطلقة<sup>6</sup>.

وقوله تعالى: ﴿ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾ [الطلاق: 01] فعموم الآية دل على استحقاق الزوجة للسكن<sup>7</sup>.

3- ما رواه مالك في موطنه عن قصة فاطمة بنت قيس قوله صلى الله عليه وسلم لها:

**ليس لك عليه نفقة** وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 517/2، القاضي عبد الوهاب، المعونة، 932، مالك المدونة، 248/2، العدوي، حاشية العدوي، 126/2.

<sup>2</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 355/3، النووي، روضة الطالبين، 67/9، الشيرازي، المهذب، 156/3.

<sup>3</sup> الفقهاء السبعة عبارة يطلقها الفقهاء على سبعة من التابعين، كانوا متعاصرين بالمدينة، وهم: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وعبيد الله بن عتبة، وخارجة بن زيد، وسليمان بن يسار، واختلف في السابع: فقيل هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، وهو قول الأكثر، وقيل هو سالم بن عبد الله، وقيل هو أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث.

<sup>4</sup> ابن قدامة، المغني، 232/8.

<sup>5</sup> الخرشبي، شرح مختصر خليل، 192/2، القاضي عبد الوهاب (أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي)، المعونة على مذهب عالم المدينة، تح حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، دط، دت، 932، الشافعي، الأم، 253/5.

<sup>6</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 144/3.

<sup>7</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 247/11.

<sup>8</sup> مالك، الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة رقم 2155. 836/4.

رواه مسلم بلفظ قريب من هذا، راجع: مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، رقم 1480، 1114/2.

فدل ذلك على أنه لا نفقة للمبتوتة إلا أن تكون حاملاً، وفاطمة بنت قيس لم تكن حاملاً،

لهذا قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نفقة لك<sup>1</sup>.

وسبب اعتدادها في بيت ابن أم مكتوم دون بيت زوجها فإن في ذلك يرجع لأن في لسانها بذاء، فاستطالت على أحماؤها<sup>2</sup>، فأمرها الرسول بالاعتداد في بيت ابن أم مكتوم الأعمى، فلو أسقط عليها السكن بالكلية لأحل لها أن تعتد حيث شاءت، وقد استحيت أن تبين العلة من ذلك، وبينها غيرها بأن بها بذاءة في لسانها<sup>3</sup>.

**القول الثالث:** ليس للبائن الحائل نفقة أو سكني، وهو قول الحنابلة<sup>4</sup> وعلي بن أبي طالب

وابن أبي ليلى أبي ثور واستدلوا في ذلك بـ:

1- ما أخرجه مسلم في قصة طلاق فاطمة بنت قيس المطلقة ثلاثاً أن رسول الله صلى الله

عليه وسلم قال: " ليس لها سكن ولا نفقة"<sup>5</sup>، ويضاف إلى ذلك ما رواه أحمد والنسائي من

أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم تدل على عدم وجوب النفقة والسكن للمطلقة البائن ومن

ذلك ما جاء في أحد هذه الروايات قوله صلى الله عليه وسلم: " أنظري يا ابنة قيس إنما النفقة

والسكن للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة"<sup>6</sup> وقوله: " إنما النفقة والسكن للمرأة إذا

كان لزوجها عليها الرجعة"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> ابن عبد البر (أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تح: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، 1387هـ، 141/19، ابن رشد، بداية المجتهد، 114/3، الشافعي، الأم، 117/5.

<sup>2</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 114/3، الشافعي، الأم، 252/5.

<sup>3</sup> الشافعي، الأم، 117/5.

<sup>4</sup> ابن قدامة، المغني، 232/8، البهوتي، كشف القناع، 465/5.

<sup>5</sup> رواه مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، رقم 1480، 1118/2.

<sup>6</sup> سبق تخريجه، ص 114.

<sup>7</sup> سبق تخريجه، ص 114.

- 2- أما عن قول عمر رضي الله عنه ومن وافقه: " لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة"، وإنكار عائشة لقول فاطمة بنت قيس، فقد خالفه علي وابن عباس ومن وافقهما، ثم إن قول الرسول صلى الله عليه وسلم حجة على عمر وعلى غيره، ولم يصح على عمر أنه قال ما قال<sup>1</sup>.
- 3- إن المطلقة بائناً أصبحت في حكم الأجنبية، فلا نفقة لها لأن النفقة في مقابل التمكين من الاستمتاع، وهذه لا يمكن استمتاعه بها فلا تستحق النفقة عليه<sup>2</sup>.
- 4- لو وجبت لها السكنى لوجبت لها النفقة أيضاً، وأما أن يجب لها السكنى دون النفقة فالنص والقياس يدفعه<sup>3</sup>.
- ومن خلال عرض الأدلة ومناقشتها أرجح الرأي القائل باستحقاق الزوجة السكنى دون النفقة اعتماداً على:

1- ظاهر قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَى حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:06]، فالخطاب بالإسكان عام يخص المطلقة البائن، لأن المطلقة رجعيًا حكمها حكم المتزوجة وقد فصل الشارع في الآية الأولى من السورة، لذلك فإن إسكان المطلقة يخص كل مطلقة سواء كانت حاملاً أم حائلاً، أما النفقة فهي متعلقة بالحامل فقط.

2- أما عن حديث فاطمة بنت قيس من حيث عدم استحقاق للنفقة والسكن كما روى مسلم، فإنه عارضها في ذلك عمر وعائشة رضي الله عنهما، فإن قالوا أن اعتراض عمر غير ثابت قلنا أن اعتراض عائشة ثابت وهو متعلق بالسكن، فقد عابت رضي الله عنها عن فاطمة بنت قيس كتمان السبب الذي أباح من أجله الرسول صلى الله عليه وسلم لاعتداد خارج بيت زوجها فقالت

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، 233/8.

<sup>2</sup> ابن القيم، زاد المعاد، 470/5.

<sup>3</sup> المصدر نفسه، 470/5.

للقاسم بن محمد " لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة"<sup>1</sup> وذكر أيضا قولها لفاطمة: " اتق الله ولا تكتم السر الذي من أجله نقلك" لأن في لسانها ذرابة فاستطالت على أحماؤها، فدل على أن سبب إخراجها من بيت زوجها كان اتقاءً لشر بينها وبين أحماؤها"<sup>2</sup> وربما أن فاطمة بنت قيس استتحت أن تذكر ذلك أو لم تكن عالمة بسبب إخراجها، فتوهمت أنه ليس لها سكن، وزادت عائشة عن ذلك بأن قالت: "إن فاطمة كانت في مكان وحش، فخيف على ناحيتها، فلذلك أرخص لها النبي صلى الله عليه وسلم"<sup>3</sup>، وما سبق نستنتج سقوط النفقة دون السكنى

3- أما عن القول بملازمة السكن للنفقة كما هو حال الزوجية، الذي يمكن معه الاستمتاع فيرد عليه أن السكنى بعد البيونة حق الله تعالى، بدليل أن الزوجين لو اتفقا على إسقاط العدة لم تسقط بخلاف الرجعية، فدل على أن لا ملازمة بين السكنى والنفقة<sup>4</sup>.

#### ثانيا: أحكام نفقة العدة في القانون

جاء في المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري: " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

وما يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري أعطى للزوجة الحق في الاستفادة من السكن والنفقة خلال فترة العدة دون تمييز بين الرجعية والبائنة، مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لا يعترف

<sup>1</sup> رواه البخاري عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد وسليمان بن يسار أنه سمعهما يذكران: أن يحيى بن سعيد بن العاص العاص طلق بنت عبد الرحمان بن الحكم فانتقلها عبد الرحمان، فأرسلت عائشة أم المؤمنين إلى مروان بن الحكم وهو أمير المدينة: " اتق الله وأرددها إلى بيتها" قال مروان من حديث سليمان: " إن عبد الرحمان غلبي وقال القاسم بن محمد: " أو ما بلغك شأن فاطمة بنت قيس" قالت: " لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة" فقال مروان بن الحكم إن كان بك شر فحسبك ما بين هذين من شر ( صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب قصة فاطمة بنت قيس، رقم 5321، 57/7).

<sup>2</sup> ابن بطال (ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك)، شرح صحيح البخاري، تح: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، دار النشر: مكتبة الرشد، الرياض - السعودية، ط2، 1423هـ/ 2003م، 312/7.

<sup>3</sup> البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قصة فاطمة بنت قيس، رقم 5325، 58/7.

<sup>4</sup> ابن حجر (أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، 480/9.

إلا بالطلاق الصادر من المحكمة، والذي يقع بائناً باعتبار أن المراجعة تستحق إبرام عقد جديد<sup>1</sup>، لذلك فإن ما عليه القانون الجزائري يوافق ما رآه مذهب الحنفية بخصوص نفقة العدة.

وعلى صعيد اجتهاد المحكمة العليا، فإنها ثبتت ما عليه القانون باستحقاق الزوجة نفقة العدة بغض النظر إلى نوع هذه العدة واعتبرت أن العدة من النظام العام، أي هي حق الله بالتعبير الشرعي، حيث جاء في أحد القرارات القضائية: "المبدأ: لا طلاق بدون عدة وبدون منح نفقة عنها ما دامت العدة من النظام العام"<sup>2</sup>، وجاء في قرار آخر: "نفقة المطلقة ومنها المسكن أثناء العدة على عاتق الزوج"<sup>3</sup>.

ومن المبادئ التي أقرتها المحكمة العليا أن استحقاق نفقة العدة للزوجة على زوجها تظل واجبة سواء كانت ظالمة أو مظلومة، وأن هذه النفقة لا تسقط ولو ثبت ارتكاب الزوجة فاحشة الزنا<sup>4</sup>.

أما موقف المشرع المغربي فقد عبر عنه من المادة 196 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: "المطلقة رجعيًا يسقط حقها في السكن دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول.

المطلقة طلاقاً بائناً إذا كانت حاملاً تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها وإذا لم تكن حاملاً يستمر حقها في السكن فقط إلى أن تنتهي عدتها".

<sup>1</sup> يستدل على موقف المشرع الجزائري من خلال عدم الاعتراف إلا بالحكم الصادر من المحكمة بالمادة 1/49: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" أما عن بينونة الطلاق فنصت عليه المادة 50 لقولها: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

<sup>2</sup> قرار رقم 358348 بتاريخ 2006/12/07، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع2، 2006، ص443.

<sup>3</sup> قرار رقم 390091 بتاريخ 2007/04/11، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع1، 2008، ص245.

<sup>4</sup> قرار رقم 34327 بتاريخ 1984/10/22، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع3، 1989، ص69.



وما نستنتجه من هذه المادة أن المشرع المغربي قرر أن استحقاق النفقة يكون للمطلقة رجعيًا والبائن الحامل فقط، أما البائن الحائل فليس لها إلا حق السكن، وبذلك يكون قد أثر ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية.

وقد جرى العمل في المملكة المغربية على أن القاضي هو الذي يحدد مكان العدة حسب الظروف والمنازعات، فقد يلزمها بإمضاء العدة في بيت الطلاق، وقد يسمح لها بالاعتداد في بيت أهلها، وقد يُلزم المطلق بإيجاد سكن مناسب لها<sup>1</sup>.

ولم يتكلم المشرع التونسي على نفقة الطلاق، وإنما جاء بمصطلح جديد وهو جناية الطلاق وقد أشرت لذلك فيما تعلق بمتعة الطلاق، وجناية الطلاق حسب القانون التونسي عبارة عن نفقة يتكفل بها الزوج، وهي ليست مرتبطة بعدة الزوجة، وإنما تعلق بوضع المطلقة الاجتماعي، والهدف منها المحافظة على ما اعتادت عليه من ظروف معيشية قبل الطلاق، ولا يتوقف الزوج عن إخراجها للزوجة إلا إذا تغير هذا الوضع بأن تزوجت أو توفت أو حصلت على ما تكون به مستغنية عن هذه الجناية، لذلك فإنه يصعب تكييف هذه الجناية أنها من قبيل نفقة العدة أو من قبيل المتعة؟ وما ترجح لدي هو لا هذا ولا ذاك بل هي بدعة تونسية بامتياز، ليس لها مثل في كل التشريعات الأسرية العربية والغربية على حد السواء، حسب علمي.

### البند الثالث: سقوط نفقة العدة

تسقط نفقة المعتدة للأسباب الآتية:

#### أولاً: إذا كان الزواج فاسداً أو كان دخولاً بشبهة

نفقة العدة تتبع نفقة الزوجية في أصلها، لذلك فإن من لا نفقة لها خلال فترة الزوجية لا نفقة لها خلال العدة، وعلى هذا الأساس فإنه لا نفقة للمعتدة في زواج فاسد أو نكاح بشبهة، وإن كانت المرأة حاملاً، هل النفقة للحمل أم للحامل؟، فإن قلنا أن النفقة للحمل فإنه تثبت لها النفقة

<sup>1</sup> عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006، 162/1.

لأن الحمل ولده فلزمته النفقة كما بعد الوضع، وإن قلنا أن النفقة للحامل فلا نفقة لها عليه<sup>1</sup>، لأنه لا نفقة لها في حال التمكين فبعده أولى<sup>2</sup>.

وظاهر كلام المالكية والحنابلة يفيد بان النفقة على الواطئ لأن النسب لاحق به<sup>3</sup>، وعلى خلاف ذلك كان رأي الشافعي<sup>4</sup> والحنفية<sup>5</sup>.

### ثانياً: إذا كانت معتدة من وفاة

وفيه فرق بين النفقة التي تشمل الطعام والملبس ونفقة السكن، فنجد أن الفقهاء اتفقوا على سقوط النفقة بعد وفاة الزوج في جميع الأحوال، سواء كانت المرأة حاملاً أو حائلاً وباتفاق جميع المذاهب<sup>6</sup>، لأن مال الميت انتقل إلى الورثة بالوفاة، ولا تجب نفقتها على الورثة، وللحنابلة في الرأي المرجوح لهم أن لها النفقة والسكنى<sup>7</sup>.

وبالنسبة للسكن فإنه عند الحنفية لا تستحق السكنى لانتقال مال الزوج إلى الورثة<sup>8</sup>، وعند المالكية لها السكن إن كان المسكن للمتوفي بملك أو كراء نقده، وإن لم ينقد الكراء فلرب الدار إخراجها<sup>9</sup>، وعند الشافعية<sup>10</sup> فإن المتوفي عنها زوجها تستحق السكن في بيت زوجها خلال عدتها لقوله صلى الله عليه وسلم لفريضة بنت مالك<sup>11</sup> "لما قتل زوجها: أمكثي في بيتك حتى يبلغ

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، 233/8، عبد الرحمان بن قدامة، الشرح الكبير، 246/9، النووي، روضة الطالبين، 67/9.

<sup>2</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 174/5، الكاساني، بدائع الصنائع، 211/3.

<sup>3</sup> البهوتي، كشاف القناع، 66/5، وهبة الحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 659/7.

<sup>4</sup> الشافعي، الأم، 255/5.

<sup>5</sup> السرخسي، المبسوط، 201/5.

<sup>6</sup> السرخسي، المبسوط، 203/5، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 610/3، العدوي، حاشية العدوي، 127/2،

الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 175/5. ابن قدامة، المغني، 234/8.

<sup>7</sup> ابن قدامة، المغني، 234/8.

<sup>8</sup> الكاساني، بدائع الصنائع 211/3.

<sup>9</sup> القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص934، ابن جزيء، القوانين الفقهية، ص158.

<sup>10</sup> الشيرازي، المهذب، 127/3، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 105/5.

<sup>11</sup> فريضة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري، كان يقال لها الفارعة، كانت ممن شهدوا بيعة الرضوان (راجع: ابن عبد

البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، 1903/4)

الكتاب أجله"<sup>1</sup>، وإن لم يكن لزوجها مسكن وجب من تركته أجرة مسكنها مقدمة على الميراث والوصية، لأنه دين مستحق فقدم.

واستدل الحنابلة<sup>2</sup> بالحديث ذاته بحقها في السكن على الورثة والغرماء، ولا يباع في دينه حتى تنقضي عدتها، وإن لم يكن للميت سكن استحققت الأجرة، وفي رأي آخر لهم قالوا ليس لها حق السكن وهو الأصح عندهم.

والقول الراجح أن لا نفقة للمتوفي عنها زوجها سواء كانت حاملاً أو حائلاً، لأن النكاح قد زال بالموت وانتقلت أموال الزوج إلى الورثة، ولا مبرر لا يجاب النفقة من أموال الورثة، فإن قيل تجب نفقة الحمل وهو ابنه، قلنا انقطع الواجب بالوفاة، ولا تكليف على المتوفي، ونفقة الحمل تصبح في المال الذي سيرثه باعتباره إبناً للمتوفي<sup>3</sup>، أما عن سكن المعتدة فأرجح ما ذهب إليه المالكية من أن لها أن تعتد في بيتها الذي تسكن فيه إذا كان ملكاً لزوجها، فإن كان مؤجراً فليس للورثة أن يدفعوا إيجار السكن، وقد اعتمد أهل العلم من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم على حديث فريعة بنت مالك في قولهم أن المعتدة لا تنتقل من بيت زوجها حتى تنقضي عدتها، فإن لم تعتد في بيت زوجها فلها أن تعتد حيث شاءت وهو القول الذي رجحه الترمذي في سننه<sup>4</sup>.

### ثالثاً: إذا خالعه على نفقة عدتها

ذهب الحنفية إلى أنه إذا اشترط الزوج في الخلع أنه لا نفقة ولا سكن لها في العدة سقطت النفقة وبقيت السكنى، لأن النفقة حقها وإسقاطها حق نفسها صحيح، وأما السكنى فهي من حق

<sup>1</sup> رواه أبو داود في سننه، باب المتوفي فيها تنتقل، 2300، 291/2، ابن ماجه في سننه، باب أين تعتد المتوفي عنها زوجها، 2031، الترمذي في سننه، باب ما جاء في ابن تعد المتوفي عنها، رقم 1204، 499/2، وقال عنه حديث حسن صحيح وذكره ابن حبان في صحيحه، باب ذكر وصف عدة المتوفي عنها زوجها رقم 4292، 128/10 وصححه الترمذي وقال عنه الألباني حديث ضعيف (الألباني، إرواء الغليل، 206/7)، ثم تراجع عن ذلك وقال أنه صحيح بعد اطلاعه على كلام ابن القيم وفيه، ورأي الترمذي وابن الجارود وابن حبان والحاكم والذهبي... (الألباني) أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، دار المعارف، الرياض، ط 1، 1412هـ/1992م، رقم 5597، 207/12.

<sup>2</sup> ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 208/3، ابن قدامة، المغني، 234/8.

<sup>3</sup> عبد الكريم زيدان، المفصل، 246/9.

<sup>4</sup> الترمذي في تعليقه على حديث فريعة بنت مالك، 501/2.

الشرع وإسقاط حق الشرع باطل، وقد قرر الشرع أن خروجها من بيتها معصية واشتراط المعصية في الخلع باطل، ولها أن تبرأ زوجها من مؤونة السكن أو تكون مؤونة السكن من مالها الخاص<sup>1</sup>.

وعند مالك إن شرط عليها كراء السكن فهو جائز سواء كان المسكن للزوج أو بكراء، وإن شرط عليها أن لا سكن لها وتخرج من منزلها الذي تعتد فيه لا يجوز، والخلع ماض، وكل خلع وقع بصفقة حلال وحرام كان الخلع جائزاً ورد فيه الحرام<sup>2</sup>، ويجوز المخالعة على إسقاط النفقة<sup>3</sup> وهو قول الحنابلة أيضاً<sup>4</sup>.

وما يمكن استنتاجه مما سبق أن حق النفقة هو حق للمطلقة يجوز لها التصرف فيه فجاز لها إسقاطه، أما حق السكنى فهو حق الشرع أو ما يعرف بالنظام العام عند القانونيين، والحكم الشرعي فيه هو بقاء المطلقة في بيت الزوجية طيلة فترة العدة، امتثالاً لقوله تعالى: ﴿لَا

تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ [الطلاق:01]

لذلك لا يجوز الاتفاق على إسقاطه بالكلية، فلا يكون مقابلاً في الخلع، ولكن يجوز إسقاط مقابله في ثمن الكراء.

<sup>1</sup> السرخسي، المبسوط، 203/5، ابن نجيم، البحر الرائق، 97/4.

<sup>2</sup> مالك، المدونة، 248/2.

<sup>3</sup> العدوي، حاشية العدوي، 126/2، النفراوي، الفواكه الدواني، 63/2.

<sup>4</sup> ابن قدامة، المغني، 8/، 235، أبو الخطاب الكلوداني (محفوظ أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوداني)، الهداية على مذهب الإمام أحمد، تح: عبد اللطيف هيم، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط1، 2004، ص 416، ابن العثيمين (محمد بن صالح بن محمد العثيمين)، الشرح الممتع زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، ط1، 1428هـ، 481/12.

## المبحث الثاني: الاستقلال من حيث القواعد التي تحكم أموال الزوجين

بعد أن ناقشت الالتزامات المالية المترتبة عن الزواج، ونظرة الإسلام لها القائمة على الانفصال وعدم الاشتراك، إلا أن هذا الاستقلال وهذا الانفصال لا يعد مكتملاً إلا إذا رافقه استقلال في العلاقات المالية الأخرى التي لا تتعلق بعقد الزواج.

حتى تتحقق الاستقلالية المالية التامة يجب أن يرافق ذلك استقلال كل زوج بأمواله من حيث حق التصرف والتملك والتكسب، دون تدخل من طرف الزوج الآخر أو انتظار إذن منه، وكذلك الأمر بالنسبة للديون الناشئة عن التزاماته المالية التي تقتضي استقلال كل زوج بديونه، وعدم مشاركة الطرف الآخر في تحمل هذه الديون.

وعليه فإنني أناقش تحت هذا العنوان مسألة أهلية الزوجة بالتصرف في مالها، واستقلاليتها من خلال التكسب والتملك، وكذلك استقلالية كل زوج بديونه، وهو ما نبينه في المطالب الآتية:

المطلب الأول: استقلالية الزوجة في مالها

المطلب الثاني: استقلالية الزوجين في التكسب والتملك

المطلب الثالث: استقلالية كل زوج بديونه

## المطلب الأول: استقلالية الزوجة في مالها

من المتفق عليه أن للشخص أهليتان، أهلية وجوب تتعلق بصلاحية اكتساب الحقوق، وهي ثابتة للشخص بمجرد الولادة حياً، وتستمر معه حتى الوفاة؛ وأهلية أداء تتعلق بقدرة الشخص على أداء الالتزامات، لذلك فهي تبدأ معدومة ثم ناقصة ثم راشدة، كما تعثرها عوارض تنقصها أو تعدمها، هي قواعد تحكم الجنسين معاً على حد السواء، ولكن إذا حدث الزواج بينهما فهل تتأثر هذه الأهلية؟ وهل المرأة المتزوجة لها حرية التصرف في مالها كما لزوجها أم لا؟ والبحث في هذا الجانب يقودنا إلى تسليط الضوء على استقلالية الزوجة في مالها ومدى تأثير هذه الاستقلالية بالزواج، والمسائل التي أثيرت في هذا الإطار، والتي تتمحور في:

- تأصيل استقلالية الزوجة بالتصرف في مالها.
- استقلالية الزوجة في التبرع في مالها.
- استقلالية الزوجة بالتصرف في صداقها.

### الفرع الأول: تأصيل استقلالية الزوجة بالتصرف في مالها.

تقوم العلاقة الزوجية في الشريعة الإسلامية والنظم القانونية المتأثرة بها على مبدأ استقلالية الزوجة المالية عن زوجها واحتفاظها بشخصيتها الشرعية والقانونية، من خلال استمرار حقها في التملك والتصرف في مالها كما كان الحال قبل الزواج، لذلك فنحن بحاجة لإبراز الموقف الشرعي والقانوني لحق الزوجة بالتصرف في مالها وهو ما سأعرض له فيما يلي:

### البند الأول: التأصيل الشرعي لاستقلالية الزوجة بالتصرف في مالها

قرر فقهاء الشريعة الإسلامية احتفاظ الزوجة البالغة الرشيدة باستقلالها المالي، فعقد الزواج هو عقد شخصي وليس مالي، والمال ليس مقصوداً أصلياً في الزواج<sup>1</sup>، بمعنى أن عقد الزواج لا يمنح

<sup>1</sup> أيمن أحمد النعيرات، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009م، ص54.

امتيازات أو سلطة أو أفضلية للزوج على مال زوجته، بل يبقى الحال على ما هو عليه في السابق<sup>1</sup>، فتبقى الزوجة متمتعة بأهليتها في التملك والتصرف، مع استثناء التصرفات التبرعية التي ثار بشأنها خلاف فقهي نناقشه في وقته، وفيما يأتي الأدلة من الكتاب والسنة التي تفيد استقلالية المالية للزوجة.

أولاً: من الكتاب

1/ قوله تعالى في محكم تنزيهه: ﴿وَأَبْتَلُوا أَيَّتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ

مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ<sup>ط</sup>﴾ [النساء:6]، ووجه الاستدلال من هذه الآية أن الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا خصلتين هما البلوغ والرشد، والذكر والأنثى سواء، وقد عبرت الآية الكريمة عن الرشد ببلوغ النكاح، والذي يستدل عليه بعلامات معروفة<sup>2</sup>، فإن حدث البلوغ لم يكن لأحد أن يتصرف في أموالهم، ولا فرق بين المرأة والرجل.

كما يستنتج منه إنصاف الإسلام للمرأة، بأن جعل لها ذمة مالية مستقلة بنفسها فلها حق التصرف الكامل بما لها سواء كانت أمماً أو زوجة أو بنتاً، ولها الحق التام في دخلها وكسبها وإرثها من أقاربها<sup>3</sup>.

2/ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً

فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ<sup>ع</sup>﴾ [البقرة:

237]، فقوله تعالى: ﴿يَعْفُونَ﴾ بمعنى يسقطن، والنون هي نون النسوة، والعافيات في هذه

<sup>1</sup> سواء تعلق الأمر بالجوانب الشخصية كاحتفاظها باسمها ولقبها العائلي، فلا يتبع لقب زوجها، كما هو الحال في النظم الغربية، بل يبقى لقبها تابعاً لأبيها امتثالاً لقوله تعالى ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ [الأحزاب: 05]، أو تعلق الأمر بأهليتها المالية.

<sup>2</sup> الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م، 237/4.

<sup>3</sup> وهبه الزحيلي، التفسير الوسيط، دار الفكر، دمشق، ط1، 1422 هـ، 186/1.

الآية هي كل امرأة تملك أمر نفسها، فأذن الله تعالى لهن في إسقاطه بعد وجوبه إذ جعله خالص حقهن، يتصرفن فيه بالإمضاء والإسقاط كيف شئن إذا ملكن أمر أنفسهن وكن بالغات عاقلات راشدات<sup>1</sup>، ولا يملك الولي سبيلاً على شيء من صداقها، وكذلك الأمر على مالها<sup>2</sup>.

وفي ذلك دليل على استقلال الزوجة في مالها وحقها الخاص بالتصرف فيه، فيحق لها أن تعفو من مالها وهو أمر مستحب وأقرب للتقوى، بما يفيد أهليتها المالية، لذلك فهي في مرتبة واحدة مع الرجل في التمتع بهذا الحق.

3/ قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ

نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴿٤﴾ [النساء:4].

في هذه الآية مخاطبة للزوج وولي الأمر بأن الصداق لها وحدها، لكنه فتح باب الاريحية، فإن طابت نفس الزوجة وجاءت بالغبطة طائعة غير مكرهة، فللزوج أن يأكله هنيئاً مريئاً<sup>3</sup>.

وهذه الآية تُقرر أنه لو لم تكن للمرأة المتزوجة ذمة مستقلة عن زوجها، ما كان هناك اشتراط طيب النفس للحلية والأخذ، على الرغم من أن الزوج هو الذي أعطاها إياه، فأموالها الخاصة التي لم يرد على هذا الطريق من باب أولى<sup>4</sup>.

4/ قوله تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْنَّ دَرَجَةٌ

﴿البقرة: 228﴾.

<sup>1</sup> القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 204/3.

<sup>2</sup> القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 27/5، البغوي(أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي)، معالم التنزيل في تفسير القرآن، تح: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1420 هـ ، 560/1، الشوكاني(محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني )، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق- بيروت، ط1، 1414 هـ ، 485/1، الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، 232/4.

<sup>3</sup> القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 27/5، البغوي، معالم التنزيل في تفسير القرآن، 560/1، الشوكاني، فتح القدير، 485/1، الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، 232/4.

<sup>4</sup> بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة، ص 33 .



ففي هذه الآية قاعدة كلية ناطقة تفيد بأن المرأة مساوية للرجل في جميع الحقوق إلا أمراً واحداً هو القوامة<sup>1</sup>، وفي هذا إعلان بحقوق النساء وإصدارها وإشادة بذكرها<sup>2</sup>، ومن جملة تلك الحقوق حق المرأة المتزوجة في استقلالها المالي وممارسة تصرفاتها بنفسها، فلها أن تبرم ما شاءت من العقود.

### ثانياً: من السنة النبوية

1/ عن زينب - امرأة عبد الله بن مسعود - قالت: "كنت في المسجد فرأيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "تصدقن ولو من حليكن" وكانت زينب تنفق على عبد الله وأيتام في حجرها، فقالت لعبد الله سل رسول الله صلى الله عليه وسلم أيجزئ عيني أن أنفق عليك وعلى أيتام في حجري من الصدقة؟ فقال سلي أنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلقت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فوجدت امرأة من الأنصار على الباب حاجتها مثل حاجتي، فمر علينا بلال، فقلن سل أيجزئ عن أن أنفق على زوجي، وأيتام في حجري؟ وقلنا: لا تخبر بنا، فدخل فسأله، فقال: "من هما" قال: زينب قال: "أي الزيانب؟" قال: امرأة عبد الله قال: "نعم لها أجران أجر القرابة وأجر الصدقة"<sup>3</sup>.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن زينب زوجة عبد الله بن مسعود كانت تعمل وتنفق من مالها الخاص على زوجها وأيتام في حجرها، وتساءل النبي صلى الله عليه وسلم عن أجرها، فأجاز لها النبي ذلك وهو دليل على استقلال الزوجة بمالها.

2/ عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج يوم الأضحى ويوم الفطر فيبدأ بالصلاة، فإذا صلى صلاته وسلم، قام فأقبل على الناس وهم جلوس في مصلاهم فإن كان له حاجة بيعت، ذكره للناس، أو كانت له حاجة بغير ذلك، أمرهم

<sup>1</sup> محمد رشيد رضا، تفسير المنار، 2/297.

<sup>2</sup> الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، 2/396.

<sup>3</sup> البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب الزكاة على الزوج والأيتام في الحجر، رقم 1466، 2/121.

بها، وكان يقول: "تصدقوا تصدقوا تصدقوا" وكان أكثر من يتصدق النساء<sup>1</sup>، فلو لم تكن النساء مستقلات بذمتهن المالية ما قبل منهن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك.

هذا بالإضافة إلى أحاديث أخرى سنذكرها في حينها عند التعرض إلى حق الزوجة في التبرع تفادياً للتكرار.

مما سبق يتبين أن المرأة البالغة الراشدة لها أهلية كاملة في معاملاتها المالية، فلها أن تمتلك مثلها مثل الرجل، ولها أن تبرم سائر العقود، وليس لوليها سلطة على ذلك، وكذلك زوجها، بما يفيد أن الزواج ليس له أثر على أهليتها المالية باتفاق الفقهاء، ويستثنى من ذلك حقها في القيام بالتصرفات التبرعية، والتي هي محل خلاف، سأتناولها بشكل مستقل لبيان آراء الفقهاء فيها بعدما أستعرض موقف القانون من المسألة محل الدراسة.

### البند الثاني: التأصيل القانوني لاستقلالية الزوجة بالتصرف في مالها

تقوم التشريعات العربية على مبدأ الاستقلال المالي بين الزوجين، بوصفه مبدأً أساسياً عند تنظيمها الأحكام الأموال بين الزوجين وكذلك التصرفات التي يمكن لكليها إبرامها، وهو ما يتضح من خلال ما يأتي:

**1/ من خلال القانون المدني:** وهو الشريعة الأم لباقي القوانين، يظهر الاستقلال المالي للزوجين من خلال الأحكام المنظمة للأهلية فيقسم القانون مراحل تطور أهلية الأداء إلى ثلاث مراحل وهي مرحلة انعدام التمييز، ثم مرحلة نقص التمييز، وبعدها مرحلة تمام الأهلية، والتي حددها المشرع الجزائري بـ 19 سنة<sup>2</sup>، وينجم عن بلوغ هذه السن أهلية الشخص في إبرام التصرفات القانونية، ووقوعها صحيحة مهما كانت ضارة أو نافعة بالنسبة للقائم بها.

<sup>1</sup> مسلم في صحيحه، كتاب صلاة العيدين، رقم 885، 605/2.

<sup>2</sup> تناول المشرع الجزائري تدرج الأهلية في المواد 40، 42، 43 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في : 26 / 09 / 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، ع78.

ولم يفرق المشرع بين الذكر والأنثى، أو بين المرأة المتزوجة وغير المتزوجة، بما يفيد الاستقلال التام للمرأة عن زوجها، وعدم وجود أي سلطة للزوج على أموال زوجته، فلها أن تبرم ما شاءت من العقود دون الرجوع إلى زوجها، نفس الحكم نجده عند المشرعين المغربي والتونسي غير أنهما جعلتا سن الرشد 18 سنة ونظماها في القانون الخاص بالأسرة لكلا الدولتين<sup>1</sup>.

2/ من خلال القانون التجاري: فإن للمرأة ممارسة التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها، وتكون تصرفاتها التجارية كاملة الأثر بالنسبة للغير، وهذا ما قضت به المادة 8 من القانون التجاري والتي جاء فيها " تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها.

ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها كامل الأثر بالنسبة للغير"<sup>2</sup>.

ولا يعترف القانون للمرأة اكتسابها صفة التاجر إلا إذا مارست التجارة لحسابها الشخصي، وليس لحساب زوجها وهذا ما قضت به المادة 07 من القانون التجاري.

وبالنسبة للقانون المغربي، فإن الاتجاه الذي كان سائداً في القانون التجاري المغربي هو منع خروج المرأة لممارسة التجارة إلا بإذن زوجها<sup>3</sup>، وهو نص يبين تأثر المشرع المغربي برأي الإمام مالك عندما سئل عن ممارسة المرأة للتجارة، فقد جاء في المدونة: "قلت: رأيت امرأة رجل أرادت أن تتجر، أزوجها أن يمنعها من ذلك؟ قال مالك: ليس له أن يمنعها من التجارة، ولكن له أن يمنعها من الخروج"<sup>4</sup>؛ إلا أن المشرع المغربي تخلى عن هذه الموقف وعوض النص المذكور بما ورد في الفصل

<sup>1</sup> سن الرشد وفق مدونة الأسرة المغربية نصت عليه المادة 209 والنسبة للمشرع التونسي نصت عليه مجلة الأحوال الشخصية في الفصل 153.

<sup>2</sup> الأمر رقم 75-59 المؤرخ في: 26/26/1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج ر ، ع 101.

<sup>3</sup> الفصل 06 من قانون التجارة لسنة 1913 على أنه: "لا يجوز للمرأة المتزوجة أن تكون تاجرة في المغرب بدون رضی زوجها مهما كانت مقتضيات قانونها للأحوال الشخصية بهذا الصدد".

<sup>4</sup> الإمام مالك، المدونة، 73/4.

17 من مدونة التجارة لسنة 1996 المعدلة والمتممة، الذي منح بمقتضاه للمرأة المتزوجة حرية ممارسة التجارة دون إذن من زوجها<sup>1</sup>.

أما المشرع التونسي فلم يفرق بين الرجل والمرأة في ممارسة التجارة واعتبر أن كل من هو أهلاً للالتزام له أن يتعاطى التجارة<sup>2</sup>.

**3/ من خلال قانون الأسرة:** نجد أن المشرع الجزائري تبنى نظام الاستقلال المالي للزوجين أسوة بما عليه الحال في الفقه الإسلامي، فنص في المادة 37 على: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج، أو عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية، وتحدد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

وعالج المشرع المغربي مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين في المادة 49 من مدونة الأسرة بنص لا يختلف عما ذهب إليه القانون الجزائري جاء فيه: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها...".

وحدير بالذكر أن النص السابق في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل جاء عبر المادة 2/38 ونصت على أن للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها وشبيه ذلك عبر عنه المشرع التونسي في الفصل 24 من المجلة بالقول: " لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها".

وعلى الرغم من أن هذه التشريعات قد خففت من حدة هذا المبدأ في تعديلاتها الأخيرة، من خلال تأكيدها على دور إرادة الزوجين عند إبرام عقد الزواج في إمضاء الاتفاقيات التي يرغبان

<sup>1</sup> المادة 17 من القانون 95.15 المتعلق بمدونة التجارة المعدل والمتمم الصادرة بمقتضى ظهير الشريف رقم 83. 96. 1 بتاريخ 1996/09/01، ج ر، ع 4418: "يحق للمرأة المتزوجة أن تمارس التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها. كل اتفاق مخالف يعتبر لاغياً".

<sup>2</sup> الفصل 05 من القانون رقم 129 المؤرخ في 1959/10/05 المتعلق بإدراج القانون التجاري، الرائد الرسمي، ع 56: " كل شخص أهل للالتزام يجوز له أن يتعاطى التجارة".

تضمينها في العقد أو عن طريق وثيقة مستقلة تتضمن تنظيم علاقتهما المالية الخاصة بالأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، مما قد يتيح نشوء علاقات مالية شبيهة بما هو موجود في النظم الغربية، إلا أن ذلك يكون في إطار مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين. ويظهر استقلال الزوجة المالي أيضا في حرية تصرفها في صداقها دون قيد أو شرط وإن لا سلطة للزوج عليه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: استقلالية الزوجة في التبرع بمالها

إذا كان المتفق عليه هو المساواة بين الذكر والأنثى في التمتع بالاستقلال المالي، فكل من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، كانت له الأهلية التامة في إبرام جميع التصرفات، ويترتب عنها الأثر الشرعي والقانوني، إلا أن هذا الاتفاق بين الفقهاء ليس تاما فيما تعلق بالتصرفات التبرعية التي تبرمها الزوجة حيث انقسم الفقهاء إلى رأيين:

### البند الأول: الرأي القائل بخضوع تبرع الزوجة لإذن الزوج

#### أولا: مقتضى خضوع تبرع الزوجة لإذن الزوج

وهو مذهب المالكية<sup>2</sup> والإمام أحمد في رواية<sup>3</sup>، الشوكاني<sup>4</sup>، وفيه عدّ المالكية الزواج كسبب للحجر على بعض تصرفات المرأة المتعلقة بالتبرع، فلا يجوز لها التبرع لغير الزوج بما زاد عن الثلث دون موافقته، وليس لها أن تتبرع بعد الثلث إلا أن يبعد ما بين التبرعين بنصف عام على المعتمد عندهم، أما باقي التصرفات فإنهم وافقوا الجمهور من حيث كمال أهلية الزوجة إذا بلغت سن الرشد ولا سلطة عليها، من قبل زوجها أو من غيره.

<sup>1</sup> جاء النص على حرية تصرف الزوجة في صداقها المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود وغيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء" ونص على ذلك القانون المغربي في المادة 29 من مدونة وذكره المشرع التونسي في الفصل 12 من المحلة.

<sup>2</sup> القرابي، الذخيرة، 251/8، القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، 594/2، ابن جزوي، القوانين الفقهية، ص212.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 348/4.

<sup>4</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، 24/6.

وقد جاء في القوانين الفقهية: "وأما المرأة فإنما يحجر عليها إذا كانت ذات زوج أن تتصرف بغير عوض كالهبة والعتق فيما زاد على ثلث مالها، خلافا لهما (يقصد أبو حنيفة والشافعي)، وإذا تصرفت في أكثر من الثلث، فقليل تبطل الزيادة على الثلث خاصة، وقليل يبطل الجميع ولها التصرف بعوض في جميع مالها وبغير عوض فيما دونه.."<sup>1</sup>

وجاء في التوضيح: "ويحجر الزوج فيما زاد على ثلثها بهبة أو صدقة أو عتق أو غيره مما ليس بمعاوضة"<sup>2</sup>، وفي المغني: "وعن أحمد رواية أخرى، ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث إلا بإذن زوجها و به قال مالك"<sup>3</sup>.

### ثانيا: أدلة أصحاب هذا الرأي

استدل المالكية بـ:

1/ من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ

﴾ [النساء: 34] ومن قوامه الرجل على زوجته ألا تتصرف في مالها بغير إذنه<sup>4</sup>.

ويزيد على هذا الدليل أن هذه الآية ليس فيها دليل على أن للزوج منعها من مالها بل توجب

نفقتهم وكسوتهم عليهم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ابن جزوي، القوانين الفقهية، ص 212.

<sup>2</sup> ابن إسحاق (خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري)، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تح: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 1429هـ / 2008م، 257/6.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 348/4.

<sup>4</sup> بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة، ص 33

<sup>5</sup> ابن حزم، المحلى بالأثار، 190/7.

## 2/ من السنة:

أ/ عن عمرو بن شعيب<sup>1</sup> عن أبيه عن جده رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها"<sup>2</sup>، وفي رواية: " لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها"<sup>3</sup>.

ووجه الاستدلال عن هذا الحديث أنه لا يجوز للمرأة أن تعطي عطية من مالها بغير إذن زوجها ولو كانت رشيدة<sup>4</sup>، ولم يأخذ مالك بالحديث على إطلاقه بل أخذ بما يزيد عن الثلث، لحاجة المرأة للتصدق والتقرب إلى الله فسمح لها بالتصدق بالقليل وهو الثلث، وجعل الثلث ذو بال<sup>5</sup>.

ورد الشافعي بأن هذا الحديث سمعناه وليس بثابت فيلزمنا أن نقول به، والقرآن يدل على خلافه ثم الأثر ثم المنقول ثم المعقول<sup>6</sup>، كما أن هذا الحديث ضعيف كونه مرسل فشعيب لم يدرك عبد الله بن عمر<sup>7</sup>، وقال عنه ابن حزم صحيفة منقطعة<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل، وأمه حبيبة بنت مرة بن عمرو بن عبيد الله بن عمير بن أهيب الجمحي، وكنيته أبو إبراهيم (ابن سعد، الطبقات الكبرى، 333/5).

<sup>2</sup> رواه أبو داود في سنته، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، رقم 3547، 293/3 والنسائي في سنته، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، رقم 2540، 65/5، صححه الحاكم في المستدرک، (الحاكم) أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري المعروف بابن البيع، المستدرک علی الصحیحین، تح: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/1990م 54/2).

<sup>3</sup> أبوداود في سنته، باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها، 3546، 293/3، صححه الحاكم في المستدرک، 54/2

<sup>4</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، 24/6، ابن قدامة، المغني، 348/4

<sup>5</sup> القرافي، الفروق، 151/8.

<sup>6</sup> ابن الملقن (ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي)، التوضيح الشرح الجامع الصحيح، تح: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، دار النوادر، دمشق، سوريا، ط1، 1429هـ/2008م، 483/3

<sup>7</sup> ابن قدامة، المغني، 348/4.

<sup>8</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 191/7.

ب/ روي عن امرأة كعب بن مالك<sup>1</sup>، أنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم بحلي لها فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: " لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها، فهل استأذنت كعباً؟" قالت: نعم، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى كعب بن مالك فقال: " هل أذنت لخيرة أن تتصدق بحليها؟ " فقال نعم، فقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها.<sup>2</sup>

ورد على هذا الحديث أن إسناده ضعيف وفي ذلك قال السندي<sup>3</sup>: " في إسناده يحيى وهو غير معروف في أولاد كعب "4، أما الألباني فقال عنه حديث صحيح<sup>5</sup>.

ج/ قوله صلى الله عليه وسلم: "تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك"<sup>6</sup>.

واستدلوا من هذا الحديث بأن حق الزوج متعلق بمالها، والعادة أن الزوج يزيد من مهرها من أصل مالها، ويتبسط فيه وينتفع به فإذا أعسر في النفقة أنظرته<sup>7</sup>.

وتكفل ابن حزم بالرد على هذا الاستدلال، فذهب إلى أن "الحديث ليس فيه تغييب بذلك، ولا الحض عليه ولا إباحته، فضلاً عن غير ذلك، بل فيه الزجر عن أن تنكح لغير الدين لقوله عليه

<sup>1</sup> واسمها خيرة زوجة كعب بن مالك الأنصارية (ابن حجر العسقلاني (أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني)، الإصابة في تمييز الصحابة، تح: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1415 هـ، 124/8).

<sup>2</sup> ابن ماجه (ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني)، سنن ابن ماجه، كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، رقم 2389، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، دط، دت، 798/2.

<sup>3</sup> السندي: محمد بن عبد الهادي التتوي، أبو الحسن، نور الدين السندي: فقيه حنفي عالم بالحديث والتفسير والعربية. أصله من السند ومولده فيها، وتوطن بالمدينة إلى أن توفي سنة 1138 هـ، له حاشية على سنن ابن ماجه، وحاشية على سنن أبي داود حاشية على صحيح البخاري، وحاشية على مسند الإمام أحمد، وغير ذلك (راجع: الزركلي، الأعلام، 253/6).

<sup>4</sup> السندي (محمد بن عبد الهادي التتوي، السندي)، حاشية السندي على سنن ابن ماجه، دار الجيل، بيروت، دط، 70/2.

<sup>5</sup> الألباني (محمد ناصر الدين الألباني)، صحيح سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1417 هـ/1997 م، 271/2.

<sup>6</sup> البخاري في صحيحه، باب الأكفاء في الدين، رقم 5090، 7/7، مسلم في صحيحه، باب استحباب نكاح ذات الدين، رقم 1466، 1086/2.

<sup>7</sup> القراني، الذخيرة 251/8، ابن قدامة، المغني، 349/4.



الصلاة والسلام- في هذا الخبر نفسه: " فاطفر بذات الدين تربت يداك" فقصر أمره على ذات الدين فصار من نكح للمال غير محمود في نيته تلك"<sup>1</sup>.

**3/ من القياس:** استدل المالكية بالقياس من حيث أن للزوج حق متعلق بمال الزوجة وهو حق التحمل به، لذلك فإنها تحجر عن التصرف التام به، وقاسوا هذا الحق بحق الورثة، لذلك يحجر عليها أن تتبرع في حدود الثلث قياساً على تصرفات المريض<sup>2</sup>.

ورد الجمهور أن هذا القياس غير صحيح، لأن المرض يفضي إلى وصول المال إليهم بالميراث والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث، وهي أحد وصفية العلة، فلا يثبت الحكم بمجردهما، كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا سائر الورثة بدون المرض.

والثاني أن تبرع المريض موقوف، فإن برئ من مرضه صح تبرعه وها هنا أبطلوه على كل حال، والفرع لا يزيد على أصله، والثالث أن ما ذكره منتقض بالمرأة، فإنها تنتفع بمال زوجها، وتبسط فيه عادة ولها النفقة منه وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بما لها، وليس لها الحجر عليه وعلى أن هذا المعنى موجود في الأصل ومن شروط القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الأصل والفرع جميعاً<sup>3</sup>.

بالإضافة إلى أن المرأة صحيحة، والاحتياط يكون على المريض لا على الصحيح، كما أن لا علة تجمع بين المرأة الصحيحة والمريض فالشيء يقاس بمثله لا بضده<sup>4</sup>.

**4/ من المعقول:** أضاف الفقهاء المحدثين بيان أوجه السداد فيما ذهب إليه المالكية ورأوا أنه يراعي الواقع وطبيعة المرأة من خلال<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 189/7.

<sup>2</sup> ابن قدامة، المغني، 348/4.

<sup>3</sup> المصدر نفسه، 349/4.

<sup>4</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 186/7.

<sup>5</sup> عبد السلام الراعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها الفقهية في المغرب، مطابع إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، 1996، ص 208.

- 1- أن المرأة شريكة الرجل في السراء والضراء مما يوجب على كل من الزوجين النظر في حال الآخر وعدم إضاعة المال بالتبرع بأكثر من الثلث.
  - 2- إذا ساءت حال الزوج المالية، تطلب الآخر تدخل الزوجة لتنفق على عيالها، وهو وضع أصبحت التشريعات الأسرية تضع له اعتباراً<sup>1</sup>.
  - 3- من طبيعة المرأة سرعة التأثر فتقع أحياناً في التغير، وأحياناً تحت طائلة الإكراه العائلي، لذلك فإن سلطة الرجل على مال زوجته هدفها حمايته من الإكراه والتغير.
- البند الثاني: الرأي القائل باستقلالية الزوجة في تصرفاتها التبرعية .

#### أولاً: مقتضى استقلال الزوجة في تصرفاتها التبرعية

وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن حزم وأحمد في رواية وفيه قالوا إن المرأة البالغة الرشيدة ذات أهلية كاملة في تصرفاتها المالية، بما في ذلك التبرعية، ولا سلطة لزوجها أو وليها عليها في ذلك، فلها أن تتبرع أو تهب من مالها متى شاءت ولمن شاءت دون أن تنتظر إذناً من أحد<sup>2</sup>.

وفيه قال الشافعي: "... فلم يجعلها مولى عليها، ولم يجعل زوجها شريكاً، ولا مالها مرهوناً في يديه، ولا هي ممنوعة من مالها، ولا مخلى بينها وبينه ثم يجيز لها بعد زمان إخراج الثلث والثلث بعد زمان حتى ينفذ مالها فما منعها مالها، ولا خلاها وإياه والله المستعان"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> على سبيل المثال المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري " في حالة عجز الأب تجب نفقة الإدلاء على الأم إذا كانت قادرة على ذلك" وكذلك المادة 199 من مدونة الأسرة المغربية " إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز الأب".

<sup>2</sup> الشيباني(أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني)، الحجة على أهل المدينة، تح: مهدي حسن الكيلاني القادري، دار عالم الكتب، بيروت، ط3، 1403هـ، 488/3، الشافعي، الأم، 121/3، ابن قدامة، المغني، 348/4، ابن حزم، المحلى بالآثار، 181/7.

<sup>3</sup> الشافعي، الأم، 121/3-122.

وجاء في المغني: " وظاهر كلام الخزي<sup>1</sup> أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاضة، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر<sup>2</sup> هو أيضاً مذهب ابن حزم<sup>3</sup>.

ثانياً: أدلة أصحاب هذا الرأي

واعتمد هذا الرأي على الأدلة الآتية:

1/ من الكتاب:

أ/ قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ [البقرة: 237].

لقد دلت هذه الآية على أن على الرجل أن يسلم إلى المرأة نصف مهرها، كما كان عليه أن يسلم إلى الأجنبية من الرجال ما وجب لهم، ودلت السنة على أن المرأة مسلطة على أن تعفو من مالها وندب الله - عز وجل - إلى العفو لأنه أقرب للتقوى<sup>4</sup>.

ب/ قوله تعالى: ﴿ وَأَبْتَلُوا أَلْيَتَنِي حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا

فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ<sup>ط</sup> ﴾ [النساء: 6]، فشرط الله - عز وجل - أن يدفع لليتيم ماله إذا جمع

الرشد مع البلوغ سواء كان ذكراً أو أنثى، وليس النكاح بواحد منهما، وأيهما صار إلى ولاية ماله

<sup>1</sup> الخزي: هو عمر بن الحسين بن عبد الله الخزي، أبو القاسم: فقيه حنبلي. من أهل بغداد. رحل عنها لما ظهر فيها سب الصحابة. نسبته إلى بيع الخرق. ووفاته بدمشق. له تصانيف احترقت، وبقي منها " المختصر - ط " في الفقه، يعرف بمختصر الخزي (راجع: ابن أبي يعلى (أبو الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد)، طبقات الحنابلة، تح: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، دط، دت، 75/2 وما بعدها، الزركلي، الأعلام، 44/5).

<sup>2</sup> ابن قدامة، المغني، 348/4.

<sup>3</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 181/7.

<sup>4</sup> الشافعي، الأم، 221/3.

فله أن يفعل في ماله ما يفعل غيره من أهل الأموال، وسواء في ذلك المرأة والرجل وذات زوج كانت أو غير ذات زوج، وليس الزوج من ولاية مال المرأة بسبيل<sup>1</sup>.

ج/ قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء:4]، وقوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229]، وقوله أيضاً: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾ [النساء: 20].

فالله لم يفرق بين حكمهم وحكم أزواجهم والأجنبيين وغير أزواجهم فيما أوجبه من دفع حقوقهن وأحل ما طبن عنه نفساً من أموالهن وحرم من أموالهن ما حرم من أموال الأجنبيين<sup>2</sup>.

د/ قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةٍ مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [النساء 12]، فلم يفرق بين الزوج والمرأة في أن لكل واحد منهما أن يوصي في ماله، وفي أن دين كل واحد منهما لازم له في ماله، فإذا كان هذا هكذا كان لها أن تعطي من مالها لمن شاءت بغير إذن زوجها<sup>3</sup>.

هـ/ قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْتُوا النِّسَاءَ كَرْهًا﴾ [النساء: 19]، فبطل بهذا منعها من مالها طمعاً من أن يحصل للمانع بالميراث أباً كان أو زوجاً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الشافعي، الأم، 221/3 ابن قدامة، المغني، 349/4، البهوتي، كشاف القناع، 3/445

<sup>2</sup> الشافعي، الأم، 221/3

<sup>3</sup> المصدر نفسه، 221/3.

<sup>4</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 181/7.

## 2/ من السنة:

أ/ ما ورد عن ميمونة بنت الحارث<sup>1</sup> أنها أعتقت وليدة ولم تستأذن النبي صلى الله عليه وسلم فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه قالت: "أشعرت يا رسول الله أني أعتقت وليدتي"، قال "أو فعلت؟" قالت: "نعم"، قال: "أما أنك لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك"<sup>2</sup>.

ويستدل في الحديث أن ميمونة كانت رشيدة وأنها أعتقت وليدتها قبل أن تستأمر النبي صلى الله عليه وسلم فلم يستدرك ذلك عليها بل أرشدها إلى ما هو أولى، فلو كان لا ينفذ لها تصرف في مالها لأبطله"<sup>3</sup>.

ب/ عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود لما قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "تصدقن من حليكن" ذهبت تسأل النبي صدقتها على زوجها وأيتامها فقال: "لها أجران أجر القرابة وأجر الصدقة"<sup>4</sup> فالرسول أجاب النساء وبين لهن فضل النفقة على الزوج والأولاد وأنه صدقة، ولم يذكر لهن وجوب إذن الزوج في التبرع لغيره ولو كان ذلك واجبا لما ترك النبي صلى الله عليه وسلم بيانه<sup>5</sup>.

ج/ عن ابن عباس: خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم العيد وصلى ثم خطب ولم يذكر أذانا ولا إقامة، ثم أتى النساء فوعظهن وذكرهن وأمرهن بالصدقة، فرأيتهن يهوين إلى أذانهم وحلوقهن ويدفعن إلى بلال ثم ارتفع هو وبلال إلى بيته"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ميمونة بنت الحارث بن حزن الهلالية، أخت أم الفضل لبابة، تقدم نسبها مع أختها في حرف اللام وميمونة في أم المؤمنين، كان اسمها برة، فسمها النبي صلى الله عليه وآله وسلم ميمونة، وكانت قبل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عند أبي رهم بن عبد العزى بن عبد ود(راجع: ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، 322/8).

<sup>2</sup> البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها، باب هبة المرأة لغير زوجها، رقم 2592، 158/3، مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقرنين والزوج والأولاد والوالدين ولو كانوا مشركين، رقم 999، 999/2.

<sup>3</sup> ابن حجر، فتح الباري، 219/5.

<sup>4</sup> سبق تخريجه، ص 133.

<sup>5</sup> ابن قدامة، المغني، 349/4.

<sup>6</sup> البخاري في صحيحه، باب والذين لم يبلغوا الحلم منكم، رقم 5249، 40/7، مسلم في صحيحه، كتاب صلاة العيدين، رقم 603/2، 885.

فالرسول صلى الله عليه وسلم قبل صدقة النساء ولم يسأل ولم يستفصل حول الإذن من أزواجهن<sup>1</sup>.

ويُرد على الأحاديث السابقة ذكرها أن مالكا حمل تلك الأحاديث على جواز التبرع بالشيء اليسير، وهو رأي قال فيه ابن حجر: "وهذا الحمل سائغ إن ثبت المدعي وهو أنه لا يجوز لها التصرف فيما زاد على الثلث إلا بإذن الزوج لما في ذلك من الجمع بين الأدلة"<sup>2</sup>.

وقد رجح الشوكاني رأي مالك لأنه يجمع بين الأحاديث السابقة فقال: "يتعين الأخذ بعموم حديث عبد الله بن عمرو<sup>3</sup> وما ورد من الوقائع المخالفة له تكون مقصورة على موارد أو مخصصة لمثل من وقعت له من هذا العموم وأما مجرد الاحتمالات فليست مما تقوم به الحجة"<sup>4</sup>.

الرأي الراجح الذي توصلت له من خلال القراءة والتدقيق في أدلة الفريقين، أجده في قوة ووجهة رأي الجمهور نظراً للأدلة الكثيرة التي اعتمدوا عليها، والمأخوذة من الكتاب والسنة، وتعاضدها، مؤيدة مبدأ استقلال المرأة المتزوجة بالتصرف في مالها استقلالاً تاماً، بما في ذلك حقها قي التبرع، في مقابل اعتماد الملكية على أحاديث ضعفها العلماء، وهو أيضاً الرأي الذي رجحه بعض الفقهاء، وفي هذا الإطار علق الإمام أبو زهرة بقوله: "والحق أن رأي مالك -رضي الله عنه- متهافت لا يعتمد على سند قوي من نص ولا مصلحة مرسله ولا استحسان مستقيم، ولا قياس يقوم على مناط محكم منتج"<sup>5</sup>.

وعلى الرغم من اعتماد الرأي الأول الذي يفيد الاستقلال التام، وحرية تصرف الزوجة في مالها، بما في ذلك حقها في التبرع، فإنه يمكن تفسير الأحاديث التي اعتمد عليها فقهاء الملكية على أنها مأخوذة على وجه النذب والاستحباب، وهو الرأي الذي أرجحه، والذي يمكن من خلاله

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، 4/349.

<sup>2</sup> ابن حجر، فتح الباري، 5/219.

<sup>3</sup> بقصد حديث: "لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها".

<sup>4</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، 6/25.

<sup>5</sup> محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، د ط، ص 347.

الجمع بين جميع الأدلة بما يتناسب مع الطبيعة الخاصة للعلاقة الزوجية<sup>1</sup>، لأن قيام الزوجة باستشارة زوجها في تصرفاتها المالية، يعزز التوادد والتفاهم بينهما، بما يوافق رأي العلماء الذين فسروا هذه الأحاديث على معنى حسن العشرة واستطابة نفس الزوج<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لموقف القانون من المسألة فقد عمل بما نص عليه الجمهور من خلال الاعتراف بالاستقلال في الذمة المالية للزوجين، وبالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لأحكام الهبة التي تعد من أهم عقود التبرعات، فنجدتها اشتملت على أحكام عامة تخص الجميع ولا تميز بين المرأة والرجل فكلاهما يخضع لنفس الأحكام، ولم يشترط القانون ضرورة استئذان الزوجة لزوجها في هبتها لملها إذا كانت قيمة الهبة أكثر من ثلث مالها<sup>3</sup>، ونفس الملاحظة نسجلها فيما تعلق بأحكام الكفالة<sup>4</sup> وأحكام القرض<sup>5</sup>، ولا يختلف الحكم عند التشريعين المغربي والتونسي.

### الفرع الثالث: استقلالية الزوجة بالتصرف في صداقها

جرت العادة أن تقوم الزوجة بإعداد جهاز لها عند انتقالها لبيت الزوجية، تقتنيه معتمدة على صداقها المعجل الذي تقبضه من زوجها ومن إسهامات أهلها خاصة أبيها، مما يجعلنا نتساءل حول مدى الزام الزوجة بصرف صداقها في إعداد هذا الجهاز، فهل هي ملزمة بذلك أم لا؟ وما الحكم المتعلق بالجهاز إذا ساهم أبوها في تجهيزها؟ ثم على اعتبار أن الزوجة خصصت هذا الصداق الذي قبضته في إعداد الجهاز فهل لها أن تمنع زوجها من الانتفاع به؟

والإجابة عن هذين السؤالين يقتضي بيان تعريف الجهاز ومسؤولية الزوجة في التجهيز ثم سلطتها على الجهاز.

<sup>1</sup> عمر صلاح الحافظ مهدي الغزاوي، الذمة المالية للزوجين - في الفقه الإسلام والقانون الوضعي -، مذكرة ماجستير منشورة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010، ص63.

<sup>2</sup> السندي، حاشية السندي على سنن ابن ماجه، 70/2.

<sup>3</sup> أحكام الهبة نص عليها المشرع الجزائري في المواد (202 إلى 212) من قانون الأسرة.

<sup>4</sup> تناول المشرع الجزائري أحكام الكفالة في المواد ( 571 إلى 589) من القانون المدني.

<sup>5</sup> تناول المشرع الجزائري أحكام القرض في المواد ( 450 إلى 458) من القانون المدني.

## البند الأول: المقصود بالجهاز

أولاً: الجهاز لغة.

جهاز، جهاز العروس والميت أي ما يحتاجان إليه، وكذلك جهاز المسافر وجهاز الجيش<sup>1</sup>، ويقال جهزت العروس تجهيزاً، وكذلك جهزت الجيش، وتجهيز الغازي: تحميله واعداد ما يحتاج إليه في غزوه، وتجهزت لأمر أي تهيأت له، وأجهزت على الجريح إذا أسرعت لقتله<sup>2</sup>

ثانياً: الجهاز اصطلاحاً.

لم أجد في كتب الفقهاء القدامى تعريفاً للجهاز وإنما اكتفوا بالإشارة إلى أحكامه والتعرض لمسائله، بما يعني هؤلاء الفقهاء يقررون أن الجهاز بمعناه الاصطلاحي موافق لمعناه اللغوي.

أما الفقهاء المحدثون فنجد تعريف محمد بن إبراهيم التويجري بقوله: "هو أثاث بيت الزوجية من فُرش، وأواني ونحوهما"<sup>3</sup>.

وعرفه وهبة الزحيلي ب: "هو أثاث المنزل وفراشه وأدوات بيت الزوجية"<sup>4</sup>، والملاحظ في هذين التعريفين أنهما توسعا كثيراً في مفهوم الجهاز لدرجة أنه أصبح ينطبق مع مفهوم متاع بيت الزوجية<sup>5</sup>، مع أن الفرق بينهما يكمن في أن الجهاز يخص ما تأتي به الزوجة عند زفافها أما متاع البيت فيشمل أيضاً ما يأتي به الزوج سواء كان ذلك عند الزواج أو بعده.

أما عبد الكريم زيدان فعرفه ب: "ما تحتاج إليه الزوجة في بيت الزوجية"<sup>6</sup> وهو تعريف مشتق من التعريف اللغوي.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 712/9، المعجم الوسيط، 143/1، الرازي، مختار الصحاح، ص63.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، 712/9، الفيومي، المصباح المنير، 113/1.

<sup>3</sup> محمد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، ط1، 1430هـ/2009م، 73/4.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 311/7.

<sup>5</sup> محمد بجاق، أحكام التنازع بين الزوجين، ص263.

<sup>6</sup> عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 145/7.



وعرفه محمد مصطفى شلبي بقوله: "الجهاز: هو ما يعد به بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة لزوجها"<sup>1</sup>.

وعرفه السيد سابق بقوله: "الجهاز هو الأثاث الذي تعده الزوجة هي وأهلها ليكون معها في البيت، إذا دخل بها الزوج"<sup>2</sup>.

وهذان التعريفان كانا أكثر دقة، كونهما حصرا معنى الجهاز في الأثاث الذي يتم تجهيز بيت الزوجية به عند الزفاف والانتقال إلى بيت الزوجية، فالجهاز هنا إنما يعني ما تتجهز به الزوجة لمناسبة معينة وهي الزفاف أو الدخول وما عدا ذلك فهو متاع، وقد خصص التعريف الثاني الجهاز بما تعده الزوجة وأهلها وأخرج بذلك ما يعده الزوج، وهو الأصوب في رأيي لأن ما يعده الزوج يدخل ضمن المتاع ونقاش الفقهاء بخصوص الجهاز إنما يتعلق في هل أن الزوجة مجبرة على اقتناء الجهاز أم لا؟ وبالتالي فإن الجهاز هو جزء من أثاث بيت الزوجية وليس الأثاث كله.

أما تعريف الجهاز من الناحية القانونية، فلم يرقم القانون الجزائري ولا المغربي أو التونسي بتعريف الجهاز تاركاً الأمر للفقهاء باعتبارهم أهل الاختصاص في ذلك، على الرغم من أن هناك تشريعات أخرى قامت بتعريفه، ومن ذلك ما جاء في المادة 2/45 من قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري: "الجهاز ما تحضره الزوجة إلى بيت الزوجية أو ما يشتريه الزوج من مالها بتفويض منها مهراً كان أو غيره" وهو نفس التعريف تقريباً الذي جاءت به المادة 52 من قانون الأحوال الشخصية اللبناني.

### البند الثاني: مسؤولية الزوجة في تجهيز بيت الزوجية

إذا كان المهر الذي تقبضه الزوجة هو حق خالص لها، فهل أن هذا الحق يتيح لها التصرف فيه كما تشاء، أم أنه مرصود لغرض معين، وهو اقتناء الجهاز الذي تأخذه معها عند الزفاف فتكون بذلك مسؤولة على تجهيز البيت إعداد ما يلزمه من فرش ومتاع وأدوات منزلية وغير ذلك؟

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 410.

<sup>2</sup> سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1977م، 2/167.

## أولاً: مسؤولية الزوجة في تجهيز بيت الزوجية في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في هذا الشأن وانقسموا إلى رأيين، الرأي الأول تبناه الجمهور<sup>1</sup> من غير المالكية رأوا أن التجهيز مسؤول عنه الزوج وأن الزوجة غير ملزمة به، بينما رأى المالكية<sup>2</sup> خلاف ذلك وفي ما يلي آراء الفريقين:

### 1/ الرأي الأول: التجهيز ليس من واجب الزوجة

يرى جمهور الفقهاء<sup>3</sup> أن الجهاز واجب على الزوج تماماً كما تجب عليه نفقة المرأة وكسوتها، والمهر المدفوع لها إنما هو عطاء ونحلة كما سماه الله في كتابه وليس في مقابل الجهاز، فهو حق على الزوج لزوجته، أما تجهيز البيت فهو من قبيل النفقة التي يلزم الزوج بها، وبكل أنواعها من مأكل وملبس ومسكن، وقد ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية ما يدل على أن النفقة واجبة على الزوج، كما أنه لا يوجد دليل من الشريعة الإسلامية يجعل تجهيز بيت الزوجية واجبا على الزوجة، وعلى هذا الأساس فإن الزوجة إذا قامت بإعداد بيت الزوجية وتأثيثه أو فعل ذلك وليها فإنه يعد من قبيل المساهمة والمساعدة لا غير<sup>4</sup>، أما المهر فهو عطاء ونحلة ولا يجوز للرجل أن يأخذ منه شيئاً إلا عن طيب نفس، فقد قال الله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء:4]، فلا يلزمها شراء الجهاز وإن اشترته فلا يلزمها أن تتمتع به ولا أن تشرك زوجها في استخدامه كأن تفرش له شيئاً من فرشها.

ويرى فقهاء الحنفية أنه إذا دفع الزوج مقداراً من المال نظير إعداد الجهاز، وكان هذا المال منفصلاً عن المهر وزائداً عليه، ففي هذه الحالة تكون الزوجة ملزمة بإعداد الجهاز لأن ذلك يدخل في معنى الهبة بشرط العوض، وللزوج المطالبة بتجهيز البيت بالجهاز المتفق عليه أو فسخ الهبة، غير

<sup>1</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 585/3، الماوردي، الحاوي الكبير، 433/9.

<sup>2</sup> الكشناوي، أسهل المدارك 2/ 116، القراني، الذخيرة، 364/3، الصاوي، حاشية الصاوي، 464/2.

<sup>3</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 290/2، الماوردي، الحاوي الكبير، 390/9.

<sup>4</sup> قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثاث بيت الزوجية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ط1، 2008م، ص62.

أنه إذا سكت الزوج عن المطالبة بالجهاز بعد الزفاف لمدة معينة، اعتبر ذلك هبة محضة، وسقط حقه في المطالبة بالتجهيز<sup>1</sup>.

أما إذا كانت الزيادة متصلة بالمهر و كانت نظير الجهاز فإنه يعرف ذلك صراحة أو عرفاً أو بقرينة، وقد جرى الخلاف في هذه المسألة على مذهبين<sup>2</sup>، فمنهم من يرى أنه لا يجوز أن يلزمها بجهاز معين لأن المهر حق خالص للمرأة قل أو كثر فهو ليس نظير الجهاز وإن كانت الزيادة كثيرة، بينما يرى الفريق الثاني أن الزيادة في المهر ما كانت إلا لأجل الجهاز ويلزم منه فساد التسمية لعدم العلم بما يخص كل واحد منهما، لذا وجب مهر المثل إن لم تقم الزوجة بإعداد الجهاز، وهو وضع شبيه بحالة ما إذا سمى الزوج مهراً واشترط منفعة فالواجب مهر المثل ولا يزيد على المهر المسمى، وهو الرأي الأقرب للصواب في تقديري ما دام هناك من القرائن و الأعراف ما يدل على أن الزيادة يراد بها اقتناء الجهاز، إذ إن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

## 2/ الرأي الثاني: التجهيز من واجب الزوجة

ذهب المالكية إلى أن الجهاز واجب على الزوجة بمقدار ما قبضته من المهر، فإن لم تكن قبضت على شيء من المهر فلا شيء عليها إلا إذا شرط عليها الزوج ذلك، على أن يكون جهاز مثلها مثله وفي ذلك جاء في الشرح الكبير: "ولزمها التجهيز على العادة في جهاز مثلها مثله بما قبضته من مهرها إن سبق القبض البناء كان حالاً أو مؤجلاً وحل فإن تأخر القبض عن البناء لم يلزمها التجهيز به سواء كان حالاً أو حل إلا لشرط أو عرف وقضي له (أي للزوج) إن دعاها (أي الزوجة) لقبض ما حل من صداقها لتجهز به لا لما لم يحل لتجهز به فيمنع؛ لأنه سلف جر نفعاً إلا أن يسمى شيئاً أزيد مما قبضته أو يجري به عرف فيلزم ما سماه وهذا مستثنى من قوله ولزمها التجهيز بما قبضته"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 585/3، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص412.

<sup>2</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 585/3.

<sup>3</sup> الدردير، الشرح الكبير، 2/ 221-222.

ودليلهم على وجوب ما ذكرناه قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ

الْجَاهِلِينَ ﴾ [الأعراف:199]، والعرف جرى على أن الزوجة هي التي تعد بيت

الزوجية وتجهزه، وأن الزوج إنما يدفع المهر لهذا الغرض<sup>1</sup>.

واستدلوا من السنة أنه - صلى الله عليه وسلم - أخذ صداق فاطمة - رضي الله عنها - فصرفه في جهازها من طيب وفراش ووسادتين على ما روي في الخبر، وقالوا إن فعله على الوجوب<sup>2</sup>.

ومن الأثر أن علياً - رضي الله عنه - حكم بذلك في قضية ارتفع إليه فيها، قضى على الأب بوجوب تجهيز ابنته، وقال للزوج لما طلق وطلب نصف ما دفعه وقال: أعطيت دراهم وآخذ صوفاً وخرقاً فقال: أنت أضعت مالك، ولم يخالف عليه أحد<sup>3</sup>.

ويكون التجهيز واجبا على الزوجة وفق الشروط الآتية<sup>4</sup>:

1- أن تقبض مهرها المعجل، فإن دخل بها قبل القبض فلا يلزمها التجهيز، إلا إذا كان قد شرط عليها ذلك، أو كان العرف يقضي بذلك.

2- أن لا يسمي الزوج شيئاً غير ما قبضته الزوجة للجهاز، أو أن يجري العرف بأن يدفع الزوج شيئاً للجهاز، فإن سمي شيئاً للجهاز فإنه يلزم أن تتجهز بما سماه، وكذلك الأمر بالنسبة للعرف.

3- أن يكون الصداق عيناً فإذا كان عروض تجارة أو كان مما يكال أو كان حيواناً فإنها لا تلزم بيعه للتجهز به على المعتمد.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 312/7.

<sup>2</sup> القاضي عبد الوهاب، المعونة، 755/2.

<sup>3</sup> المصدر نفسه، 755/2.

<sup>4</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 223-222/2، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 160/4.

وبالوقوف على آراء الفقهاء والتمعن فيها فإنه يمكن القول إن ما ذهب إليه الجمهور أقرب

للصواب، نظراً ل:

1- قوة دليلهم المستند إلى الآية الكريمة، فقد سمت الصداق نحلة، والنحلة تعني ما يعطيه الإنسان عن طيب نفس، دون مقابلة عوض<sup>1</sup>، وسمي الصداق نحلة إبعاداً له عن أنواع الأعواض وتقريباً له إلى الهدية، التي تعطى على سبيل التمليك فلا يجوز للزوج أن يأخذ منها شيئاً إلا عن طيب نفس منها، مما يعني أن الزوجة لها أن تتصرف في صداقها كما تشاء وليس لأحد إجبارها على إعداد الجهاز، أما العادة التي دأب عليها الناس في أن المرأة تعد جهازاً عند زواجها فيدخل في الحرص على المكارمة والتوادم بين الزوجين، فلو كان الصداق ثمناً للجهاز لجاز إسقاطه على أن يتكفل الزوج بالتجهيز.

2- تجهيز البيت يقع على مسؤولية الزوج؛ لأنه يدخل ضمن توابع المسكن، وهو من عناصر النفقة المكلف بها الزوج<sup>2</sup>، وعليه فإن الأساس هو استقلالية الزوجة في تملكها للمهر وحرية بالصرف فيه حرية تامة، أما ما تقوم به من إعداد للجهاز، فلا يعدو أن يكون مجرد التزام أدبي الغرض منه المساعدة والمساهمة لا غير، وهو من باب التبرع عن طيب نفس الذي يحل للزوج أكله هنيئاً مريئاً كما ذكره الله في الآية السابق ذكرها.

### ثانياً: مسؤولية الزوجة في تجهيز بيت الزوجية في القانون

سار المشرع الجزائري في ركب التشريعات التي تبنت رأي الجمهور، من حيث اعتبار المهر حق خالص لها تملكه نحلة من زوجها، ولها أن تتصرف فيه كما تشاء، وهو واضح من نص المادة 14 من ق أ والتي جاء فيها: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء" ونفس الحكم عبر عنه المشرع المغربي في نص المادة 29 من مدونة الأسرة: "الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حق للزوج في أن

<sup>1</sup> القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، 24/5، الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، 230/4، محمد رشيد رضا، تفسير المنار، 280/4.

<sup>2</sup> بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة، مرجع سابق، ص 108.

يطالبها بأثاث أو غيره ، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه " ، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون التونسي<sup>1</sup> .

وعلى الرغم مما ذهب إليه المشرع سواء في الجزائر أو البلدان المغاربية الأخرى من أن تجهيز البيت يتحمله الزوج وحده فإن السائد هو أن الزوجة تسهم في التجهيز من صداقها بل إن العادة دلت على أنها تعتمد إلى بذل المزيد من المال مما تملك هي أو أبوها في سبيل هذا الجهاز كما سآبين لاحقاً، كما أن الجهاز هو أحد الأسباب الرئيسية التي أدت إلى غلاء المهور، لما يتطلبه من تكاليف باهضة حكمتها الأعراف والتقاليد.

### البند الثالث: تجهيز الأب لابنته

#### أولاً: تجهيز الأب لابنته في الفقه الإسلامي

جرى العرف في البلاد العربية والإسلامية على مساهمة أب الزوجة وأهلها في إعداد وتجهيز بيت الزوجية ببعض المستلزمات والحاجيات من باب التضامن والمساعدة في تجهيز بيت الزوجية من جهة، ومن باب إدخال السرور على قلبيهما من جهة ثانية، وهو عمل متأصل منذ سابق العصور و الأزمان، وقد ورد عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: " جهز رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة في خميل<sup>2</sup> وقربة ووسادة حشوها إذخر<sup>3</sup> " <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> جاء الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية : " كل ما كان مباحاً ومقوماً بالمال تصلح تسميته مهراً ، وهو ملك للمرأة "

<sup>2</sup> الخميل والخميلة: القطيفة، وهي كل ثوب له حَمَلٌ من أي شيء كان، وقيل: الخميل: الأسود من الثياب. انظر: ابن الأثير(المبارك بن محمد الجزري بن الاثير مجد الدين أبو السعادات)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تح: علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1421هـ، ص286.

<sup>3</sup> الإذخِرُ: حشيشة طيبة الرائحة. انظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، ص 30.

<sup>4</sup> رواه النسائي في سننه، باب جهاز الرجل لابنته، رقم الحديث 3384، 6/135، رواه الأمام أحمد(أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل) في مسنده، رقم 643، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ/2001م، 73/2، صححه الحاكم (الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، 2/202).

إلا أن هذا الأمر قد يثير بعض الإشكالات والخلافات، ومن بينها مسألة هل أن الجهاز الذي منحه الأب لابنته على سبيل العارية أم على سبيل الهبة، والفرق بين العارية والهبة أن للأب الحق في استرداد الجهاز إن كان عارية في حياته، ولورثته بعد وفاته، لأن العارية لا تفيد التمليك التام، على خلاف الهبة التي تفيد التمليك التام مع عدم جواز الرجوع فيها لصلة القرابة.

يقرر الأحناف أنه إذا لم يصرح الأب بأن الجهاز الذي اشتراه أنه هبة أو عارية، ثم وقع الخلاف بعد ذلك، فيقول الأب أو ورثته هو عارية، وتقول البنت في حياتها أو زوجها بعد وفاتها إنه هبة، فإن الحكم في هذه المسألة يكون على التفصيل الآتي:

في حالة ما إذا أقام أحدهما البينة فإنه يحكم له، فإن أقام كل واحد منهما البينة فإن البينة التي تسمع هي التي لا يشهد لها الظاهر، لأن البيئات إنما جعلت للذي يدعي خلاف الظاهر، فإن لم تكن لكلا الطرفين بينة كان الحكم لمن يشهد له العرف مع يمينه، فإن كان يشهد للأب أو ورثته فالقول قوله مع يمينه، وأن كان يشهد للبنت أو ورثتها فالقول قولها مع يمينها، وإن كان العرف مشتركاً بأن كان العرف يجيز أن تكون الأشياء المختلف فيها عارية، ويجيز أن تكون هبة، فهناك من يرى أن القول قول الأب مع يمينه لأن المعطي وهو أعلم بصفة تصرفه وعطائه فإن حلف حكم له، وإن نكل حكم لها<sup>1</sup>، وتعتري هبة الأب الجهاز لابنته عدة أحكام تختلف حسب كون البنت كبيرة أو صغيرة، وهي متعلقة بأمور ثلاث<sup>2</sup>:

- أن يكون الشراء والتسليم قد حدثا في حالة الصحة

- أن يكون الشراء في حالة الصحة والتسليم في حالة المرض

- أن يكون الشراء والتسليم في حالة المرض

وإذا كانت البنت كبيرة وجهاز الأب ابنته من ماله الخاص وسلمها الجهاز في صحته، فإنها تكون قد ملكته بالقبض، ولا يجوز له أو لورثته من بعده الرجوع عليها بشيء منه لأن الهبة تمت

<sup>1</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 200/3، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 156/3

<sup>2</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 200/3، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 157/3

بالتسليم ولا رجوع في الهبة لمانع القرابة، ولو مات الأب قبل دفع ثمن ما اشتراه أو جزءاً منه، رجع البائع بالثمن على التركة، وليس للورثة الرجوع عليها بشيء لأن الهبة تمت قبل الوفاة، وإذا استلمت الجهاز في مرض الموت، طبق عليه حكم الوصية وهو نفاذ الوصايا في حدود الثلث من التركة، ويتوقف ما زاد على الثلث على إجازة الورثة .

أما إذا كانت البنت صغيرة أو ممن يدخل في حكمها، انتقلت الملكية لها بمجرد الشراء، ولا يحتاج الملك إلى قبض منها، لأنها في ولاية أبيها ويده كيدها، والهبة هنا تتم بمجرد الإيجاب، فيستوي بذلك أن يكون الشراء والتسليم قد حدثا في حالة الصحة أو كان الشراء في حالة الصحة والتسليم في حالة المرض، أما إذا كان الشراء في حالة المرض فتسري عليه أحكام الوصية، ويلحق بذلك ما تدفعه الأم من أمتعة لابنتها عند الزفاف والأب يعلم ذلك دون أن يعترض، وكذلك إنفاقها من مال الأب على ما هو معتاد، فليس له أو لورثته الرجوع عليها بشيء، ولا تكون الأم ضامنة له<sup>1</sup>.

وذهب المالكية<sup>2</sup> إلى التفريق بين البنت الرشيدة وغير الرشيدة<sup>3</sup>، فإذا كانت البنت رشيدة فلا تقبل دعوى مدعي إعارتها لا في السنة ولا بعدها حيث خالفت المدعي ولم تصدقه سواء كان المدعي أبها أو غيره ما لم يعلم أن أصل ذلك المدعي به للمدعي وإلا قبل قوله بيمين، ولو كان

<sup>1</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 200/3، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 157/3، محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 413.

<sup>2</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 323/2، محمد عليش، منح الجليل، 490/3.

<sup>3</sup> وفي رأي ثانٍ كانت التفرقة بين البكر والثيب فحاش في مختصر الخرشي: "البكر إذا جهزها أبوها وأدخلها به على زوجها ثم ادعى بعد ذلك أن الجهاز أو بعضه عارية عند ابنته فلا يخلو حاله إما أن يدعي ذلك قبل مضي سنة من يوم الدخول أو لا، فإن ادعى ذلك قبل مضي السنة فالقول قوله مع يمينه، ولو خالفته الابنة كان ما ادعاه مما يعرف له أم لا ادعى أنه له أو استعاره لها من غيره ومحل كلام المؤلف حيث كان فيما أبقاه بعدما ادعاه وفاء بما أصدق الزوج فإن لم يكن فيما بقي وفاء فقال ابن حبيب يخلف الأب ويأخذه ويطلب بإحضار ما فيه كفاف بما أصدق الزوج قاله ابن المواز وقال في العتبية لا يقبل منه إلا أن يعرف أن أصل المتاع للأب فيحلف ويتبع بالوفاء واقتصر عليه ابن عرفة وصاحب التوضيح والأب والأجنبي سواء فيما عرف أصله قال في التوضيح ولا تقبل دعوى العارية إلا من الأب في ابنته البكر، وأما الثيب فلا؛ لأنه لا رضا للأب في مالها وقال ابن رشد ومثل البكر الثيب التي في ولايته قياسا على البكر، ومثل الأب الوصي فيمن في ولايته من بكر أو ثيب مولى عليها، وأما الثيب التي ليست في ولاية أبيها فهو في حقها كالأجنبي، وكذا سائر الأولياء غير الأب في البكر والثيب لا يقبل قولهم إذا خالفتم المرأة أو وافقتهم وكانت سفية" الخرشي، شرح مختصر خليل، 287/3-288.



أجنبيا ما لم يشهد على الإعارة، وأما إن لم تخالف المدعي بل صدقته أخذت بإقرارها كانت الدعوى بعد السنة أو قبلها كان المدعي أبا أو غيره، ولو أجنبيا.

وأما إن كانت غير رشيدة بأن كانت مولى عليها بكرة أو ثيباً سفيهة فلا تقبل دعوى غير الأب عليها سواء صدقته أو خالفته ما لم يعلم أن أصل ذلك المدعى به للمدعي وإلا قبل قوله يمين وأخذه ولو بعد السنة، وأما الأب فتقبل دعواه في السنة إذا كان الباقي بعد المدعى به يفي بالجهاز المشترط أو المعتاد فإن ادعى بعد السنة لا تقبل دعواه ما لم يعرف أن أصل المدعى به له وما لم يشهد على العارية.

### ثانيا: تجهيز الأب لابنته في القانون

جرى العرف أن تعد الزوجة جهازاً لها من المهر الذي قبضته على الرغم من أن القانون لا يجبرها على ذلك، كما جرى أيضا أن الأب يساعدها في اقتناء الجهاز، فراه أحيانا يدفع في سبيل ذلك أضعاف ما قبضته من مهر<sup>1</sup>، ولكن أن المشرع لم يتناول حالة النزاع الذي قد يحدث بين الأب أو ورثته مع ابنته أو ورثتها بنص خاص، إلا أنه من المبادئ التي استلهمها القانون من الشريعة نجد ما نص عليه المشرع في المادة 204 من قانون الأسرة: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية" وعليه فإن هبة الأب جهازاً لابنتها أثناء مرض موته، فإنها تأخذ حكم الوصية، ولا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة أن لم تكن هناك وصايا أخرى، وتتوقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث.

ومما جاء في قانون الأسرة نص المادة 211 المتعلقة بالرجوع في الهبة والتي نصت على: "للأبوين الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه إلا في الحالات التالية: 1/ إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له...." وعليه لا يجوز للأب أو الأم الرجوع في الهبة إذا تضمنت تجهيز أبنتهما للزواج.

<sup>1</sup> مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، ص 90.

وإذا تعلق النزاع بخلاف حول اعتبار الجهاز الذي منحه الأب لابنته كان على سبيل الهبة، يراد بها التملك، أم على سبيل العارية للانتفاع بها بشكل مؤقت فقط، ففي مثل هذه الحالة يكون الحكم لصالح الطرف الذي يقدم بينة على ادعائه، وقد قضت المادة 333 من القانون المدني الجزائري بأن الإثبات في التصرفات القانونية التي تفوق قيمتها 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود، وتكون الكتابة هي الدليل الذي يؤخذ به، فإذا لم تتوفر الكتابة، فيمكن توجيه اليمين للمدعى عليه أو الحكم بمقتضى العرف السائد.

### البند الرابع: حق الزوج في الانتفاع بالجهاز

#### أولاً: حق الزوج في الانتفاع بالجهاز في الفقه الإسلامي:

تباينت آراء الفقهاء في تحديد سلطة الزوج في الانتفاع بالجهاز الذي تأتي به الزوجة، وانقسموا إلى رأيين وهذا الاختلاف هو امتداد للاختلاف الذي حصل في تحديد المسؤول عن التجهيز الذي سبق وأن تطرقت له.

ذهب جمهور الفقهاء<sup>1</sup> من غير المالكية إلى أن التجهيز تابع للسكن وهو جزء من النفقة التي تقع على عاتق الزوج، لذلك فإن الجهاز الذي تصطحبه الزوجة معها هو ملكها تتصرف فيه كما تشاء، وعلى هذا الأساس يحق لها أن تمنع زوجها من الانتفاع به، وليس له الانتفاع به إلا بإذن منها سواء تعلق الأمر بانتفاع شخصي أو أن يستخدمه لضيوفه.

ويرى المالكية<sup>2</sup> كما سبق بيانه أن الزوجة مسؤولة عن التجهيز بمقدار المهر المعجل الذي تم قبضه منه، وعلى هذا الأساس فإنه يحق للزوج التمتع بالجهاز الذي أتت به الزوجة حسب ما جرى عليه العرف وليس لها منعه من ذلك، فأن فعلت أمكن له مقاضاتها، كما أنه لا يحق للزوجة أن تنفق من المهر شيئاً على نفسها، أو تقضي به ديناً عليها إلا عند الحاجة و بالشيء اليسير .

<sup>1</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 585/3، الماوردي، الحاوي الكبير، 433/9.

<sup>2</sup> الدردير، الشرح الكبير، 221/2.

وأرى في هذا الجانب أن ما ذهب إليه المالكية هو الأجدر بالاتباع، لموافقته العرف، وهو الرأي الذي رجحه مشروع القانون الموحد للإقليمين السوري والمصري<sup>1</sup>، فالزوجة عندما أسهمت في تجهيز البيت إنما كان ذلك في سبيل التخفيف عن الزوج من بعض الأعباء وهو من باب المكارمة والمساعدة بين الزوجين التي تقوى بها الروابط، وللزوج المنفعة دون الملكية التي تبقى من حق الزوجة، وهو من قبيل الصدقة التي يكون لها فيها أجران أجر الصدقة وأجر القرابة، كما دل على ذلك الحديث الشريف، فلا يعقل بعد ذلك أن نلزم الزوج بالاستئذان من زوجته في كل مرة يريد فيها استخدام بعض المتاع الموجود في البيت، وإلا لماذا حملت الزوجة هذا المتاع وجاءت به على بيت الزوجية، وفي مقابل ذلك فإنه يتعين على الزوج أن يتقيد في انتفاعه بما هو متعارف عليه، هو ملزم ببذل العناية اللازمة للمحافظة عليه، على أن تنتهي مدة الانتفاع بانتهاء العلاقة الزوجية.

### ثانياً: حق الزوج في الانتفاع بالجهاز في القانون

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لحق الزوج في الانتفاع من جهاز زوجته، ما يجعل القاضي في هذه الحالة يلجأ إلى أحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة تطبيقاً لأحكام المادة 222 من هذا القانون، على الرغم من أن أحكام قانون الأسرة في هذا المجال تميل إلى الأخذ برأي الجمهور بناء على أنه حكم في المادة 14 أن المهر ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء، وهو الموقف نفسه الذي نجده عند المشرعين التونسي والمغربي.

ولم أجد نصاً بالتشريعات العربية الأخرى ماعدا ما ذهب إليه مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري والذي رجح ما ذهب إليه المالكية على اعتبار أنه يتوافق مع العرف<sup>2</sup> وهو ما تضمنته المادة 47 الفقرة 1 بقولها: للزوج أن ينتفع بجهاز زوجته في حاجات حياتهما الزوجية المشتركة وفقاً للعرف ما دامت الزوجية قائمة".

<sup>1</sup> جاء في المادة 47 من هذا القانون الفقرة 1 ما يلي: "للزوج أن ينتفع بجهاز زوجته في حاجات حياتهما الزوجية المشتركة وفقاً للعرف ما دامت الزوجية قائمة (مصطفى الزرقا ومن معه، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري، ص 89).

<sup>2</sup> مصطفى الزرقا ومن معه، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري، ص 90.

## المطلب الثاني: استقلالية الزوجين في التكسب والتملك

وفيه سأقوم بشرح حق الزوجة بتحصيل المال من خلال ممارسة العمل الكسبي أثناء الحياة الزوجية، ثم التطرق على كيفية الفصل في النزاعات حول الملكية بوصفه أثر مترتب عن استقلالية التكسب والذي يطلق عليه الفقهاء النزاع حول متاع البيت.

### الفرع الأول: حق الزوجة في ممارسة العمل الكسبي

أناقش تحت هذا العنوان مشروعية عمل الزوجة وضوابطه ثم مدى سلطة الزوج في منع زوجته من التكسب.

#### البند الأول: مشروعية عمل الزوجة وضوابطه

##### أولاً: مشروعية عمل الزوجة

لا تثار مسألة مشروعية عمل الزوج لأنه الأصل، وإنما يثار الأمر لو تعلق بعمل المرأة عموماً والزوجة خصوصاً، لأنه عمل ثانوي لها، والأصل هو احتباسها وقرارها في البيت وخدمة زوجها، في مقابل حقها في النفقة الزوجية، لما في ذلك من خير وفضل في حقها، لقوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي

بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى﴾ [الأحزاب: 33].

وقد ناقش الفقهاء مشروعية عمل المرأة بصفة عامة والزوجة بصفة خاصة، وقد شهدت النصوص والأدلة الشرعية على مشروعية خروج المرأة للعمل وحقها في التكسب ويضاف إليه تظافر الشواهد على ذلك في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، ومن جملة الأدلة على ذلك:

#### 1/ من الكتاب:

أ- جاء في قصة موسى عليه السلام مع ابنتي شعيب قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا وَرَدَ مَاءٌ

مَدِينٍ وَجَدَ عَلَيْهِ أُمَّةٌ مِّنَ النَّاسِ يَسْقُونَ وَوَجَدَ مِنْ دُونِهِمُ امْرَأَتَيْنِ تَذُودَانِ<sup>ط</sup>

قَالَ مَا خَطَبُكُمَا <sup>ط</sup> قَالَتَا لَا نَسْقِي حَتَّى يُصَدِرَ الرِّعَاءُ <sup>ط</sup> وَأَبُونَا شَيْخٌ كَبِيرٌ ﴿٣٢﴾ [النقص: 23].

ووجه الاستدلال في هذه الآية أن نبي الله شعيب - عليه السلام - أذن لابنته بالعمل خارج المنزل، للرعي وسقي الأغنام من ماء مدين<sup>1</sup>، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد دليل بخلافه<sup>2</sup>، ومن أجل ذلك ذكر بعض الفقهاء أنه ينبغي على الوالد دفع ابنته إلى امرأة تعلمها حرفة كتطريز أو خياطة<sup>3</sup> ونحو ذلك.

ب- قوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا <sup>ط</sup> وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ <sup>ج</sup>﴾ [النساء: 32].

وتفيد هذه الآية استحقاق كل شخص من الرجال أو النساء حظه من منافع الدنيا المنجر له مما سعى إليه جهده، أو الذي بعض ما سعى إليه فهو دليل على مشروعية عمل المرأة<sup>4</sup>.

- واستدلوا أيضا بقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ <sup>ج</sup>﴾

يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴿التوبة: 71﴾، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من وظائف الحسبة، وأيضا قوله تعالى ﴿فَأَسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَمَلٍ مِّنْكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ بَعْضُكُمْ مِّنْ بَعْضٍ <sup>ط</sup>﴾ [آل عمران: 195].

<sup>1</sup> القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، 263/19، الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، 101/20.

<sup>2</sup> الإسنوي(عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي)، التمهيد في تخريج الأصول على الفروع، تح: محمد حسين هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1400هـ، ص 441.

<sup>3</sup> ابن عابدين، رد المختار على الرد المختار، 569/3.

<sup>4</sup> الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، 32/5.

2/ من السنة:

أ- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: طلقت خالتي فأرادت أن تجذ نخلها فزجرها رجل أن تخرج ( لأنها كانت في العدة) فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "بلى فجذني نخلك فإنك عسى أن تصدقي أو تفعلي معروفا"<sup>1</sup>.

ووجه الدلالة من هذا الحديث جواز خروج المعتدة البائنة للحاجة<sup>2</sup>، وعلى هذا الأساس جاز خروج المرأة للحاجة، فأقر الشافعية جواز خروج الزوجة للتكسب إذا لم يكن لها مال أو كسب في بيتها خلال فترة المهلة التي أعطيت للزوج لعدم الانفاق<sup>3</sup>.

وفي السياق نفسه قال فقهاء الحنابلة إذا عسر الزوج جاز خروج الزوجة للتكسب ولا يجوز للزوج منعها لأنه إضرار بها، ولأنه يملك حبسها إذا كفاها المؤونة وأغناها عما لا بد منه<sup>4</sup>.

ب- عن الربيع بنت معوذ<sup>5</sup> رضي الله تعالى عنها قالت: " كنا نغزو مع النبي صلى الله عليه وسلم ونخدمهم ونرد القتلى والجرحى إلى المدينة"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب خروج المعتدة البائنة المتوفى عنها زوجها في النهار لحاجتها ، رقم 1483، 11/2

<sup>2</sup> الهروي(علي بن محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي)، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت، 2002/1422م، 2180/5.

<sup>3</sup> النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 78/9.

<sup>4</sup> البهوتي، الروض المربع، ص 622.

<sup>5</sup> الربيع بنت معوذ: الربيع بنت معوذ بن عفراء الأنصارية روى عنها أهل المدينة، وكانت ربما غزت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فتداوي الجرحى وترد القتلى إلى المدينة، وكانت من المبايعات تحت الشجرة بيعة الرضوان(راجع: ابن الأثير) أبو الحسن علي بن أبي الكرم عز الدين ابن الأثير) ، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تح: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/ 1994م، 108/7.

<sup>6</sup> البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب رد النساء الجرحى والقتلى إلى المدينة، رقم 2883، 37/4.

وروت أم عطية<sup>1</sup> رضي الله عنها قالت: " غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع

غزوات أخلفهم في رحالهم فأصنع لهم الطعام وأداوي الجرحى وأقوم على المرضى"<sup>2</sup>

وفي هذا الحديثين جواز قيام النساء بخدمات تمريضية وعسكرية، تدل على جواز خروج النساء للغزو وانشغالهن بصنع الطعام ومداواة الجرحى والمرضى.

ج- عن رائلة امرأة عبد الله<sup>3</sup>، وكانت صناعاً وكانت تبيع وتصدق، قالت لعبد الله يوماً لقد شغلتنى أنت وولديك، فما استطيت أن أتصدق معكم، فقال: ما أحب إن لم يكن في ذلك أجر أن تفعلني، فسألا عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها صلى الله عليه وسلم: " لك أجر ما أنفقت عليهم"<sup>4</sup>.

وفي ذلك دليل على اشتغال المرأة بالصناعة والتجارة.

د- ما أخرجه البخاري في صحيحه عن أسماء بنت أبي بكر قالت: " تزوجني الزبير وماله في الأرض من مال ولا مملوك، ولا شيء وغير ناضج، فكنت أعلف فرسه وأسقي الماء وأحزر غربه وأعجن ولم أكن أحسن أحبز، وكان يخبز لي جارات من الأنصار وكن نسوة صدق، وكنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسي وهي مني على ثلثي فرسخ..."<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أم عطية الأنصارية: اسمها نسيبة بنت الحارث، وقيل نسيبة بنت كعب قال: أحمد بن زهير: سمعت يحيى بن معين وأحمد بن حنبل يقولان: أم عطية الأنصارية نسيبة بنت كعب، قال أبو عمر: في هذا نظر، لأن نسيبة بنت كعب أم عمارة، تعد أم عطية في أهل البصرة، كانت من كبار نساء الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، وكانت تغزو كثيراً مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، تمرض المرضى، وتداوي الجرحى (راجع: ابن عبد البر (أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تح: علي محمد الجاوي، دار الجيل، بيروت، ط1، 1412 هـ / 1992م، 4/1947)

<sup>2</sup> مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد، باب النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم، 3/1444.

<sup>3</sup> ريلة بنت عبد الله بن معاوية الثقفية امرأة عبد الله بن مسعود ويقال: رائلة، وقيل: إنها زينب، وأن رائلة لقب لها، وقيل: ريلة زوجة أخرى له، وهي أم ولده وكانت امرأة صناعاً، وليس لعبد الله بن مسعود مال، فكانت تنفق عليه وعلى ولده من ثمن صنعتهما (ابن الأثير، أسد الغابة، 7/122).

<sup>4</sup> رواه أحمد في مسنده، باب حديث رائلة امرأة عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم، 25/493.

<sup>5</sup> البخاري في صحيحه، باب الغيرة، رقم 5224، 7/35.

وهناك أحاديث وآثار أخرى تدل على جواز عمل المرأة خارج البيت، وقد ذكر ذلك في كتب التاريخ الإسلامي عن اشتغال المرأة بالبيع والشراء والصناعة والتجارة ومعاونة زوجها عند الحاجة، بالإضافة إلى عملها الأصلي في البيت، ومن أمثلة ذلك نجد أن سمراء بنت نهيك الأسدية، ولاها رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسبة فكانت تمر في الأسواق وتأمر بالمعروف وتنهي عن المنكر، تضرب الناس على ذلك بسوط كان معها<sup>1</sup>.

وعمل المرأة خارج البيت مثل غيره تعزيره الأحكام الشرعية والتكليفية الخمسة فقد يكون فرضاً، كما لو كانت قابلة أو طيبة إذا لم يوجد غيرها، وقد يكون مندوباً، وقد يكون مكروهاً، وقد يكون مباحاً، وقد يكون حراماً، وهذه الأحكام تكون حسب نوع العمل وتوفر الشروط الشرعية ومدى توفر المصالح والضرورات ودرء المفسدات لأن الأمور تقدر بقدرها<sup>2</sup>، لذلك ينبغي الحديث عن ضوابط وشروط عمل المرأة.

#### ثانياً: ضوابط وشروط عمل المرأة.

**1/ ضوابط وشروط عمل المرأة في الفقه الإسلامي:** خروج المرأة للعمل يجب أن يكون وفق ضوابط وشروط تتعلق بالمرأة نفسها من جهة والعمل الذي تمارسه من جهة أخرى لذلك قسمتها إلى قسمين كما سيتم بيانه، ثم أتطرق إلى موقف القانون من ذلك.

#### أ/ الشروط المتعلقة بالمرأة:

**1- الالتزام بالآداب الإسلامية:** فعلى المرأة الالتزام بالحجاب الشرعي الذي تتوفر فيه جميع الشروط لصيانتها من تطلعات النفوس المريضة والخبث، كما أن الحجاب صيانة للمجتمع من

<sup>1</sup> ابن عبد البر، الاستيعاب في أسماء الأصحاب ، 4/1863.

<sup>2</sup> للتوسع في ذلك راجع: محمد كرم المغايرة، نفقة المرأة على نفسها وعلى غيرها في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، تشرين الثاني، 1997م، ص 23.



المفاسد، يضاف إلى ذلك الاعتدال في المشية والحركة، فلا تضرب المرأة برجلها إذا مشت فتسمع صوت خلخالها وإسماع صوت الزينة كإبداء الزينة أو أشد<sup>1</sup>.

ومن الآداب أيضاً الحياء، وخفض الصوت وغيض البصر وعدم الخضوع، لقوله تعالى: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: 31]، وهذه الأحكام ليست تقييداً لحرية المرأة وتضييقاً عليها، بقدر ما هو حماية ووقاية لها وللمجتمع من الابتذال والسفور.

**2- الحصول على إذن من زوجها:** فقد ذهب الفقهاء إلى أن خروج المرأة أو الزوجة لا يكون إلا بإذن من زوجها في الحالة الحاجة، وإلا عدت ناشزاً، وينبغي الإشارة في هذا الجانب أن من الفقهاء من أجاز خروج المرأة للعمل دون إذن من زوجها إذا أعسر عن نفقتها<sup>2</sup>، أو كان عملها من فروض الكفاية كالطبية والقابلة وغسالة الموتى<sup>3</sup>.

**3- عدم الاختلاط:** فلا تكون طبيعة العمل تفرض الاختلاط مع الرجال والاختلاء بهم كالعمل في بعض المصانع والدوائر الإدارية التي يكثُر فيها الاختلاط وكثرة المأموريات والأسفار بين الأماكن والبلدات مما يؤدي إلى مخالفة شرعية منهي عنها.

#### ب/ الشروط المتعلقة بالعمل:

من الشروط المتعلقة بالعمل التي وضعها الفقهاء ما يلي:

**1- أن يكون العمل مشروعاً:** فلا يجوز أن تمارس عملاً محرماً كأن تشتغل في محل لبيع المحرمات أو عارضة أزياء أو مغنية أو نواحة...

<sup>1</sup> هذا الكلام أورده القرطبي في تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَصْرِيحْنَ بِأَنْ جُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾ [النور: 31] (راجع:

القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، 237/12).

<sup>2</sup> البهوتي، الروض المربع، ص 622.

<sup>3</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 195/4.

### 2- أن يكون العمل ملائماً مع طبيعة المرأة: فهناك أعمال لا تتفق مع أنوثة المرأة

كالأعمال الشاقة والبناء والحدادة وإصلاح السيارات وما أشبه ذلك، ومن الأعمال التي تتناسب مع طبيعة المرأة مثل التمريض والخياطة والتعليم.

### 3- أن لا يكون العمل على حساب واجباتها المنزلية: فلا ينبغي أن يكون هذا العمل

يشغلها لساعات طوال، فتكون بذلك مقصرة في حق زوجها وأولادها فتكون بذلك قد أهملت مسؤولياتها الكبرى، وفي هذا الشأن يقول عبد الكريم زيدان: "وإباحة العمل منوط بأن لا يكون على حساب ترك واجب عليها لأن فعل الواجب أكثر من فعل المباح، بل ولا يباح هذا المباح ما هو مندوب للمرأة، وحيث أن واجب المرأة القيام بأعمال البيت وما تتطلبه الحياة الزوجية والوفاء بحق الزوج عليها وقيامها بشؤون أولادها وتربيتهم وخدمتهم، وهذه الواجبات كثيرة جداً ومتعبة"<sup>1</sup>.

### 4- أن تكون هناك ضرورة وحاجة لعمل المرأة: بمعنى أن خروج المرأة للعمل كان بسبب

ضرورة أباح الإسلام خروجها كأن تكون معيلة لأسرتها بسبب وفاة زوجها، أو يكون بسبب الفقر والحاجة وعدم قدرة الزوج على توفير كامل متطلبات الإنفاق، أو لحاجة المجتمع لهذا العمل كونه من الميادين التي يحتاج فيها لاختصاص النساء كتعليم الفتيات وطب النساء والقابلات وغيره من الأعمال.

## 2/ ضوابط وشروط عمل المرأة في القانون.

أولى القانون الجزائري مثل غيره من التشريعات الوضعية الاهتمام بإشراك المرأة في العمل والتنمية الاقتصادية دون التطرق إلى الضوابط والشروط الشرعية لعمل المرأة، وجدناه يركز على مبدأ المساواة بين الجنسين في الحصول على العمل وجعله مبدأً دستورياً لذلك تم النص عليه في معظم الدساتير الجزائرية<sup>2</sup> من خلال التأكد على أن:

### 1- جميع الأفراد متساوون أمام القانون.

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، 265/4

<sup>2</sup> أنظر المواد 12 من دستور 1963، المواد 39، 40 من دستور 1976، المواد 29، 31 من دستور 1996.

2- التأكد على دور مؤسسات الدولة في تحقيق هذه المساواة.

3- اعتبار عمل المرأة حقا دستوريا لا يختلف بأي حال عن الرجل.

وقد حرص القانون على تطبيق هذا المبدأ لذلك جاء في المادة 17 من القانون 11/90 المتضمن قانون علاقات العمل<sup>1</sup> على عدم التمييز بين العمال والتي جاء فيها: "تعد باطلة وعديمة الأثر كل الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقات أو الاتفاقيات الجماعية أو عقد العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى تمييز بين العمال كيفما كان نوعه في مجال الشغل والأجرة وظروف العمل على أساس السن والجنس أو الوضعية الاجتماعية أو النسبية والقرباة العائلية...".

كما راعى المشرع التكوين الفيزيولوجي للمرأة من خلال النص على عدم تشغيلها في الأعمال الليلية إلا بناء على ترخيص من مفتش العمل المختص إقليميا عندما تبرر ذلك طبيعة النشاط وخصوصياته<sup>2</sup>.

أما على صعيد قانون الأسرة فقد نصت المادة 19 على إمكانية اشتراط المرأة احتفاظها بعملها في عقد الزواج، كما اعتبر أن عمل المرأة لا يمكن أن يكون سبباً في إسقاط الحضانة عنها. لا يفوتنا في هذا المقام التذكير بانضمام الجزائر إلى اتفاقية محاربة التمييز ضد المرأة<sup>3</sup>، والتي تهدف إلى تفسير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك المرأة والرجل، مع الحث على إعادة النظر في توزيع الأدوار التقليدية للمرأة والرجل في المجتمعات، والناجحة عن معتقدات وممارسات خاطئة<sup>4</sup> حسبهم.

<sup>1</sup> القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج ر، ع 17.

<sup>2</sup> المادة 29 من قانون علاقات العمل: يمنع المستخدم من تشغيل العمالات من أعمال ليلية.

غير أنه يجوز لمفتش العمل المختص إقليمياً أن يمنح رخصاً خاصة، عندما تبرر ذلك طبيعة النشاط وخصوصيات العمل"  
<sup>3</sup> صادقت الجزائر على اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 22 جانفي 1996 المتضمن الانضمام مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ج ر، ع 06.

<sup>4</sup> عمار مانع، المرأة العاملة في المنظومة التشريعية الجزائرية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، ع 29، جوان 2008، ص 164.

وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن التعارض القائم بين التصور الإسلامي لعمل المرأة باعتباره استثناء دعت إليه حاجة الأسرة والمجتمع، لذلك أمكن إدخاله في دائرة الشروط الاتفاقية للزوجين في القوانين الأسرية بينما تعتبره اتفاقية محاربة التمييز ضد المرأة حقاً.

وبناءً على ما سبق نسجل أنه على الرغم من إسلامية التشريعات الأسرية عندنا، فإنه تم إغفال الضوابط والشروط الشرعية التي ينبغي أن تتحلى بها المرأة وهي تمارس عملها، وبالتالي فهي لا تراعي الشروط والمحاذير التي نبه إليها الفقهاء تجنباً للسفور والابتدال، واعتبار هذه الشروط تدخل في دائرة الحريات الشخصية لكل فرد.

### البند الثاني: سلطة الزوج في منع زوجته من ممارسة العمل الكسبي

يتمتع الزوج نحو زوجته بسلطة القوامة، هذه القوامة توجب على الزوجة طاعة زوجها، وتخول له الحق في إلزامها بالقرار في بيت الزوجية، تحت مسمى حق الاحتباس، وفي مقابل ذلك تحرص المرأة على الاحتفاظ بمنصب عملها بعد الزواج، ومن هنا تبرز إشكالية سلطة الزوج في منع زوجته من الخروج من البيت، حق الزوجة في ممارسة العمل الكسبي، خاصة في وقتنا الحاضر، لذلك أمكن اعتبارها نازلة فقهية يمكن مناقشتها بتقسيمها إلى حالتين:

- 1- حالة وجود شرط يقترن بعقد الزواج يقضي بممارسة الزوجة لعملها.
- 2- حالة عدم وجود شرط يقضي باحتفاظها بعملها.

### أولاً: عمل الزوجة باعتباره شرطاً مقترناً بالعقد

كثيراً ما ترغب الزوجة في بقائها في منصب عملها بعد الزواج خاصة في وقتنا الحاضر، وحتى يتسنى لها ذلك، فإنها تحرص على جعله شرطاً يلتزم به الزوج، يتفقان عليه عند إبرام العقد، لذلك سأناقش مدى إلزامية هذا الشرط من الناحية الشرعية والقانونية.

## 1/ عمل الزوجة باعتباره شرطاً مقترناً بالعقد في الشريعة الإسلامية: يقسم الفقهاء

الشروط المقترنة بالعقد<sup>1</sup> إلى ثلاثة أقسام:

أ- شروط تتفق ومقتضى العقد، ولا تخالف نظام الزواج وشروطه كشرط العشرة بالمعروف أو طاعة الزوجة لزوجها فهي مكملة لحكمة المشروط وعاضدة لها وليس فيها منافاة على حال.<sup>2</sup>

ب- شروط مناقضة لمقصود العقد ومقتضاه، كاشتراط أنه لا توارث بين الزوجين، أو شرط أن لا ينفق عليها أو أن لا يعاشرها معاشرة الأزواج، وهي شروط فاسدة عند الفقهاء مع بقاء العقد صحيحاً، ولا يخالفهم في ذلك إلا المالكية الذين يرون أن هذه الشروط تبطل العقد، ويجب فسخه قبل الدخول، ويصح العقد مع فساد الشرط بعده.<sup>3</sup>

ج- شروط لا تتنافى مع العقد وليست من مقتضاه، واشتراطها فيه نفع لأحد الزوجين بحيث لا يظهر في هذا الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة له، ويندرج ضمن هذه الشروط اشتراط الزوجة احتفاظها بعملها بعد الزواج وهو الشرط الذي نود معرفة حكمه من خلال هذا البحث.

انقسم الفقهاء بشأن مثل هذا الشرط إلى قسمين، رأي للجمهور ممثلاً في فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية، يرى أخذ الزوج غير ملزم بهذا الشرط وهو غير لازم له، ويرى الحنابلة في رأي ثان وجوب الوفاء بهذا الشرط، فلا يجوز للزوج التراجع وإجبار زوجته عن ترك العمل.

فعند الحنفية<sup>4</sup> لا مانع من الوفاء بمثل هذه الشروط، إعمالاً بقاعدة الوفاء بالعهد وإن كان إهمالها وعدم الوفاء بها لا يضر بعقد النكاح، فاشتراط الزوجة بقاءها في منصب عملها بعد الزواج،

<sup>1</sup> هناك الكثير من التفصيلات التي أوردها الفقهاء في هذا الشأن، يضيق المجال لذكرها (ولتفصيل أكثر راجع: نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية، دار ابن حزم، بيروت، 1424هـ/2003م، ص 61 وما بعدها، سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره في الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2012/2011م، ص 113 وما بعدها).

<sup>2</sup> الشاطبي، الموافقات، 438/1.

<sup>3</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 238/2.

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 297/2، ابن نجيم، البحر الرائق، 171/3، ابن عابدين رد المختار على الرد المختار، 104/3، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 154.

هو شرط غير لازم للزوج، والتقييد به أمر اختياري فقط، إذ يجوز منعها من العمل ولا شيء عليه، لأن القاعدة عند الحنفية أن كل شرط لا يقتضيه العقد، ولا يكون مؤكداً لمقتضاه، ولم يرد في الشرع ما يدل على جواز أو وجوب مراعاته أو جرى به العرف هو شرط فاسد ولاغٍ، ومع ذلك فإنه يمكن للمكلف به الوفاء به اختياراً منه، وعدم الوفاء به لا يؤدي إلى فساد العقد أو إلى حق الزوجة في طلب الفسخ.

وقد كان الشافعية<sup>1</sup> في هذه المسألة أكثر المذاهب تشدداً، فيما يتعلق بهذه الشروط إذ لا يعتبرون إلا بالشروط الموافقة للعقد ومقتضاه، وهو الاتجاه نفسه الذي ذهب إليه الظاهرية<sup>2</sup>، لأن الشرط الصحيح هو ما ورد النص بجوازه أو انعقد عليه الإجماع، وما عدا ذلك فهو لغو باطل، لذلك فإن اشتراط الزوجة العمل هو شرط باطل لا يلزم الوفاء به.

ومذهب المالكية<sup>3</sup> أقل حدة من سابقه، لأن هذا الشرط لا يفسد النكاح، ولا يقتضي فسخه عند عدم الوفاء به، وهي شروط مكروهة، ولا تؤدي إلى فسخ النكاح، ولا يلزم الوفاء بها، وإنما يستحب الوفاء بها فقط، ولا تلزم الزوج إلا إذا كان فيها يمين بعق أو طلاق أو تمليك، كقوله إن أوفقتها عن العمل فهي طالق أو عبيدي أحراراً.

لذلك فإن اشتراط المرأة على زوجها ممارسة العمل الكسبي هو شرط مكروه عند المالكية ينبغي تجنبه، فإن حدث واشترطته على زوجها فإن للزوج الوفاء به على وجه الاستحباب، فإن لم يوف بها فلا يلزمه شيء أي أنه شرط لازم ديانة لا قضاءً.

<sup>1</sup> الشيرازي، المذهب، 447/2، النووي، المجموع شرح المذهب، 250/16.

<sup>2</sup> ابن حزم، المحلى بالأثر، 123/9، فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ط2، 1434هـ/2013م، 375/2.

<sup>3</sup> الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 296/3، ابي زيد القيرواني (بو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني)، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تح: د. عبد الفتاح محمد الحلو ومن معه دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999 م، 180/5، الزرقاني (محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى)، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تح: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة، ط1، 1424هـ / 2003م، 206/3، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 238/2، ابن رشد الجدل، المقدمات والمهمات، 482/1.

ويمثل الحنابلة<sup>1</sup> الرأي الثاني المخالف للرأي الأول من حيث جواز العمل بالشروط الاتفاقية في عقد الزواج، اعتماداً على نظرية الحرية العقدية أو سلطان الإرادة، إذ إن المبدأ عندهم جواز الاشتراط في العقود، مع وجوب وفاء المتعاقدين والتزامهما بكل ما يشترطانه، ما لم يكن في الشريعة ما يمنع ذلك<sup>2</sup>، لذلك فإن الاجتهاد الحنبلي هو أوسع الاجتهادات الفقهية الإسلامية وأرحبها صدراً في الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، ويتفق جوهر نظريته مع النظريات القانونية الحديثة في الفقه الأجنبي<sup>3</sup>.

ولأن مفهوم الشرط هو ما لم يكن واجباً أو حراماً، إذ لا فائدة من اشتراط شرط هو من مقتضى العقد، فإن الأحاديث النبوية المتعلقة بالوفاء بالشرط هي الشروط التي فيها مصلحة لأحد الطرفين، وليست من مقتضى العقد ولا ينافيه، وهو الرأي الذي تعتمده معظم التشريعات الأسرية عندنا لمرونته واستجابته لرغبات الزوجين في وقتنا الحالي وهو الرأي الراجح.

## 2/ عمل الزوجة كشرط مقترن بالعقد في القانون:

الاتجاه العام لدى التشريعات العربية هو اعتماد مبدأ سلطان الإرادة عند إبرام العقد، فللمتعاقدين أن يضعوا من الشروط ما شاءوا ما دامت هذه الشروط لا تتناقض مع مقتضى العقد، إذ إن العقد شريعة المتعاقدين وهو اتجاه يتوافق مع المذهب الحنبلي والنظريات الحديثة في القانون الوضعي من جهة أخرى، وهذا ما نراه خاصة في القوانين المتعلقة بالأسرة.

<sup>1</sup> بحاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، ص 416، ابن قدامة، المغني، 93/7، ابن مفلح (إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين)، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ/ 1997م، 147/6.

<sup>2</sup> نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية، ص 67.

<sup>3</sup> السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 124/3.

في هذا المجال جاء نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري التي تم تعديلها<sup>1</sup> " للزوجين أن يشترطاً في عقد الزواج أو في أي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لا سيما عدم تعدد الزوجات وعمل الزوجة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

والملاحظ في موقف المشرع الجزائري أنه بالإضافة إلى موقفه في جواز اشتراط الزوجين ما يريانه يحقق مصالح لهما، فإنه خص بالذكر مثالين عن هذه الشروط وهما شرط عدم التعدد وشرط عمل الزوجة، ما يدل أن المشرع أولى اهتماماً كبيراً بهذين الشرطين لأهميتهما الكبرى في استقرار الحياة الزوجية، وباعتبار أنهما الشرطان الأكثر تداولاً في الواقع العملي، كما أنه يمكن اعتبار ذلك نوعاً من التنبيه من قبل المشرع للمقبلين على الزواج على ضرورة الفصل المسبق في مثل هذه المسائل، لتفادي المشاكل التي قد تنشأ لعدم الاتفاق بينهما في ذلك، كما أنه يعني أن الكثير من المشاكل والخلافات الزوجية كانت بسبب هاتين المسألتين.

وقد حرص المشرع على ضرورة جعل الشروط التي يتفق عليها الزوجان موثقة بالكتابة والهدف من ذلك هو سهولة الإثبات عند النزاع لا غير، فعدم توثيق الشرط قد يؤدي إلى صعوبة الإثبات فيما بعد نظراً لطبيعة العلاقة الزوجية التي تجعل توثيق الشروط بين الزوجين أمراً صعباً، لذلك ينبغي التساهل في الإثبات، وعدم الاكتفاء بالكتابة فقط.

أما عن المشرع التونسي، فقد جاء في الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية ما يأتي: " يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء".

أما المشرع المغربي فإنه أكد على إلزامية الشروط ما دامت لم تخالف أحكام العقد ومقاصده أو القواعد الآمرة للقانون من خلال المادتين 47 و48 من المدونة.

وعن الأثر المترتب عند عدم الالتزام بالشرط فإنه يجوز للزوجة في هذه الحالة طلب التطليق، وهو ما تبينه الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على جواز طلب

<sup>1</sup> نص المادة قبل التعديل: " للزوجين أن يشترطاً في عقد الزواج من الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون"



التطبيق لمخالفة الشروط المتفق عليها، ولا يختلف الحكم بالنسبة للمشرع المغربي حسب المادة 99 من المدونة، وكذلك المشرع التونسي بمقتضى الفصل 11 من المجلة السابق ذكرها.

هذا ويجدر التنبيه أن المشرع المغربي ذهب إلى أن الوفاء بالشرط مرتبط بقدر الوفاء به بمعنى أنه إذا تغيرت الظروف وأصبح التنفيذ العيني للشرط مرهقاً أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه أو تعديله ما دامت تلك الظروف قائمة، لذلك يجوز للزوج المطالبة بعدم الوفاء بشرط عمل الزوجة متى كان هذا الالتزام مرهقاً، كما لو أصبح عمل الزوجة يتصادم مع واجباتها المنزلية وتربية الأولاد خاصة بحيث يعسر التوفيق بينهما.

وسلطة القاضي في الإعفاء من الشرط تحتل حالتين، إما أن يكون الإعفاء من الشرط نهائياً، وإما أن يكون مؤقتاً لفترة زمنية محددة حسب ظروف كل نزاع<sup>1</sup>، وهو حكم أغفل عنه المشرع الجزائري مما جعل البعض من الشراح يطالبون بإعمال المادة 3/107 من القانون المدني المتعلقة بالظروف الطارئة<sup>2</sup>.

### ثانياً: حالة عدم اشتراط العمل

أتطرق لهذه الحالة من الناحيتين الشرعية والقانونية:

#### 1/ حالة عدم اشتراط العمل في الشريعة الإسلامية: الأصل من الناحية الشرعية التزام

الزوجة وقرارها في بيت الزوجية وقيامها بشؤون زوجها وأولاده، وتفرغها لهذه المهمة لما يملكه الزوج من حق الاحتباس الكامل، لذلك فإن خروج الزوجة للعمل يتوقف على إذن الزوج وموافقته وإلا كانت ناشراً، وفي بيان ذلك جاء في مطالب أولى النهي: "ولا تصح إجارتها (الزوجة) لرضاع

<sup>1</sup> محمد الكشور، الواضح في مدونة الأسرة، 254/1

<sup>2</sup> الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 138.

وخدمة وصنعة بعد النكاح إلا بإذنه ( أي الزوج)، سواء أخرجت نفسها أو أخرجها وليها، لتفويت حق الزوج، مع سبقه بإجارة المؤجر فإن أذن الزوج صحت الإجارة ولزمت<sup>1</sup>.

وذكر ابن عابدين<sup>2</sup> أن: "والذي ينبغي تحريره أن يكون منعها عن كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه أو ضرره أو إلى خروجها من بيته، أما العمل الذي لا ضرر فيه فلا وجه لمنعها"<sup>3</sup>.

وسئل الإمام مالك عن امرأة أرادت أن تتجر أزواجها أن يمنعها؟ فقال مالك: "ليس له أن يمنعها من التجارة، ولكن له أن يمنعها من الخروج"<sup>4</sup>.

نخلص مما سبق أنه ليس للزوج منح زوجته من العمل في حد ذاته، وإنما حقه يرتبط بالخروج وعدم الانتقاص من حقه، وهو يفيد بالمقابل عدم جواز المنع إذا لم يكن هناك خروج من بيته أو ضرر للزوج، فالأصل هو قرار الزوجة في بيتها وقيامها بشؤون زوجها، وكل عمل يؤدي إلى تقصيرها في واجباتها الزوجية فحكمه يتوقف على إذن الزوج.

على الرغم من ذلك الفقهاء ناقشوا بعض الحالات التي أجازوا فيها حق الزوجة في العمل ولو دون إذن الزوج وهي:

أ/ عدم كفاية الزوج زوجته النفقة الواجبة شرعاً: وفي هذا الشأن جاء في المغني: "وعليه تخلية سبيلها، لتكتسب لها، وتحصل ما تنفقه على نفسها؛ لأن في حبسها بغير نفقة إضراراً بها ولو كانت موسرة لم يكن له حبسها، لأنه إنما يملك حبسها إذا كفاها المؤونة وأغناها مما لا بد منه..<sup>5</sup>"

<sup>1</sup> مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، 1415هـ/ 1994م، 272/5.

<sup>2</sup> ابن عابدين: هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاته في دمشق في الفترة بين (1198 و 1252 هـ - 1784 و 1836 م)؛ من أشهر مؤلفاته رد المختار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين (راجع: الزركلي، الأعلام، 42/6).

<sup>3</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 603/3.

<sup>4</sup> مالك، المدونة، 73/4.

<sup>5</sup> ابن قدامة، المغني، 207/8.

لذلك فإن حق الاحتباس مرهون بكفايتها من النفقة، فإن عجز عن الإنفاق لم يكن له حبسها، فكان من حقها الخروج لتحصيل النفقة<sup>1</sup>.

ب/ إذا كان عملها من فروض الكفاية: كما لو كانت قابلة (تتلقى الولد عند الولادة)، أو غسالة (تقوم بغسل الموتى) أو طبيبة نسائية أو معلمة نساء في وقتنا الحاضر، فإن المصلحة العامة تستوجب خروجها للعمل، مادام لم يوجد غيرها يقوم بهذا العمل، وفي هذا الشأن نقل عن مجموع النوازل: "ويجوز للرجل أن يأذن لها في سبعة مواضع: زيارة الأبوين ورعايتهما وتعزيتهما أو أحدهما وزيادة المحارم، فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر تخرج بالإذن وبغير الإذن"<sup>2</sup>، وهي فتوى نقلها ابن نجيم<sup>3</sup> وعارضها، بناءً على أن الخروج فيه إضرار بالزوج، وهي محبوسة لحقه، وحقه مقدم على فرص الكفاية<sup>4</sup>.

ومن بين النوازل التي انتشرت في هذا الزمان مسألة الزواج من امرأة موظفة ووقع التساكت بينهما، فلم يشترط عليها ترك الوظيفة فهل يجوز له منعها بعد ذلك؟ وفي هذه المسألة انقسم الفقهاء إلى رأيين:

الرأي الأول: وفيه أن الموافقة على العمل ابتداءً كالأمر من المشروط في العقد، فليس له أن يتحلل من الشرط، وفي حالة رجوعه يترتب عليه ما يترتب على الرجوع عن الشرط، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الرملي، نهاية المحتاج، 216/7.

<sup>2</sup> الزيلعي، تبين الحقائق، 58/3، ابن نجيم، البحر الرائق، 212/4.

<sup>3</sup> ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم: فقيه حنفي مصري، له تصانيف منها: الأشباه والنظائر، في أصول الفقه، والبحر الرائق في شرح كنز الدقائق في الفقه، توفي سنة 970 هـ - 1563 م (الزركلي، الأعلام، 64/3).

<sup>4</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 212/4. ابن عابدين، رد المختار على الرد المختار، 603/3.

<sup>5</sup> محمد الزحيلي، عمل المرأة خارج البيت وأثره على الخلافات الزوجية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 16، ماي 2005، ص 31.

**الرأي الثاني:** وفيه قرر أصحابه أن العلم المسبق ليس شرطاً في العقد، ولا يسقط حق الزوج ويجوز الرجوع عنه<sup>1</sup>.

والذي أرجحه أن حق الزوج في الاحتباس مقدم على حق الزوجة في الاحتفاظ بعملها، حتى ولو أبدى الزوج موافقته أول الأمر، وتنازله عن حقه في الاحتباس ببعض الوقت لا يعني استمراره كل الوقت، وقد قضى الفقهاء الأولون بجواز منعها عن الأعمال كلها المقتضية الكسب، لأنها مستغنية عنه لوجوب كفايتها<sup>2</sup>، لأن المشروعية لا تنافي المنع، ألا ترى أنه يمنعها صوم النفل وكان مشروعاً<sup>3</sup>، ولم يقل أحد أنه لو أذن لها مرة في صوم يوم نفلاً أن ذلك يلزمه الدهر كله<sup>4</sup>، فمن باب أولى فإن موافقة الزوج على عمل زوجته لا تكون لازمة له بشكل مؤبد.

وإن قلنا أن الراجح هو حق الزوج في منع زوجته من العمل، إلا أن هذا الحق لا يعني التمادي فيه والتعسف في استعماله قصد الإضرار بزوجه، ومثال ذلك ممارسته لهذا الحق والزوجة على مقربة من التقاعد، فلا نعتبر الزوجة ناشئة بخروجها للعمل في هذه الحالة<sup>5</sup>، وهو قرار خرج به مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان، المفضل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، 166/7، عبد السلام الشويعر، أثر عمل المرأة في النفقة، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة محمد بن مسعود الإسلامية، 1432هـ/2011م، ص 46، محمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ص 247.

<sup>2</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 213/4.

<sup>3</sup> ابن عابدين (محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي)، منحة الخالق بهامش البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، ط 2، ب ت، 213/4.

<sup>4</sup> عزالدين عبد الدائم، حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة، مذكرة ماجستير منشورة، دار كردادة للنشر والتوزيع، بوسعادة، الجزائر، ط 1، 2011، ص 143.

<sup>5</sup> عبد السلام الشويعر، أثر عمل المرأة في الفقه، ص 52، محمد الزحيلي، عمل المرأة خارج البيت، ص 33.

<sup>6</sup> جاء في نص القرار: "لا يجوز للزوج أن يسيء استعمال الحق في منع الزوجة من العمل أو مطالبته إذا كان بقصد الإضرار ترتب على ذلك مفسدة وضرر يرجو على مصلحة المرتجأة.

وينطبق هذا على الزوجة إذا قصدت من البقاء في عملها الإضرار بالزوج أو بالأسرة أو ترتب على عملها ضرر يربو على المصلحة المرتجأة منه (قرار رقم: 144 مجلس مجمع الفقه الإسلامي).

## 2/ حالة عدم اشتراط العمل في القانون: إذا حدث الزواج دون أن يتفق الزوجان حول

مسألة عمل الزوج، فإنه بالرجوع إلى النصوص القانونية حول مدى سلطة الزوج في منع الزوجة من العمل، نجد أن قانون الأسرة الجزائري لم يتضمن نصاً يعالج هذه المسألة على الرغم من أهميتها، ولم أجد على مستوى التطبيق القضائي إلا حكماً وحيداً، يفيد بأن عمل الزوجة مرهون برضا الزوج، وله أن يتراجع عن رضاه كلما بدى له ذلك<sup>1</sup>.

والحال نفسه ينطبق على التشريعين المغربي والتونسي بشأن هذه المسألة، مع ملاحظة أن قانون الالتزامات والعقود المغربي سبق وأن نص في مادته 726 على اعتبار أن تأجير الزوجة لخدماتها من الرضاة لا يكون إلا بإذن الزوج ثم ألغي النص بعد ذلك<sup>2</sup>، ومن التشريعات العربية التي تناولت مسألة عمل الزوجة بنوع من الجرأة استجابة لدعوات المساواة وتحرر المرأة ما أخذ به المشرع المصري في الفقرة الخامسة من مادته الأولى من القانون رقم 100 لسنة 1985 المعدل لقانون الأحوال الشخصية<sup>3</sup>، والتي تفيد جواز خروج الزوجة للعمل دون إذن من الزوج إذا تزوجها وهو عالم بعملها قبل الزواج أو إذا رضي بخروجها للعمل بعد زواجه منها مع توفر شروط عدم الإساءة في استعمال الحق<sup>4</sup> أو منافاة لمصلحة الأسرة.

ونص قانون الأحوال الشخصية الأردني<sup>5</sup> في مادته 68 بعد التعديل على استحقاق الزوجة العاملة خارج البيت النفقة بشرطين:

1- أن يكون العمل مشروعاً.

2- موافقة الزوج على العمل صراحة أو دلالة، ولا يجوز له الرجوع في موافقته إلا لسبب

مشروع، ودون أن يلحق بها ضرراً.

<sup>1</sup> حكم رقم 83/49 صادر عن محكمة من 1983/04/25، نقلاً عن محمد محدة، الخطبة والزواج، ص 368.

<sup>2</sup> قانون الالتزامات والعقود الصادر بمقتضى ظهير الشريف 1.11.140 بتاريخ 17 أوت 2011، ج ر، ع 5980.

<sup>3</sup> القانون رقم 100 بتاريخ: 1985/07/04 المعدل لقانون الأحوال الشخصية المصري، ج ر، ع 27.

<sup>4</sup> جاء في المادة 05/01: "لا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق مشوب بإساءة استعمال الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه".

<sup>5</sup> القانون رقم 26 لعام 1956 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني المعدل والمتمم.

وذهب القانون التكويني إلى أبعد من ذلك عندما أسقط إذن الزوج في الخروج إلى العمل، إذ نص في المادة 89 من القانون: "لا يكون نشوزاً خروج الزوجة لما هو مشروع أو لعمل مباح ما لم يكن منافياً لمصلحة الأسرة".

ولا شك أن هذه النصوص تخالف الاتجاه الفقهي الراجح في هذه المسألة.

### الفرع الثاني: النزاع حول الممتلكات كأثر للاستقلال المالي للزوجين

بما أن الأحكام التي تنظم أموال الزوجين تقوم على مبدأ حرية كل زوج في التملك والتصرف في أمواله إلى جانب، حقة في التكسب، فإن ظروف الحياة المشتركة بين الزوجين وطبيعة العلاقة التي تجمعهما خاصة إذا اتسمت حياتهما بالتوادد والتفاهم، فإنه ينعكس على حياتهما المالية المشتركة، من خلال حدوث الاختلاط المالي بينهما، مما قد يؤدي إلى حدوث نزاع بينهما إذا تكدر صفو الحياة بينهما، فنجد صعوبة بالغة في الفصل بين ممتلكاتهما، نظراً لصعوبة الإثبات الذي فرضته طبيعة العلاقة بين الزوجين، إذ أن الأصل هو اعتماد البينة، والبينة غائبة في أغلب الحالات، ويظهر النزاع حول متاع البيت كنموذج لاختلاط الأموال بين الزوجين والنزاع حولها، وسأبين هنا المقصود من مصطلح متاع البيت، والآراء الفقهية حول كيفية حل هذا النزاع، ثم الموقف القانوني من هذه المسألة.

#### البند الأول: معنى متاع البيت

##### أولاً: المتاع لغة

ورد في القرآن الكريم ذكر المتاع والتمتع والاستمتاع، قال تعالى: ﴿ قَالُوا يَتَّابَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّئْبُ ﴾ [يوسف: 17] وقوله: ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ ﴾ [النور: 29] وقوله: ﴿ وَإِنْ أَدْرَى لَعَلَّهُ فِتْنَةٌ لَكُمْ وَمَتَعٌ إِلَىٰ حِينٍ ﴾ [الأنبياء: 111].

ومعانيها وإن اختلفت إلا أنها ترجع لأصل واحد، ويراد بالمتاع الشيء الذي ينتفع به ويتبلغ به ويتزود، وقيل أيضاً هو كل مل ينتفع به من الحوائج كالطعام وأثاث البيت والأدوات والسلع.

والممتع: السلعة، وهو أيضاً المنفعة، وهو أيضاً كل ما ينتفع به من عروض الدنيا كثيرها وقليلها سوى الذهب والفضة، وعرفاً هو كل ما يلبسه الناس ويسطونه، وهو أيضاً الأثاث من الفراش ونحوه<sup>1</sup>.

### ثانياً: المتاع اصطلاحاً.

من خلال بحثي في الكتب الفقهية حول متاع بيت الزوجية، وجدت أن الفقهاء يدرسون أحكامه ولا يتعرضون لتعريفه، بما يدل على انطباق التعريف الاصطلاحي على التعريف اللغوي في ذهنهم، فنجدهم يخوضون في كيفية الإثبات والحكم في النزاع، ويستعينون في ذلك بأمثلة على ما يحويه البيت من فرش وبسط وأغطية ولباس وأدوات للزينة وأوان وآلات مما ينتفع به، ويلحق بذلك الخادم إن وجد والحيوان الموضوع لخدمة البيت، وفي هذا الإطار جاء في تكملة رد المحتار على الدر المختار: "المتاع هو ما كان في البيت: أي ما ثبت وضع أيديهما عليه أو تصرفهما فيه بأن كانت أيديهما تتعاقب عليه وتختلف بالتصرف"<sup>2</sup>.

وفي حاشية البجيرمي على الخطيب: "متاع البيت يعني فرش البيت الذي تجلس عليه أو تنام عليه وتتغذى به وشامل أيضاً لآلة الطبخ وآلة الأكل والشرب والأدم"<sup>3</sup>.

ومن الفقهاء المحدثين عرفه الأستاذ محمد مصطفى شليبي أنه: "كل ما يوجد في بيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز، أو أدوات منزلية جدد بعد الزفاف"<sup>4</sup>، وهو نفس التعريف تقريباً وجدته عند شراح القانون حيث عرفه محمد الكشيبور بقوله: "كل ما يوجد في بيت

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، 4127/6، الرازي، مختار الصحاح، ص 290.

<sup>2</sup> ابن عابدين، قرة عين الأختار لتكملة رد المحتار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، دت، 90/2.

<sup>3</sup> البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، 86/4.

<sup>4</sup> محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 414.

الزوجية مما ينتفع به عادة ويسهل عملية التساكن الشرعي الواجب بين الزوجين، ومن ذلك مثلاً أدوات المطبخ والأفرشة والأغطية والملابس...<sup>1</sup>.

وبناء على سبق يتبين التداخل بين ما يعد من متاع البيت وما يعد من جهاز الزوجة، بل إن الجهاز هو جزء من المتاع لذلك يصعب التمييز بينهما، والذي يستوجب الاحتكام إلى العرف والعادة اللذان يحكمان كل بلدة على حدى.

### البند الثاني: الآراء الفقهية في حل نزاع الممتلكات بين الزوجين

ما عليه الفقه فيما تعلق بالنزاع حول متاع البيت هو الاحتكام إلى البينة، فكل من أقام بينة على دعواه حكم له، أما إذا لم تكن هناك بينة فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء، فمنهم من رأى أن الحكم يكون على أساس المناصفة والتساوي، ومنهم ذهب أن الحكم يكون حسب الصلاحية، ومنهم من رجح فكرة المسؤول على التجهيز كأساس في الحكم بينهما وفيما يلي نستعرض بالتفصيل هذه الآراء:

#### أولاً: ملكية المتاع على أساس المناصفة

إذا اختلف الزوجان في ملكية متاع البيت، بعضه أو كله، فادعى كل منهما ملكيته لهذا المتاع ولم تكن لهما بينة أو كانت لكليهما بينة معتبرة وتساوت البيئات، فإنه يقسم بينهما مناصفة بعد أن يخلفا اليمين، لأن الظاهر مع الزوجين معاً ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، سواء كان الأثاث المتنازع عليه مما يصلح للرجال، أو كان مما يصلح للنساء، أو مما يصلح لكليهما، وهذا ما ذهب إليه الإمام الشافعي<sup>2</sup> وزفر من الحنفية في قول له<sup>3</sup>

واحتج الشافعية ومن وافقهم بعدة أدلة منها:

<sup>1</sup> محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، 561/2.

<sup>2</sup> الشافعي، الأم، 15/7، الماوردي، الحاوي الكبير، 408/17، البكري (أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1418 هـ / 1997م، 304/4، البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، 349/8.

<sup>3</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 408/17. الكاساني، بدائع الصنائع، 309/2.



1- استدلووا من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم: " البينة على المدعي واليمين على من أنكر"<sup>1</sup> فالأخذ بظاهر الحديث يفيد المساواة في التداعي بين الزوجين، ولا يقدم أحد الزوجين على الآخر إلا بحجة ظاهرة، فلا يقدم الرجل بماله من قوامه عليها باعتباره رب الأسرة ولا تقدم المرأة على الرجل باعتبار أن يدها على أثاث المنزل أظهر، ولا يقدم أحد الزوجين على الآخر بحجة أن الأثاث المتنازع عليه أصلح لأحدهما<sup>2</sup>.

2- يد الزوجين ثابتة على كل المتاع، والظاهر أن المتاع في أيديهما، لذلك يحلف كل واحد منهما على دعواه، فأن حلف كلاهما كان المتاع بينهما مناصفة، لأن الرجل يملك متاع النساء بالشراء والميراث، والمرأة تملك متاع الرجال بالشراء والميراث<sup>3</sup>، وبرر الشافعي ذلك بأمثلة بالقول: " وقد استحلف علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - فاطمة بيدن من حديد، وهذا من متاع الرجال، وقد كانت فاطمة في تلك الحال مالكة للبدن دون علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه -، وقد رأيت امرأة بيني وبينها ضبة سيف استفادته من ميراث أبيها بمال عظيم ودرع ومصحف فكان لها دون إخوتها، ورأيت من ورث أمه وأخته فاستحفي من بيع متاعهما فصار مالكا لمتاع النساء"<sup>4</sup>.

3- من القياس أن النزاع إذا كان بين شخصين حول بضاعة أو أثاث ولم تكن بينة فإنه يقسم بينهما مناصفة، دون الالتفات إلى ما يصلح لهما، رأيت دباغا وعطاراً كانا في حانوت فيه عطر ودباغ كل واحد منهما يدعي العطر والدباغ أيلزمك أن تعطي العطار العطر والدباغ الدباغ؟ فإن قلت إني أقسمه بينهما قيل لك فلم لا تقسم المتاع الذي يشبه النساء بين الرجل والمرأة والمتاع الذي يشبه الرجال بين الرجل والمرأة مثل الدباغ والعطار؟<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> البيهقي، السنن الكبرى، باب: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، رقم الحديث 21201، 427/10، الدراقتني، سنن الدراقتني، كتات الحدود والديات وغيره برقم 3191 - 3192، 114/4، واللفظ للبيهقي.

<sup>2</sup> الشافعي، الأم، 103/5، الماوردي، الحاوي الكبير، 408/17.

<sup>3</sup> الشافعي، الأم، 103/5، الماوردي، الحاوي الكبير، 408/17.

<sup>4</sup> الشافعي، الأم، 103/5.

<sup>5</sup> الشافعي، الأم، 103/5، البكري، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، 304/4، البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، 349/8.

وُزِدَ على الشافعي ببطلان القياس، لإمكان الإشهاد بين العطار والدباغ، وتعذره عند الزوجين لأتقنا لو اعتمدا ذلك وإن من كان له شيء أشهد عليه أدى ذلك إلى المنافرة وعدم الوداد بينهما وربما أفضى ذلك إلى الطلاق والقطيعة، فهما معذوران في عدم الإشهاد وملجان إليه وإذا أُلجئ لعدم إشهاد فلم يقض بينهما بالعادة لانسد الباب عليهما بخلاف العطار والدباغ إذا كانا في حانوت واحد لا ضرورة تدعوها لعدم الإشهاد، فإنهما أجنبيان لا يتألمان من ضبط أموالهما بذلك<sup>1</sup>.

4- لو كان المتدعيان امرأتين أو رجلين لم يقدم أحدهما على الآخر فكذلك إذا كانا رجلا وامرأة لم يقدم أحدهما على الآخر بالصلاحيية بالقياس على ما إذا كان في يد ثالث ويؤكد أن حكم اليد لا يسقط بالصلاحيية أن من كان بيده خلخال فادعته امرأة أجنبية فالقول قوله وإن كان الخلل لا يصلح من لباسه لأجل أن يده عليه وكذلك لو كان بيد المرأة سيف فادعاه رجل فالقول قولها وإن كان لا يصلح لها لأجل أن يدها عليه، فكذلك ههنا إذا كانا في الدار وفيها ما يصلح لأحدهما فإن يدهما عليه فلا يسقط اعتبار اليد بصلاحييته لأحدهما دون الآخر<sup>2</sup>

وتكفل بالرد على هذا الاستدلال الإمام القرافي<sup>3</sup> بقوله: "إنه لا فرق عندنا بين الرجل والمرأة وبين الرجلين وبين المرأتين وبين اليد الحكمية والمشاهدة، فلو تعلق رجل وامرأة بخلخال وأيديهما جميعا عليه يتجاذبان قضينا به للمرأة مع يمينها ولو تجاذبا سيفاً كان للرجل مع يمينه، وأما إذا كان بيد ثالث فليس لأحدهما عليه يد بخلاف مسألتنا فإن المستند عندنا اليد مع الصلاحيية فإن قالوا ما ذكرتموه يبطل بأن ما يصلح لهما يكون للزوج مع أنه لا ظاهر يشهد له، ويد كل واحد منهما عليه فقد نقضتم أصلكم ورجحتم من غير ترجيح فإن اليد مشتركة والظاهر من جهة الصلاحيية منفي في

<sup>1</sup> القرافي، الفروق، 149/3.

<sup>2</sup> المصدر نفسه، 150/3.

<sup>3</sup> وهو شهاب الدين: أبو العباس أحمد بن أبي العلاء: إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن يلين الصنهاجي البهشمي البهنسي المصري انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك رحمه الله تعالى كان إماماً بارعاً في الفقه والأصول والعلوم العقلية وله معرفة بالتفسير، أخذ كثيراً من علومه عن سلطان العلماء: عز الدين بن عبد السلام الشافعي وأخذ، سارت مصنفاته مسير الشمس منها: كتاب الذخيرة في الفقه من أجل كتب المالكية وكتاب القواعد وكتاب شرح التهذيب وتوفي رحمه الله بدير الطين في 684 هـ/1285 م ودفن بالقرافة (ابن فرحون) (إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تح وتعليق: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث، القاهرة، دط، دت، 1/236-239، ابن مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، 1/270)

حق كل واحد منهما قلنا بل يد الزوج أقوى وهو المرجح لأن المرأة في يده وتحت حوزة والدار له ألا ترى أن عليه أن يسكنها وأن يجيرها وأن يخدمها فالدار هي من قبله كحوز امرأته فلذلك قضي له مع يمينه كالمنداعيين لأحدهما يد والآخر لا يد له<sup>1</sup>

### ثانياً: ملكية المتاع على أساس الصلاحية

وهو مذهب جمهور الفقهاء<sup>2</sup> من المالكية والحنفية والحنابلة، مع اختلاف في بعض التفاصيل، فقد اتفقوا في المتاع الخاص بالرجال والمتاع الخاص بالنساء، وذهبوا إلى أنه إذا اختلف الزوجان حول ملكية متاع البيت، ولم تكن هناك بينة، سواء كان ذلك أثناء الحياة الزوجية، أو بعد الفرقة بينهما، فإن القول قول الزوج مع يمينه فيما يصلح للرجال كالسيف والعمامة، فإن حلف حكم له به، وإن نكل خسر الدعوى، وكذلك الأمر بالنسبة للزوجة فيما يصلح للنساء كالحلي وملابس النساء وأدوات الزينة، إلا إذا كان أحدهما من أصحاب التجارة، فما كان من متاع التجارة فهو للذي يمارس التجارة.

أما إذا تعلق الأمر بالمتاع المشترك الذي يصلح لكلا الزوجين، و الذي يطلق عليه المشكل، فقد اختلفوا فيه حسب التفصيل الآتي:

### الرأي الأول: ترجيح جانب الزوج

وبه قال أبو حنيفة ومحمد والمالكية<sup>3</sup>، وفحواه أن المتاع الذي يصلح لهما معا كالثلاجة والتلفاز والخزانة والفرش والسيارة، يحكم فيه لصاحب البينة، فإذا لم توجد بينة، فالقول قول الزوج مع يمينه، ذلك أن يد الزوج على ما بقي من أثاث البيت أقوى من يد الزوجة، فيده يد متصرفة ويدها يد حافظة، واليد المتصرفة أقوى من اليد الحافظة، كاثنتين يتنازعان في دابة، أحدهما راكبها

<sup>1</sup> القرابي، الفروق، 3/151.

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 5/214، الكاساني، بدائع الصنائع، 2/309، القرابي، الفروق، 3/151، ابن قدامة، المغني، 10/283

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 5/214، الكاساني، بدائع الصنائع، 2/309، القرابي، الفروق، 3/151.

والثاني متعلق بلجامها، وبما أن البيت بيت الزوج فالمتاع كله له، لأن يد صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره؛ ولأن المرأة ساكنة البيت<sup>1</sup>.

### الرأي الثاني: تقسيمه مناصفة

وهو مذهب الحنابلة<sup>2</sup> و زوفر من الحنفية في قول له<sup>3</sup>، وقالوا أن المتاع الذي يصلح للزوجين معاً، يحكم به لمن أقام البينة، فإن لم تكن لهما بينة، حلف كل واحد منهما أن المتاع له، وبعد التحالف يقسم بينهما مناصفة، لأن أيديهما على المتاع سواء أ رأيت إذا نازعهما فيه أجنبي كان القول قولهم، إذا أما إذا حلف أحدهما ونكل الآخر فإن المتاع للخالف.

أما استدلالات الجمهور على ما ذهبوا إليه فتمثلت في:

1- من القرآن قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾

[الأعراف:199] ووجه الاستدلال من هذه الآية أن كل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة، لأن القول قول مدعي العادة في مواقع الإجماع<sup>4</sup>، والظاهر فيما في يد الإنسان مما يصلح له أنه ملكه وهذا هو الغالب وغيره نادر وإذا دار الحكم بين النادر والغالب فحمله على الغالب أولى، ألا ترى أن من هو ساكن في دار ويده عليها يقضى له بالملك بناء على الغالب وظاهر اليد فكذلك ههنا<sup>5</sup>.

2- استدلووا من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعي واليمين على من

أنكر"<sup>6</sup>، فالمدعي هو كل من كان على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه هو كل من كان قوله على وفق أصل أو عرف، فالمدعي بالدين على خلاف الأصل لأن الأصل براءة الذمة والمطلوب الحكم على وفق الأصل لأن الأصل براءة الذمة والمدعي رد الوديعة وقد قبضها بينة، قوله على

<sup>1</sup> السرخسي، المبسوط، 214/5.

<sup>2</sup> ابن قدامة، المغني، 283/10.

<sup>3</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 309/2.

<sup>4</sup> القراني، الفروق، 151/3.

<sup>5</sup> المصدر نفسه، 151/3.

<sup>6</sup> سبق تخرجه، ص 182.

خلاف الظاهر والعرف، بسبب أن الغالب أن من قبض بيينة لا يرد إلا بيينة، فدعوى الرد على خلاف الظاهر والمدعي عدم قبضها على وفق الظاهر وهو المدعي عليه<sup>1</sup>.

3- ما يصلح للرجال فهو قريب من استعمال الرجل وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال يد حتى لو تنازع رجلان في ثوب واحد وأحدهما لابسها والآخر متعلق بذيله، أو تنازعا في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل فكانت يد المستعمل هنا أقوى فيما هو صالح لأحدهما فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب الرجل في الطلاق؛ لأنه صاحب البيت فقد كانت هي مع المتاع في يده<sup>2</sup>.

### ثالثاً: ملكية المتاع على أساس المسؤول على التجهيز أو ملكية البيت

وفيه آراء متعددة ولكل واحد منهم حجة يستند عليها في موقفه وهي تتأرجح بين المسؤول على تجهيز البيت، ولمن تعود ملكية البيت، لكنه في النهاية يرجح ملكية المتاع كله لأحد الزوجين وهي كالاتي:

1/ ملكية المتاع على أساس المسؤول على التجهيز : وهو رأي قال به أبو يوسف من الأحناف<sup>3</sup>، ويبدو أن هذا الرأي ينطلق من فكرة المسؤول على تجهيز البيت، وبما أن الزوج هو المسؤول على الإنفاق بما في ذلك تجهيز البيت فإن المنطق يقتضي أن يكون المتاع كله له، لأن المرأة مع ما في يدها في يد الزوج، إلا أن الظاهر أنها لا تزف إلى بيت زوجها إلا مع جهاز مثلها ففي مقدار جهاز مثلها يترك القياس للعرف والظاهر ويجعل ذلك لها وفيما زاد عليه فإن القول قول الزوج بطريق القياس الذي قلنا، وينبني هذا الرأي ما عليه الحكم الشرعي وما عليه العرف والعادة، فالزوج هو المسؤول على تجهيز بيت الزوجية وتأثيثها، إلا أن العرف والعادة جرى أن تزف الزوجة بجهاز لها.

<sup>1</sup> القراني، الفروق، 151/3.

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 215/5.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 214/5، الكاساني، بدائع الصنائع، 309/2.

2/ ملكية المتاع على أساس من يملك البيت: وهو مذهب الحسن البصري<sup>1</sup>، وهو موقف يميز بين أن يكون البيت الذي يسكنه الزوجان ملك للمرأة أو الرجل، فإن كان البيت للمرأة فإن المتاع كله لها، وليس للرجل شيء إلا ما عليه من ثياب بدنه، وإن كان البيت للزوج فإن المتاع كله له وليس لها إلا ما عليها من ثياب بدنها، لأن يد صاحب البيت أقوى وأظهر من يد غيره ولأن المرأة ساكنة البيت، ألا ترى أنها تسمى قعيدة، فإذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد<sup>2</sup>.

### رابعاً: المتاع كله للزوج

ذهب ابن أبي ليلى<sup>3</sup> وابن شبرمة<sup>4</sup>، أن أثاث بيت الزوجية كله للزوج إلا ما على بدن المرأة من ثياب، لأن المرأة في يد الزوج، الزوج أحص بالتصرف فيما في البيت، فكان الظاهر شاهداً له إلا في ثياب بدنها، فإن الظاهر يصدقها فيه، ويكذب الرجل<sup>5</sup>.

وبالوقوف على الآراء الفقهية المتعددة التي سبق وأن أوردتها والإمعان فيها ومناقشتها، واسقاطها على واقع الحال في زماننا هذا، نجد أن الأمر يختلف حسب الظروف المحيطة بكل نزاع، وحسب حال الزوجين ووضعهما، فكل رأي من هذه الآراء قد يكون عادلاً منصفاً في حالات معينة ولا يكون كذلك في حالات أخرى.

<sup>1</sup> الحسن بن أبي الحسن البصري ولد لستين بقينا من خلافة عمر رضي الله عنه ومات بالبصرة سنة عشر ومائة وهو ابن ثمانين سنة، اشتهر بالعلم والفصاحة حتى قيل فيه كان الحسن البصري أشبه الناس كلاماً بكلام الأنبياء، وأقربهم هدياً من الصحابة، وكان غاية في الفصاحة، تنصب الحكمة من فيه (راجع: الشيرازي (أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي)، طبقات الفقهاء، تح: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت - لبنان، ط1، 1970م، ص87، الزركلي، الأعلام، 2/226)

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 5/214، الكاساني، بدائع الصنائع، 2/309.

<sup>3</sup> ابن أبي ليلى: هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى: قاضي الكوفة، ولد سنة أربع وسبعين ومات سنة ثمان وأربعين ومائة، وهو ابن اثنتين وسبعين سنة، وتفقه بالشعبي والحكم بن عتيبة وأخذ عنه الفقه سفيان بن سعيد الثوري والحسن بن صالح بن حي (الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص84).

<sup>4</sup> ابن شبرمة: هو عبد الله بن شبرمة: ولد سنة اثنتين وسبعين من الهجرة، وتفقه بالشعبي، ومات سنة أربع وأربعين ومائة، قال حماد بن زيد: ما رأيت كوفياً أفقه من ابن شبرمة، وقال ابن شبرمة: إذا اجتمعت أنا والحارث - يعني العكلي - على مسألة لم نبال من خالفنا (الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص84).

<sup>5</sup> السرخسي، المبسوط، 5/214، الكاساني، بدائع الصنائع، 2/309.

إن ما ذهب إليه أبو يوسف بأن للزوجة من المتاع بمقدار جهاز مثلها مع يمينها لأن الظاهر يشهد لها والباقي للزوج مع يمينه فيما بقي، هو رأي معتبر إذا حدث النزاع بينهما بعد مدة قصيرة من بداية الحياة الزوجية أو خلال السنوات الأولى منها، لأن ما دل عليه الشرع وأفرزه العرف والعادة، أن الزوج هو صاحب البيت، وهو الذي يقوم بتجهيزه وتأثيثه، وقد جرت العادة أن الزوجة تصطحب معها جهازاً إذا انتقلت إلى بيت الزوجية، بما يتناسب مع مثيلاتها في المكانة الاجتماعية، فكان الحكم بما ذهب إليه أبو يوسف أقرب للعدالة.

أما إذا ثار النزاع بعد مدة طويلة من مباشرة الحياة الزوجية، فإن هذا الرأي على العدل أبعد فالمتاع يقدم يتلف فيكون غير صالح للاستعمال، بما في ذلك جهاز الزوجة، لذلك يتخلص منه ويعوض بمتاع آخر، وعليه ينبغي على القاضي أن يحكم في هذه الحالة، بأن ما يصلح للنساء للمرأة مع يمينها لأن الظاهر يشهد لها، وما يصلح للرجال عادة للرجل مع يمينه لأن الظاهر يشهد له، مع الأخذ بعين الاعتبار أن يُقضى لصاحب الحرفة أو التجارة بأدوات الحرفة ومتاع التجارة، كما لو كان الرجل تاجراً في الألبسة النسائية، أو كانت الزوجة أستاذة إذا تعلق الأمر بنزاع على الكتب.

أما المتاع الذي يصلح لكلا الزوجين، فإننا نميز بين حالتين:

فإن كان للزوجة مورد مالي كما لو كانت موظفة أو ذات تجارة، فإنه يعد قرينة على مساهمتها في تحمل الأعباء المالية للأسرة، ومن ذلك اقتناء بعضاً من متاع البيت، فكان المتاع ملكاً على الشيوخ بينهما، وعلى هذا الأساس فإن الحكم بينهما يكون بالتحالف ثم اقتسامه بينهما مناصفة، وهو ما أفتى به الحنابلة وزفر.

أما إذا كان عمل الزوجة يقتصر على خدمة البيت فقط، فإن ذلك يعد قرينة على الأسرة تعتمد في إنفاقها على ما يقدمه الزوج باعتباره المسؤول على الإنفاق، أما مساهمة الزوجة فهي بسيطة وقليلة لا تقارن بما يسهم به الزوج، مما يرجح أن المتاع له، فيكون ما أفتى به أبو حنيفة ومالك أقرب للصواب.

وقد وهم بعض الشراح<sup>1</sup> أن ما يوفره الفقه الإسلامي من حلول فيما تعلق بمتلكات البيت أصبح لا يتوافق مع التطور الذي حدث في هذا العصر، لأنه رغم الاستقلال المالي للزوجين، فإن تجسيده في ممتلكات بيت الزوجية صعب، فالمسألة تتطلب المشاركة بين الزوجين، لأنها أكثر عدالة، مع ضرورة حصول الزوجة على نصيب من الأموال العقارية والمنقولة المكتسبة أثناء الزواج، وهو تمهيد للمطالبة بإعادة النظر في قواعد نظام انفصال الأموال كله، و ضرورة التنصيص على اقتسام الممتلكات حسب مساهمة كل واحد منهما.

ومع أن الترويج لمثل هذه الافكار يحمل في طياته اتهام الشريعة الإسلامية بعدم مسايرة التطورات الأسرية الجديدة، مع أنه التسليم بمساهمة الزوجة في تأييث البيت، يجد آراء فقهية مناسبة له، إذ يرى الشافعية وزفر في رأي له إمكانية اقتسام جميع المتاع عند انعدام الأدلة، وهو رأي يمكن اعتماده إذا ثبت مساهمة الزوجين في اقتناء المتاع.

إن ما سبق من آراء فقهية يعكس سعة الفقه الإسلامي وغناه وقدرته على التصدي لجميع النوازل الحديثة، و ينبغي فقط التشديد على حسن اختيار الآراء الفقهية، التي تستجيب لمتطلبات النزاعات الممكنة، لذلك فإنني أرى أن الفصل في نزاع متاع البيت لا يمكن أن يخضع لحكم واحد يطبق على جميع النزاعات، فهو يختلف حسب كل حالة وظروفها، لذلك ينبغي إخضاعه للسلطة التقديرية للقاضي، والذي يجب أن يكون على قدر من الذكاء والفتنة عند الفصل في النزاع، وعليه فإن ترجيح رأي فقهي من بين هذه الآراء قد يكون صحيحا في وقت سابق تنسم فيه الحياة الزوجية بنمط واحد، أما في وقتنا الحاضر فإنه من الخطأ ترجيح رأي فقهي على الآراء الفقهية الأخرى لاختلاف الظروف من حالة لأخرى.

### البند الثالث: موقف القانون من النزاع حول متاع البيت

تكاد معظم التشريعات الأسرية المغاربية تجمع على رأي واحد فيما يخص النزاع حول ملكية متاع البيت، حيث يتم إخضاعها للقواعد العامة للإثبات، فيحكم لصالح من كانت له بينة في

<sup>1</sup> لمزيد من التفصيل راجع: عمر صلاح الحافظ مهدي الغزوي، الذمة المالية للزوجين، ص136، رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين، ص263.



دعواه، أما إذا انعدمت البينة، فيحكم لمن كان ظاهر الحال شاهداً له مع يمينه، ولهذا فإن القول قول الزوج مع يمينه في المعتاد للرجال، والقول قول الزوجة مع يمينها في المعتاد للنساء.

أما المتاع المشترك الذي يصلح لكليهما فيقتسمانه مع اليمين، وهذا ما قضت به المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري بالقول "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال .

والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

ولا يختلف نص المشرع المغربي عما جاء به القانون الجزائري فنص على نفس الأحكام، مع إخراج الجهاز(الشوار) من النزاع<sup>1</sup>، إلا أن ما ذهب إليه التشريعان الجزائري والمغربي أغفل جانباً مهماً تفتن له المشرع التونسي، وهو ما تعلق بالمتاع الذي يمكن اعتباره من البضائع التجارية إذا كان أحدهما يمارس التجارة<sup>2</sup>، وهو أمر مهم ينبغي تداركه.

بمقارنة ما جاء به قانون الأسرة مع الآراء الفقهية يمكن القول إن ما جاء به قانون الأسرة يتوافق مع رأي الجمهور فيما تعلق بالمتاع الذي يصلح للرجال والمتاع الذي يصلح للنساء، وفيه يُعمل بالقرينة الظاهرة مع اليمين عند غياب البينة، أما ما تعلق بالمتاع المشكل فعمل المشرع بما ذهب إليه الحنابلة و زوفر من الحنفية من خلال اعتماد المقاسمة بعد أدائهما اليمين.

ونظراً لعدم إمكانية حسم النزاع وفق حكم ثابت، لاختلاف الظروف من أسرة لأخرى فإنني أرى أنه من الأفضل تفويض الأمر للقاضي في هذا الشأن لما له من قدرة على فهم الواقع المعيشي للزوجين والذي على أساسه يحدد مالك المتاع وعليه ينبغي الاكتفاء بالنص على إخضاع النزاع

<sup>1</sup> جاء في المادة 34 من مدونة الأسرة المغربية: "كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكاً لها .

إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات.

غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء . أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له"

<sup>2</sup> نص الفصل 26 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينه لهما فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، وإن كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما بيمينه، أما في المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف فيه كل منهما ويقتسمانه ."

حول المتاع لمبدأ أن ما يعد من متاع النساء فللزوجة مع يمينها وما يعد من متاع الرجال فللزوجة مع يمينه، بينما يخضع باقي المتاع ذو الاستعمال المشترك للسلطة التقديرية للقاضي، وقد تعززت قناعاتي بهذا الاختيار خاصة بعد اطلاعي على ما جاء في قوانين الأحوال الشخصية لدول المشرق العربي فوجدت غياب نص يحكم مسألة النزاع في متاع البيت بالكلية كما هو الشأن في القانون الأردني أو العراقي أو السوري، مما يفيد إعمال السلطة التقديرية للقاضي بشكل واسع في هذه المسألة من خلال واسقاط الوقائع المعروضة عليه على الأحكام الفقهية المتعددة واختيار الحكم الأنسب لها.

وتطبيق ما نص عليه القانون يكون في حالة وجود متاع متنازع عليه، أما إذا كان الخلاف واقع في وجود هذا المتاع من عدمه، كأن تدعي الزوجة متاعاً لها وينكر الزوج وجوده، أو يدعي أنها أخذته معها مند مغادرتها بيت الزوجية، فإننا في هذه الحالة نطبق قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> قرار رقم: 216836، بتاريخ 16/03/1999، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 2001، عدد خاص، ص 245

### المطلب الثالث: استقلالية كل زوج بديونه

بيان استقلالية الزوجين من حيث ديونهما يجعلنا نتعرض إلى بيان استقلال كل زوج بديونه العادية، ولا فرق في ذلك إن كانت علاقة الدائنية بين الزوجين أو بين أحد الزوجين والغير، ثم استيفاء الديون بين الزوجين والمرتبة عن الالتزامات الزوجية، بوصفها حالات خاصة لها أحكام فصل فيها الفقهاء.

#### الفرع الأول: الذمة المالية باعتبارها ضماناً لديون الزوجين تجاه الغير

تعتبر الذمة المالية عنصراً هاماً وجوهرياً في تحديد مسؤولية كل زوج عن ديونه أو ديون الزوج الآخر، وهو أمر يختلف فيه الفقه الإسلامي الذي يتميز باستقلال الذمة المالية عن النظم الغربية تسمح بالتشارك بين الزوجين، لذلك فإن شرح فكرة الذمة المالية كضمان لديون كل زوج يمر عبر التمييز بين نظرة الفقه الإسلامي ونظرة الفقه الغربي فيما يخص الملزم بقضاء الدين، وبيان كيف تكون الذمة المالية ضماناً للديون المترتبة أثناء الحياة وبعد الممات لدى النظامين.

#### البند الأول: الذمة المالية باعتبارها ضماناً للديون أثناء الحياة.

تقوم فكرة الدين في الفقه الإسلامي على الخضوع إلى مبدأ عام وهو أن كل مدين مسؤول عن ديونه مسؤولية مستقلة، فلا يسأل الزوج عن ديون زوجته، ولا تسأل الزوجة عن ديون زوجها. وتكون الذمة المالية هي الضامن الوحيد للديون، وبعبارة أدق تكون القيمة الإيجابية للذمة ضامنة للقيمة السلبية التي تمثل الديون، فإذا لم يؤدي المدين ما عليه من ديون يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ على القيمة الإيجابية للذمة، ويستوي في ذلك المال الموجود وقت نشوء الدين والمال الموجود وقت التنفيذ.

وإذا عجز المدين عن تسديد ديونه المترتبة في ذمته وطالبه الغرماء فإنه يحجر عليه وتباع أمواله ويسدد بتمنها ديونه، وإن لم يكن له مال ظاهر وثبت إعساره فينظر إلى حين يساره لقوله تعالى:

﴿وَأِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 280].

وما عليه القانون مواقف لما في الفقه الإسلامي، فعلى سبيل المثال جاء في المادة 188 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسبة طبقاً للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان".

هذا يعني أنه إذا تعدد الدائنون فلهم حقوق متساوية على أموال الزوج المدين، بغض النظر عن تاريخ نشوء الدين، وإذا كانت هذه الأموال لا تكفي فإنهم يقتسمونها قسمة غرماء، فيأخذ كل واحد منهم نسبة حقه، ولا تكون الأفضلية إلا لمن كان له دين مضمون برهن أو حبس<sup>2</sup>.

وبناء على ما تقدم فإن الديون التي تترتب عن تصرفات الزوجين في نظام انفصال الأموال يتم إخضاعها إلى القواعد العامة، ولا يتم إخضاعها إلى نصوص خاصة، كما سنرى في نظام الاشتراك المالي، لذلك فإن انقضاء الديون قد يكون بالوفاء وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام، بأن يقوم المدين بتنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه.

وقد يكون الانقضاء بما يعادل الوفاء، ويظهر في صورة الوفاء بمقابل أو التجديد أو الإنابة أو المقاصة، أو اتحاد الذمة<sup>3</sup>، وقد يكون الانقضاء بدون الوفاء بالدين ويكون في صورة الإبراء من الدين أو التقادم.

<sup>1</sup> الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> حق الرهن في الفقه الإسلامي يقابله في القانون الرهن الحيازي وحق الحبس يقابله كل من حق الحبس وحق الامتياز في القانون، أما حق الرهن الرسمي فلم يكن معروفاً في الفقه الإسلامي، وهو يمثل بحق تطوراً للرهن الحيازي (أنظر: السنهاوي، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 29/1).

ولتفصيل أكثر فيما يخص الأحكام المتعلقة باستيفاء الديون راجع: مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد، استيفاء الديون في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه منشورة، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط1، 1431هـ.

<sup>3</sup> الوفاء بمقابل: هو أن يقبل الدائن استيفاء حقه مقابلاً يستعيز به عن الأداء المستحق (المادتان: 284، 285 من القانون المدني).

والتجديد: هو تصرف قانوني يتم بمقتضاه الاتفاق على انقضاء الحق القديم، وتعويضه بحق جديد يحل محله (المواد 287 إلى 291 القانون المدني) وتكون بتغيير الدين أو تغيير المدين (الإنابة).

والمقاصة تكون إذا أصبح المدين دائناً للدائن، فيترتب عنه انقضاء الدين بقدر الأقل منهما (المواد 297 إلى 303 ق المدني) اتحاد الذمة تكون باجتماع صفتي الدائن والمدين في نفس الشخص (م: 304 ق مدني) (راجع: عمار بوضياف، النظرية العامة للحق، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2010م، ص 214-215).

أما في النظم الوضعية الغربية والتي تعتمد على نظام الاشتراك المالي للزوجين، فإن القاعدة عندهم هي إمكانية تحصيل الديون من أموال الزوج الخاصة وكذلك الأموال المشتركة، إذا كان التصرف قد بدر منه، أما تصرفات الزوجة فلا تلزم إلا أموالها بمفردها<sup>1</sup>، كما هو الحال في فرنسا قبل أن يتم تعديل القانون المدني في 1985/12/23 في إطار تحقيق المساواة بين الزوجين، حيث أصبحت الأموال المشتركة ضامنة لديون الزوجين على السواء، سواء كانت مترتبة على الزوج أو مترتبة على الزوجة.<sup>2</sup>

وقد عمد المشرع الفرنسي إلى توسيع نطاق الذمة المالية لتكون المسؤولة عن الديون تضامنية بينهما على نحو يمكن للدائن ملاحقة الزوجين في أموالهما المشتركة والخاصة على حد السواء في حالتين<sup>3</sup> هما:

1- إذا كان التصرف الذي أجراه أحد الزوجين تم بموافقة الزوج الآخر وكانت له فيه مصلحة ظاهرة.

2- إذا كانت الديون متعلقة بالعقود المبرمة في إطار نفقات الأسرة وتربية الأولاد. وما يمكن استخلاصه عند المقارنة بين ما هو موجود في الفقه الإسلامي، وبين ما هو موجود في القوانين الغربية وعلى رأسها القانون الفرنسي، هو الاستقلالية المطلقة التي يفرضها الفقه الإسلامي والتشريعات التي استقت منه في تحمل تبعات التصرفات التي يجريها أحد الزوجين، فكل واحد منهما تكون التزاماته نافذة في ذمته فقط، ولا يتحمل الطرف الآخر تبعات هذه الالتزامات، بينما يقوم التشريع الفرنسي على فكرة الشراكة بين الزوجين في تحمل الالتزامات من خلال توسيع مجال الذمة المالية التي تتحمل تبعات تصرف أحد الزوجين، وجعلها تمتد لتشمل أمواله والأموال

<sup>1</sup> سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، 1315/3.

<sup>2</sup> Art 1413 C Civ : " Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu".

<sup>3</sup> عمر صلاح عبد الحافظ، الذمة المالية للزوجين، ص 282 وما بعدها، رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين، ص 238.

المشتركة، وكذلك الأموال الخاصة للشريك في بعض الأحيان، تبعاً للنظام المالي الذي اختاره الزوجان لتنظيم أموالهما، لذلك فإن إفلاس التاجر تمتد آثاره لتشمل أموال زوجته أيضاً.

### البند الثاني: الذمة المالية باعتبارها ضماناً للديون بعد الوفاة

تتميز نظرة الفقه الإسلامي للذمة المالية من حيث انهدامها وسريانها عن الفقه الغربي من خلال نظرهم إلى أن الذمة ترافق الشخص من لحظة ميلاده وتنتهي بوفاة فوراً أو أنها تبقى إلى حين، على خلاف الفقه الغربي الذي يرى إمكانية انتقالها إلى الوارث كما سنرى فيما يأتي:

### أولاً: الذمة المالية باعتبارها ضماناً للديون بعد الوفاة في نظر الفقه الإسلامي

إذا توفى الشخص ولم يكن عليه دين ولم تكن له وصية، فإن أمواله تنتقل إلى ورثته بمجرد افتتاح التركة، أما إذا كانت مثقلة بالديون فإن الفقهاء المسلمون اختلفوا في مسألة انهدام الذمة المالية وانتقالها إلى الورثة على ثلاثة أقوال<sup>1</sup>.

**الرأي الأول:** ذهب إليه المالكية والحنابلة<sup>2</sup>، ويرون أن الذمة تبطل وتلاشى بعد الموت لأنها صفة من صفات الحياة، ويعتبرونها بقبول الإنسان للزوم الحقوق والالتزامات شرعاً، ولا يعقل أن يقبل الموتى حقوقاً والتزامات، وإن توفى المدين ولم يترك مالاً كان مصير ديونه السقوط، وإن ترك مالاً تعلقت ديونه بذلك المال.

<sup>1</sup> علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، ص 115 وما بعدها، مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ص 205، وما بعدها، بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة ص 12، منصور الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، ص 25.

<sup>2</sup> ابن قدامة، المغني، 4/485، ابن رجب (زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي)، القواعد، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ص 193.

**الرأي الثاني:** يرى الشافعية<sup>1</sup> أن ذمة الميت مرتبطة بدينه حتى يقضي عنه، فتبقى ذمته حتى تسوي ديونه، واستدلوا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: " **نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي عنه**"<sup>2</sup> فذمة المتوفي تبقى قائمة بعد وفاته مشغولة بالدين، ولا تبرأ إلا بأدائه.

**الرأي الثالث:** وهو مذهب الحنفية<sup>3</sup> وفيه أن الموت إذا طرأ على الإنسان لا يطل ذمته، ولكن يضعفها ويبقى منها ما تقتضيه الضرورة لتسوية الحقوق، وثبت الأحكام التي لها أسباب حال الحياة، وهي نظرية تقوم على استثناء دعت إليه الضرورة، فإذا لم تكن ضرورة تقضي ببقاء الذمة بعد الموت اعتبرت مهدومة، وقالوا إن محل الدين ذمة المتوفي إذا ترك تركة أو كفيلاً، أما إذا لم يترك تركة أو كفيلاً فلا محل له، وقد سقط بحراب الذمة.

وأياً كانت آراء العلماء فيما تعلق بوقت خراب الذمة، وانتقال التركة إلى الورثة، فإنهم متفقون على أن استخلاص الديون يكون من تركة الميت فقط، ولا مسؤولية لغيره، على هذه الديون، وهي مقدمة على أنصبة الورثة، بناءً على قوله تعالى: ﴿ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ** **وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ** ﴾ [النساء: 12]، فدل ذلك على تقديم سداد الديون على الأنصبة الإرثية.

وجميع ما كان مطلوباً من الإنسان حال حياته من الديون يظل باقياً بعد وفاته، متعلقاً بالتركة، فإن كانت التركة غير كافية لقضاء جميع الديون سقطت هذه الديون، ولا مسؤولية لغيره في ذلك.

<sup>1</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 07/4.

<sup>2</sup> أخرجه الترمذي في سنته، كتاب الجنائز، باب ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه، رقم 1078، 280/3، وقال عنه حديث حسن، ابن ماجة في سنته، كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين، رقم 2413، 806/2.

<sup>3</sup> عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، 314-313/4، مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ص 207، علي الخفيف، الحق والذمة، وتأتي الموت فيها، ص 115، محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر، القاهرة، د ط، ص 17.

وقد اتجهت التشريعات العربية إلى هذا الاتجاه، حيث جعلت الديون متعلقة بالتركة، ولا يستفيد الورثة من أنصبتهم حتى تسوي ديونه، فجاء في المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري أنه يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفي.

3- الوصية.

ثم يوزع الباقي من التركة على الورثة.

ولا يختلف الحكم بما جاء به المشرع التونسي أو المغربي عما جاء به المشرع الجزائري إلا ما تعلق بترتيب بعض الحقوق<sup>1</sup>.

وتأكيداً على ضرورة مراعاة الترتيب الذي وضعه المشرع ضمناً لحق الدائنين، فإنه يمنع كل تصرف في التركة من بيع أو قسمة أو هبة قبل سداد هذه الديون، واعتبار كل تصرف من هذه التصرفات تصرفاً باطلاً، وهو ما نص عليه المشرع في المادتين 387، 404 من القانون المدني، وهو ما يؤكد على أن ذمة الشخص هي الضامن على سداد الديون، وأن الورثة لا مسؤولية لهم عن هذه الديون بما في ذلك الزوج أو الزوجة.

### ثانياً: الذمة المالية باعتباره ضمناً للديون بعد الوفاة في نظر الفقه الغربي

تختلف نظرة الفقه القانوني للذمة المالية تبعاً للمذهب المعتنق، تحددها نظريتان، نظرية تقليدية شخصية ونظرية حديثة، فالنظرية الشخصية للذمة المالية تجيز انتقال الحقوق والالتزامات من الشخص المتوفي إلى الورثة، بناءً على اعتقاد باستمرار شخصية المورث وامتدادها في أشخاص

<sup>1</sup> يشدد التشريعات المغربي والتونسي على جعل قضاء الديون قبل توزيعها على الورثة حسب ما جاء في المادة 322 من المدونة و 87 من المجلة، واتفقا على الترتيب الآتي:

1- الحقوق المتعلقة بالتركة

2- مصاريف التجهيز والدفن

3- الوصية

4- الميراث



الورثة، وهو حكم يرد كاستثناء على مبدأ شخصية الدمة المالية، لأن الدمة عندهم تمثل أحد الخصائص التي تميز الشخصية القانونية وأحد لوازمها<sup>1</sup>.

أما أصحاب النظرية الحديثة، فإن الدمة المالية عندهم منفصلة عن الشخصية، فهي لا تتلاشى بموت الشخص، وتنتقل بحقوقها والتزاماتها عند الوفاة إلى الورثة<sup>2</sup>.

وفي القانون الفرنسي الذي يطبق النظرية الشخصية، فإن نظام الإرث يقوم على مبدأ انتقال الدمة المالية للمورث بحقوقها والتزاماتها إلى الخلف العام، وهم الورثة وكذلك الزوج إذا كان على قيد الحياة، مما يسمح بأن تمتد يد الدائنين إلى دمة الورثة<sup>3</sup>، ويتم ذلك بعد إسناد دمة المورث ونقلها إلى شخص آخر وهو الوارث، فهو الذي يمتلك التركة وهو الذي تستمر شخصية المورث فيه<sup>4</sup>، فتنقل التركة له محملة بالديون التي شغلها وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادتين 724 و 873 من القانون المدني، بما يفيد مسؤولية الوارث الشخصية عن ديون مورثة التي تجاوزت أموال التركة، على خلاف ما هو عليه الحال في الشريعة الإسلامية إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون، وأن الديون الميت لا تنتقل إلى الورثة.

ولأجل تفادي العواقب التي تنجر عن انتقال التركة إلى الوارث مثقلة بالديون، أجاز القانون الفرنسي للوارث رفض الإرث، أو أنه يقبله بشرط الجرد، فلا يكون مسؤولاً عن الديون إلا في حدود ما تلقى عنه من حقوق<sup>5</sup> حسب نص المادة 774.

وتطبيق نظرية انتقال الدمة المالية وفق ما ذهب إليه المشرع الفرنسي يعد استثناءً على قاعدة عدم انتقال الدمة المالية لدي أصحاب النظرية التقليدية، وفقاً لفكرة أن شخصية الوارث هي

<sup>1</sup> سبق وأن تعرضت بالتفصيل إلى مقومات هاتين النظريتين والنتائج المترتبة عليهما وكذا الانتقادات الموجهة لهما في المبحث التمهيدي، راجع: ص 13-17.

<sup>2</sup> بلقاسم مطالبي، الالتزامات التعاقدية في بيوع التركة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين المغرب العربي-، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر-قسنطينة-، 2016 / 2017م، ص 55.

<sup>3</sup> فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الدمة المالية، ص 36.

<sup>4</sup> السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 230/8.

<sup>5</sup> منصور الفتلاوي، نظرية الدمة المالية، ص 25

استمرار لشخصية المورث، فتندمج ذمتها ببعضها البعض<sup>1</sup>، أما النظرية الحديثة فمن خصائصها جواز انتقال الذمة المالية من شخص إلى شخص آخر، وهي نظرية تجد تطبيقها في النظم الجرمانية خاصة كألمانيا وسويسرا.

وأياً كانت النظرية المطبقة في الفقه الغربي، سواء كانت تقليدية أو حديثة، فإن المبدأ المعتمد هو جواز انتقال الديون إلى الورثة، بما يفيد عدم استقلال كل زوج بديونه، وجواز تنفيذ هذه الديون في أموال الورثة.

### الفرع الثاني: استيفاء الديون بين الزوجين

تخضع الديون العامة بين الزوجين إلى نفس الأحكام التي تخضع لها الديون تجاه الغير، أما الديون التي تشكل التزامات تجاه أحد الطرفين والناشئة عن عقد الزواج باعتبارها شروطاً أو أثراً من آثار الزواج، فلها بعض الأحكام الخاصة التي سأبينها فيما يأتي:

### البند الأول: المهر كونه ديناً في ذمة الزوج

وفيه أتطرق إلى ضمانات استيفاء دين المهر ثم انقضاءه.

### أولاً: ضمانات استيفاء دين المهر

وتظهر هذه الضمانات في تصرفات تستطيع الزوجة القيام بها للضغط على الزوج وجعله يمثل لتنفيذ التزامه و ضمانات تأخذها منه، وهي:

### 1/ حق الزوجة في الامتناع عن الزوج: يرى فقهاء الحنفية<sup>2</sup> أنه للمرأة أن تطالب بالمعجل

من مهرها، ويجب على الزوج تسليمه إياها، ولها أن تمتنع عن الانتقال إلى بيته حتى يعطيها مهرها المعجل، لأن حق الزوج في المرأة متعين، وحق المرأة في المهر لم يتعين بالعقد إنما يتعين بالقبض، فوجب على الزوج التسليم عند المطالبة ليتعين، كما في البيع فإن المشتري يسلم الثمن أولاً، ثم يسلم البائع المبيع، إلا أن الثمن في باب البيع إذا كان ديناً يقدم تسليمه على تسليم المبيع ليتعين،

<sup>1</sup> فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، ص38.

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 2/288-289.

فكان للمرأة حق حبس نفسها لاستيفاء المهر، وإن استوفى معجل المهر بتمامه سقط حقها في منع نفسها عنه، وإن انتقلت إلى بيت زوجها كان لها أن تمنع نفسها عنه، وليس للزوج منعها عن السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها قبل إيفاء المهر، لأن حق الحبس يثبت باستيفاء المستحق، وحق الاستيفاء لم يثبت للزوجة فكذلك حق الحبس، فإن أعطائها مهرها ثبت حق الحبس، وإن أعطائها مهرها إلا درهما واحداً فلها الامتناع حتى تقبضه، لأن حق الحبس لا يتجزأ، فلا يبطل إلا بتسليم كل البديل كما في البيع.

أما إذا كان المهر مؤجلاً بشرط أو عرف ففي هذه الحالة لا يلزم الزوج إلا بتسليم ما اشترط تعجيله بالشرط أو العرف، فإن قدم ذلك وجبت الطاعة من جانبها، ولكن إذا لم يقدم لها معجل صداقها ودخل عليها برضاها، قال الصحابان ليس لها أن تمنع نفسها منه، لأن رضاها بالدخول عليها والاختلاء بها دون تقديم المعجل أمانة على إسقاط حقها في المعجل والساقط لا يعود.

أما أبو حنيفة فيرى من حق الزوجة أن تمنع نفسها، لأن أحكام الزواج لا تستوفي منها دفعة واحدة، بل هي مستمرة الإيفاء ما دام العقد قائماً، ورضاها بالعشرة معه دون استيفائها للمعجل إسقاط لحقها في الماضي وليس في المستقبل.

ووافق المالكية<sup>1</sup> الصحابان، فقالوا للمرأة منع نفسها من الدخول والوطء بعد الدخول، ولها الامتناع من السفر معه قبل الدخول إلى أن يسلمها المعجل من المهر، وهذا كله إن لم يحصل وطء ولا تمكين منها، أما بعد الوطء أو التمكين فليس لها منع بعد ذلك من وطء أو سفر، وإنما لها حق المطالبة به فقط.

ولا يختلف الشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> عن مذهب المالكية والصحابان، إلا أن الشافعية<sup>4</sup> انفردوا فيما تعلق بالبداة بالتسليم، فلو تنازع الزوجان حول البدء بالتسليم فقال كل واحد منهما لا أسلم

<sup>1</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 298/2، الصاوي، حاشية الصاوي 434/2، ابن جزير، القوانين الفقهية، ص 136.

<sup>2</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 372/4.

<sup>3</sup> المرادوي، الإنصاف، 379/9، البهوتي كشاف الصانع، 472/5.

<sup>4</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 372/4.

حتى تسلم، فقالوا: يؤمر الزوج بوضع المهر عند عدل - شخص ثالث -، وتؤمر الزوجة بالتمكين، وفي رأي ثان وافق مذهب الجمهور، فإن الزوج هو الذي يجبر بالتسليم أولاً لأن استرداده ممكن بخلاف البضع، ولو بادرت الزوجة فمكنت الزوج من نفسها طالبت بالمهر لأنها بذلت ما في وسعها، وإن لم يطأ يجوز أن تمنع نفسها حتى يسلم المهر، وإن وطأها بتمكينها منه مختارة مكلفة ولو في الدبر، فلا يمكنها أن تمنع نفسها بعد ذلك، كما لو تبرع البائع بتسليم المبيع قبل قبض الثمن فليس له أن يسترده بعد ذلك، أما إذا وطئت مكرهة أو غير مكلفة لصغر أو جنون فلها الامتناع لعدم الاعتداد بتسليمها.

ويرى الحنابلة<sup>1</sup> أن للمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها الحال، ولها أن تطالب بمهرها الحال حتى ولو كانت لا تصلح للاستمتاع لصغر ونحوه، ولها النفقة زمن المنع إن كانت صالحة للاستمتاع لأن الحبس منه هو.

وإن كان الصداق مؤجلاً فلا تملك منع نفسها حتى تقبضه ولو حل أجله لأنها رضيت بتأخيرها، وللزوجة أن تسافر بلا إذن زوجها لأنه لم يثبت له عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج كلها.

وما نستخلصه من آراء الفقهاء هو أحقية الزوجة في منع نفسها قبل الدخول حتى تقبض مهرها المعجل، وليس لها الحق في المنع إذا كان مهرها مؤجلاً، ويسقط حقها في المنع إذا تم الدخول برضاها عند الجمهور ما عدا أبو حنيفة.

وهذه المسألة لم يضع لها القانون الجزائري أحكاماً، وكذلك القانون المغربي لذا فإنه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب ما هو منصوص قانوناً، أما المشرع التونسي فوافق رأي جمهور الفقهاء عندما نص في الفصل 13 من المجلة على: "ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر، ويعتبر المهر بعد البناء ديناً في الذمة ليس للمرأة إلا المطالبة به فقط، ويترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق".

<sup>1</sup> المرداوي، الإنصاف، 379/9، البهوتي كشف القناع، 472/5

## 2/ حق الزوجة في الفسخ عند الإعسار: إذا كان الزوج معسراً عاجزاً عن تسليم مقدم

المهر، فإن الفقهاء اختلفوا في حكمه على مذاهب كالآتي:

ذهب الحنفية<sup>1</sup> إلى أنه إذا عجز الزوج عن دفع المهر أو النفقة بجميع أنواعها، فلا حق للزوجة في فسخ النكاح، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده، وإنما لها أن تمنع نفسها منه ولها عدم التقيد بإذنه في الخروج لزيارة أهلها والسفر ونحوهما.

وإن اشترط الزوج تأجيل المهر كله مدة معينة، فليس للزوجة الامتناع لأنها أسقطت حقها بالتأجيل عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف لها الامتناع استحساناً لأنه لما طلب تأجيله كله فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع.

وعند المالكية<sup>2</sup> إذا طالبت بصداقها وادعى أنه معدم عاجز عن دفع الصداق، فإن ذلك يكون أمام القاضي، وعليه إثبات عكسه، وإلا حبس كسائر الديون، وإذا أثبت عجزه بالبينة أو بتصديقها له، فإنه ينظر إلى ميسرة بأجل يحدده القاضي، فإذا عجز بعد ذلك طلق القاضي عليه إذا كان ذلك قبل الدخول، أما بعد الدخول فلا طلاق على المعسر بأي حال.

ومذهب الشافعية<sup>3</sup> أنه إذا عجز الزوج عن دفع المهر، فإنه يثبت الفسخ قبل الدخول ولا يثبت بعده، وقيل يثبت قبل الدخول وبعده، وهو ما رجحه الإمام البغوي<sup>4</sup> وغيره، ولا يثبت الخيار للمفوضة لأنها لا تستحق المهر بالعقد ولكن لها المطالبة بالفرض، فإذا فرض صار كالمسمى.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 372/3، ابن نجيم، البحر الرائق، 191/3.

<sup>2</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 75/3، الدردير، الشرح الكبير، 299/2، الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 147/4.

<sup>3</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 464/11، النووي، روضة الطالبين، 79/9.

<sup>4</sup> البغوي: الحسين بن مسعود بن محمد العلامة محيي السنة أبو محمد البغوي ويعرف بابن الفراء الفقيه الشافعي، أحد أئمة المذهب في التفسير والحديث والفقه صاحب معالم التنزيل وشرح السنة، والتهذيب، والجمع بين الصحيحين، والمصابيح وغير ذلك من المصنفات المفيدة المشهورة، توفي بمرو الروذ في شوال سنة ست عشرة وخمس مائة، ودفن عند شيخه القاضي حسين رحمهما الله (راجع: ابن كثير (أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي)، طبقات الشافعيين، تح: أحمد عمر هاشم، محمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، 1413هـ/1993م، 548/1).

وإن كانت عاملة بإعساره وأمسكت عن المحاكمة، فإن كان ذلك بعد طلبها المهر كان رضاً بالإعسار وسقط خيارها، وإن كان قبل المطالبة لم يسقط حقها، فقد تؤخر المطالبة لتوقع اليسار، وقال الماوردي لا يسقط حقها في الفسخ لأنه من العيوب المظنونة غير المتحققة، وأنه مما يجوز أن يزول بعد وجوده.

والفسخ من حق الزوجة، فلا يجوز للولي الاعتراض عليها، وليس له الفسخ بغير توكيلها، كما ليس لولي الصغيرة والمجنونة الفسخ وإن كان فيه مصلحتها.

أما مذهب الحنابلة<sup>1</sup> فعلى ثلاثة أقوال، أما القول الأول فمواقف لمذهب الحنفية بأن ليس لها الفسخ لأنه لا نص فيه، ولا يصح قياسه على الثمن في المبيع لأن الثمن كل مقصود البائع والعادة تعجيله، والصدق فضلة ونحلة وليس هو مقصود النكاح لذلك لا يفسد.

والقول الثاني وافق مذهب بعض الشافعية بجواز الفسخ لأنه أعتبر بالعوض، فكان لها الرجوع في المعوض كما لو أعسر بثمن المبيع، أما القول الثالث فوافق مذهب المالكية بأن يكون الفسخ قبل الدخول ولا فسخ بعده وهو المشهور في المذهب.

أما إن تزوجته وهي عاملة بإعساره فلا تملك الفسخ، وإن رضيت الزوجة المقام مع زوجها فإنه لا يلزمها التمكين من الاستمتاع لأنه لم يسلم إليها العوض.

ولم أجد في نصوص القانون من تعرض لهذه المسألة، سواء تعلق الأمر بالمشروع الجزائري أو التونسي أو المغربي، مع ملاحظة أن المشروع المغربي في النص القديم ذكره بالقول "... ولا يترتب الطلاق على تعذر الوفاة به"<sup>2</sup>.

أما في النص الجديد فقد جاء في المادة 31 من المدونة: "يؤدي الصداق عند حلول الأجل المتفق عليه، وللزوجة المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية وإذا وقعت المعاشرة الزوجية قبل الأداء أصبح الصداق ديناً في ذمة الزوج"

<sup>1</sup> عبد الرحمان بن قدامة، الشرح الكبير، 103/8، 265/9، ابن قدامة، المغني، 207/8.

<sup>2</sup> المادة 21 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة

واعتبار المشرع أن الصداق يصبح ديناً عند عدم الوفاء به ربما المراد منه جعله ديناً فقط ، مع عدم ثبوت حق الفسخ للزوجة والله أعلم.

واعتبرت بعض التشريعات العربية عدم دفع المهر للإعسار سبباً للزوجة لطلب فسخ النكاح إذا كان ذلك قبل الدخول، كما هو الحال في التشريع الإماراتي ( المادة 116)<sup>1</sup>.

**3/ حق الزوجة في طلب كفيل:** إذا كان المهر حقاً للزوجة قبضته انتهت المسألة، وإن لم تقبضه صار ديناً في ذمة الزوج، وكان لها أن تتوثق من استيفائه بأخذ رهن أو كفيل يضمه لها<sup>2</sup>، فإن أخذت رهنًا جرت عليه أحكام الرهن، وإن أخذت كفيلاً جرت عليه أحكام الكفالة وهو الغالب في عادات الناس.

ومن المقرر أن الكفالة هي عقد تبرع تسري عليه أحكام عقود التبرعات، لأن الكفيل يلتزم بما ليس بلازم ولا مقابل له ابتداءً، وإصباح حكم التبرع على كفالة المهر تقتضي أن تتوفر في الكفيل أهلية التبرع، وأن لا يكون مريضاً مرض الموت وقت الكفالة.

وإذا كان الكفيل مريضاً مرض الموت وقت الكفالة اعتبرت وصية وطبقت عليها أحكام الوصية، فإن كان المهر أكثر من ثلث تركة الكفيل فإنه لا ينفذ إلا في حدود الثلث والباقي يخضع لإجازة الورثة، وإن كان الكفيل مورثاً للزوج أو الزوجة، فإن الكفالة لا تنفذ إلا بإجازة الورثة أياً كان مقدارها، لأن الكفالة هنا تأخذ حكم الوصية ولا وصية الوارث<sup>3</sup>، هو المتفق عليه شرعاً وقانوناً.

<sup>1</sup> المادة 116 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:

"1- يحكم للزوجة غير المدخول بها بالفرقة لعدم أداء الزوج مهرها الحال في الحالتين الآتيتين:-

أ- إذا لم يكن للزوج مال ظاهر يؤخذ منه المهر.

ب- إذا كان الزوج ظاهر العسر أو مجهول الحال وانتهى الأجل الذي حدده القاضي لأداء مهرها الحال ولم يؤده.

2- لا يحكم للزوجة بعد الدخول بالفرقة لعدم أداء مهرها الحال، ويبقى ديناً في ذمة الزوج"

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 397

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 215.

وإذا ثبتت الكفالة، وكانت نافذة معتبرة كان للزوجة أن تطالب بدينها الذي هو المهر من الأصيل وهو الزوج أو الكفيل عند الجمهور<sup>1</sup>.

وقال مالك<sup>2</sup> ليس له أن يأخذ من الكفيل مع وجود المتكفل عنه، لأنه إنما أخذه توثقة فأشبهه الرهن ولا سبيل إلى الرهن إلا عند عدم المطلوب، وهو المتبع قانوناً من خلال نص المادة 660 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين".

ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرى المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق"

وإذا كان الزوج قاصراً أو فقيراً وزوجه أبوه، فهل يكون الأب في هذه الحالة ملزماً بضمان المهر أم لا؟ ففي هذه المسألة يجب التمييز بين حالتين:

أ/ الحالة الأولى: أن يكون الابن صغيراً وله مال فإن الفقهاء<sup>3</sup> اتفقوا في هذه الحالة على أن الصداق يؤخذ من مال الابن ما لم يضمه الأب صراحة.

ب/ الحالة الثانية: إذا كان الابن معسراً ليس له مال، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء وعلى رأيين:

1- الرأي الأول: قوامه أن المهر حكم من أحكام الزواج يلزم به الزوج ولا يلزم الأب، إلا إذا صرح بكفالاته له، وبه قال الحنفية<sup>4</sup> والشافعية<sup>5</sup> في الجديد والحنابلة<sup>6</sup> في رواية.

<sup>1</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 284/5، الشيرازي، المهذب، 150/2، ابن قدامة، المغني، 408/4.

<sup>2</sup> مالك، المدونة، 100/4، المواق، التاج والإكليل، 43/7.

<sup>3</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 140/3، ابن عبد البر (أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي)، الاستدكار، تح: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421 هـ / 2000م، 428/5، ابن قدامة، المغني، 52/7.

<sup>4</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 140/3.

<sup>5</sup> الشيرازي، المهذب، 472/2.

<sup>6</sup> ابن قدامة، المغني، 52/7. المرادوي، الإنصاف، 252/8.



2- **الرأي الثاني:** وهو مذهب المالكية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> في القديم وأحمد في رواية<sup>3</sup> وفيه أن الأب إذا زوج ابنه الفقير يكون هو المطالب بالمهر، لأن توليه للعقد يقتضي عرفاً مسؤوليته من تكليفاته المالية وتخليه من المهر يعد تغريماً، كما أن الزوجة وأولياءها ارتضوا الزوج الفقير زوجاً لأجل أبيه.

وبناءً على هذا الرأي فإنه ليس للأب الرجوع على ابنه إذا أسر، لأنه بمنزلة ما ينفقه عليه، ولو مات الأب قبل أن يؤدي المهر الواجب بمقتضى توليه العقد، فإنه يؤخذ كدين من التركة ولا يؤخذ من نصيب الابن، بما يفيد أن الأب أنشأ التزاماً بالأصالة لا بالنيابة عن الابن، وهو رأي رجحه أبو زهرة بناءً على موافقته للعرف، الذي جرى به العمل بين الناس، بمطالبة الأب الغني بمهر ابنه الفقير إذا تولى هو العقد والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً<sup>4</sup>.

**ثانياً: انقضاء دين المهر.**

1/ **انقضاء المهر بالوفاء:** كما كان المهر حكماً من أحكام العقد الصحيح، فإنه يجب بتمام العقد، وبصير ديناً في ذمة الزوج يجب أدائه، ويختلف وقت الأداء حسب الاتفاق المبرم بين الطرفين، فقد يتفقان على تعجيله كله أو تأجيله كله أو بعضه إلى أجل معلوم، فإن اتفق الزوجان على شيء من ذلك عمل به، ويصبح المهر مستحق الأداء بحلول الأجل، مع أن ملكية المهر غير متقرر قبل أن يؤكد بأي مؤكد من مؤكداته، بل يقبل السقوط والتنصيف، ويبقى الزوج ضامناً للمهر

<sup>1</sup> ابن عبد البر، الاستدكار، 429/5، ابن رشد الجد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المعروف بابن رشد الجد)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تح: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1408هـ / 1988م، 12/5.

<sup>2</sup> الشيرازي، المهذب، 472/2.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 52/7.. المرداوي، الإنصاف، 252/8.

<sup>4</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 217.

حتى يسلمه<sup>1</sup>، فإن هلك فإن المسؤولية يتحملها من في يده فإن كان قبل التسليم فيتحملة الزوج، وإن كان بعد التسليم فتتحمله المرأة وتبرأ ذمة الزوج.

ولكي تبرأ ذمة الزوج من المهر فإنه يتعين عليه تسليمه للمعني بالأمر الذي له الحق في قبض المهر، دون غيره، وإن سلمه لغيره لم تبرأ ذمته ويختلف قابض المهر حسب أهلية المرأة.

فإن كانت المرأة كاملة الأهلية بأن كانت بالغة سن الرشد الذي حدده المشرع والقانون، وكانت غير محجور عليها لأي سبب من أسباب الحجر، فإن قبض المهر هو حق خالص لها، ولها حق المطالبة به، وتوكيل أحداً لقبضه، يرى الحنفية<sup>2</sup> أن المرأة إذا كانت ثيباً وجب أن يكون التوكيل صريحاً، وإن كانت بكرًا فإنه يكفي سكوتهما إذا كان قابض المهر أبوها أو جدها.

ويرى الحنابلة أن ذمة الزوج لا تسلم إلا بالتسليم إليها أو لوكيلها، ولا تبرأ بالتسليم لأبيها ولا إلى غيره بكرًا كانت أو ثيباً، وقال أحمد إذا أخذ مهر ابنته وأنكرت فذاك لها، ولها أن ترجع على زوجها بالمهر، ويرجع الزوج على أبيها<sup>3</sup>.

ومذهب المالكية<sup>4</sup> والشافعية<sup>5</sup> هو جواز أن يدفع المهر لوليها المحبر، بأن يدفع المهر لأبيها أو وصيه عند المالكية، ولأبيها أو جدها عند الشافعية، لأنه يجوز إجبارها بالنكاح فجاز قبض مهرها، أما إن كانت المرأة صغيرة أو غير رشيدة فإن تسليم المهر يكون لوليها الذي ينظر في مالها<sup>6</sup>.

## 2/ انقضاء المهر بالهبة والإبراء منه: المهر هو حق خالص للمرأة، يثبت حقها فيه بمجرد

العقد الصحيح ولا يشاركها فيه أحد، ولها حق التصرف فيه كما تتصرف في أموالها، بغض النظر على قبضها له أو صيرورته دينا في ذمة زوجها، إذ يجوز لها التصرف فيه ولو قبل القبض، ومن

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص 207.

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 03/5، ابن نجيم، البحر الرائق، 118/3.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 258/7.

<sup>4</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 322/2.

<sup>5</sup> الشيرازي، المهذب، 465/2.

<sup>6</sup> ابن قدامة، المغني، 258/7، الشيرازي، المهذب، 465/2.

التصرفات التي يجوز للمرأة أن تجريها جواز أن تهب أو تبرئ زوجها من مهرها، ولا يملك هذا الحق غيرها ولو كان وليها، ولو كانت صغيرة<sup>1</sup>.

ويروى المالكية أنه إذا وهبت المرأة مهرها لزوجها قبل الدخول صحت الهبة ولكنه يجبر على دفع أقل الصداق، وهو ربع دينار، خشية التواطؤ على ترك الصداق، فيعبرى البضع من الصداق بالكلية، وليس على الزوج شيء إن طلق قبل البناء<sup>2</sup>.

والفرق بين الهبة والإبراء عند الحنفية أن الإبراء إسقاط في معنى التملك، فلا يتوقف على القبول، ويجوز رده لأنه تملك، والهبة تملك محض لا يحصل دون قبول<sup>3</sup>، والهبة إذا أضيفت إلى الدين تفيد البراءة<sup>4</sup>، وعند المالكية فإن كل من الإبراء والهبة يحتاج إلى قبول، ولكن الإبراء لا يحتاج إلى حوز<sup>5</sup>.

يستدل على جواز هبة المرأة من مهرها قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾

فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴿٤﴾ [النساء: 4]، وقوله أيضا:

﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ

إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴿٥﴾ [البقرة: 237].

ووجه الدلالة جواز عطية المرأة من مهرها لزوجها سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 113/3

<sup>2</sup> الخرشي، شرح مختصر خليل، 288/3.

<sup>3</sup> برهان الدين البخاري (أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد البخاري)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تح: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ/2004م، 411/7.

<sup>4</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 5/ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني 451/8.

<sup>5</sup> الخرشي، شرح مختصر خليل، 03/06

<sup>6</sup> الطبري، تفسير الطبري، 556/7، القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، 25/5، الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، 233/4.

ولا تثير هبة المرأة مهرها كله أو بعضه إشكالاً عند الفقهاء إذا تم ذلك وحدث الدخول بها، لأنه لو طلقها بعد ذلك فلا ترجع عليه بشيء، لأنه بالدخول تقرر كل المهر والزوجية مانعة في الرجوع من الهبة باتفاق الفقهاء<sup>1</sup>، وإنما الخلاف فيما إذا وهبته صداقها ثم طلقت قبل الدخول، فعند الحنفية<sup>2</sup> إذا وهبت الزوجة مهرها لزوجها كله أو بعضه أو أبرأته منه كله أو بعضه، فلا يخلو ذلك أن يكون قبل قبض المهر أو بعده، أو يكون مما يتعين بالتعيين أو مما لا يتعين بالتعيين، فإن كان المهر مما يتعين بالتعيين كدار أو أرض أو فرس، وأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول فلا يرجع عليها بشيء، سواء كانت الهبة قبل القبض أو بعده، لأنه بالطلاق قبل الدخول استحق نصف المهر وقد رجع إليه، فلا يبالي بالسبب عند حصول المقصود وهو وصول عين حقه إليه.

أما إذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين كالنقود والمكيات والموزونات فإذا كانت الهبة قبل القبض وحدث الطلاق قبل الدخول، فلا يرجع عليها بشيء لأنه في هذه الحالة يستحق براءة ذمته من نصف المهر وقد حصل ذلك بالهبة، أما إذا كانت الهبة بعد القبض فله الحق في الرجوع عليها بنصف المهر، لأن الذي ملكه بالهبة غير الذي دفعه إليها مهرًا، فكأنها وهبت زوجها مالا آخر غير مهرها وهذا هو الراجح في المذهب<sup>3</sup>.

وعند المالكية<sup>4</sup> إذا وهبت مهرها لزوجها وحدث الطلاق قبل الدخول فلا يرجع عليها بشيء، لأنه قد عاد النصف الواجب له بالطلاق، إلا أن تكون قد قصدت به دوام العشرة، فإنه في هذه الحالة يكون مردوداً عليها فتسترد هبتها.

<sup>1</sup> خالف الفقهاء مسألة رجوع المرأة في هبتها شريح وعبد الملك بن مروان، فقالا لها الرجوع، لأنها لو طابت نفسها لما رجعت، واستدلوا بقول عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - حين كتب إلى قضاته: "إن النساء يعطين رغبة ورهبة، فأبما امرأة أعطتة ثم أرادت أن ترجع فلها ذلك" (الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، 233/4).

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 295/2، الزيلعي، تبين الحقائق، 247/2، ابن نجيم، البحر الرائق، 160/3.

<sup>3</sup> يخالف الإمام زفر ما عليه أبو حنيفة والصاحبان في هذه المسألة، وقد اكتفيت بالمشهور فقط (للمزيد راجع: الكاساني، بدائع الصنائع، 295/2، الزيلعي، تبين الحقائق، 247/2، ابن نجيم، البحر الرائق، 160/3).

<sup>4</sup> الخرشي، شرح مختصر خليل، 298/3، الكشناوي، أسهل المدارك، 115/2، ابن رشد، بداية المجتهد، 51/3.

وللشافعية<sup>1</sup> قولان والمعتمد عندهم، لو كان الصداق ديناً وأبرأته منه، ثم فارق قبل الوطاء، لم يرجع عليها بشيء بخلاف العين فإنه يرجع عليها بنصف بدله أما إذا قبضته ثم وهبته فيرجع عليها بنصف المهر، والفرق أن في الدين لم تقبض منه شيء بخلاف العين، في قول ثان لا شيء وله لأنها عجلت له ما يستحق بالطلاق فأشبهه تعجيل الدين قبل الدخول.

أما الحنابلة<sup>2</sup> فيرون أنه إذا وهبت الزوجة مهرها لزوجها أو أبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول فإن الزوج يعود عليها بنصف المهر، لأن عود نصف الصداق إلى الزوج بالطلاق وهو غير الجهة المستحق بها الصداق أولاً، فهو كما لو أبرأ إنسان من دين ثم استحق عليه مثل ما أبرأه منه بوجه آخر فلا يتساقطان بذلك.

إن سبب الخلاف بين الفقهاء هنا هو هل النصف الواجب للزوج هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة؟ فمن قال في عين الصداق قال لا يرجع عليها، ومن قال في ذمة المرأة قال يرجع وإن وهبته له كما لو وهبت غير ذلك من مالها، أما الحنفية فيربطون المسألة بالقبض، فإن قبضت فله النصف، وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء<sup>3</sup>.

وبعد الوقوف على هذه الآراء الفقهية أرى أن رأي المالكية هو الراجح لأن الزوجة عندما أبرأت زوجها من المهر، إنما قصدت بذلك التخفيف على الزواج ودوام الحياة الزوجية فلو علمت أنه سيطلقها ويرجع عليها بنصف المهر ما أقدمت على الإبراء، وما رضيت بتحمل الخسارة<sup>4</sup>.

### 3/ الانقضاء بالسقوط: يسقط المهر بعد ثبوته بالعقد إذا حدثت الفرقة، ويكون ذلك

بسقوط كامل المهر أو بسقوط نصفه.

<sup>1</sup> البحريني، حاشية البحريني، 425/3، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 397/4.

<sup>2</sup> البهوتي، كشاف القناع، 146/5.

<sup>3</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 51/3.

<sup>4</sup> قاسم بن محمد الأهدل، الصداق في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، 1401هـ، ص 157.

أ/ سقوط المهر كله: يسقط المهر كاملاً عند الحنفية<sup>1</sup> إذا حدثت فرقة بين الزوجين قبل الدخول بالمرأة وقبل الخلوة بها دون طلاق سواء كان ذلك من قبل الزوج أو من قبل الزوجة، إذ يعد ذلك فسخاً وفسخ العقد يعني رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن، ومن أسباب ذلك الردة عن الإسلام، والفرقة بسبب خيار الإفاقة وخيار البلوغ، والفرقة بسبب اعتراض أوليائها لعدم الكفاءة أو نقصان مهرها، يضاف إلى ذلك الخلع إذا تم بين الزوجين فتحدث المبرأة بينهما فيسقط كل دين بينهما بما في ذلك دين المهر عند أبي حنيفة وأبو يوسف<sup>2</sup>، على خلاف محمد والجمهور الذين يرون سقوط الحقوق التي سماها الزوجان واتفقا عليها فقط.

وعند المالكية فإنهم يوافقون الحنفية في أن كل فسخ قبل الطلاق لا يوجب لها تشطير المهر، إذا لم يكن لها في ذلك اختيار، وإن كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير<sup>3</sup>، ويضيف المالكية نكاح التفويض إذا مات الزوج أو طلق قبل الدخول<sup>4</sup>.

وعند الشافعية والحنابلة<sup>5</sup> فإن الفرقة المسقطه للمهر يجب أن يتوفر فيها أحد الأمرين.

1- أن تكون الفرقة من الزوجة قبل الدخول كإسلامها وردتها وإعساره بالنفقة أو المهر أو فسخها العيب فيه.

2- أن تكون الفرقة قبل الدخول بسبب عيب في الزوجة كالرتق والقرن.

ومن الناحية القانونية ذكر المشرع الجزائري الزواج الفاسد إذا حدث الفسخ قبل الدخول بسبب عدم توفر شرط من شروطه كالشاهدين، والصداق والولي في حالة وجوبه<sup>6</sup>، وتعرض له المشرع المغربي في الفقرة الثالثة من المادة 32 بقوله: "... لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 295/2.

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 235/4.

<sup>3</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 50/3.

<sup>4</sup> الدردير، الشرح الكبير، 314/2.

<sup>5</sup> الخطيب الشربيني، معني المحتاج، 397/4، البهوتي، كشاف القناع، 148/5، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 20/3.

<sup>6</sup> المادة 2/33 من قانون الأسرة الجزائري: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل..." .

1- إذا وقع فسخ عقد الزواج.

2- إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج.

3- إذا حدث الطلاق في زواج التفويض".

وما نلاحظه من هذا النص تأثر المشرع المغربي بالفقه المالكي خاصة ما تعلق بنكاح التفويض أما المشرع التونسي فلم يتطرق إلى هذه النقطة.

ب/ سقوط نصف المهر: اتفق الفقهاء<sup>1</sup> على وجوب نصف المهر إذا حدثت بين الزوجين قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة عند الذين تعتدون بها، بشرط أن تكون الفرقة من الزوج وبسبب منه، فالفرقة بلفظ الطلاق أو الفسخ بسبب من الزوج كالردة عن الإسلام أو أبائه عنه إذا أسلمت الزوجة.

ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ

فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة: 237] ، فهذه الآية تدل على سقوط

نصف المهر إذا حدث الطلاق قبل الدخول، وكانت هناك تسمية للمهر وقت العقد، فإذا لم تكن تسمية فلا تنصيف لمهر المثل لأن الذي ينصف هو المهر المسمى فقط لقوله: ﴿ وَقَدْ فَرَضْتُمْ

لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ أما المفوضة التي لم يفرض لها مهراً فلها المتعة.

والمهر الذي ينصف بالطلاق عند الحنفية<sup>2</sup> هو الذي يسمى وقت العقد فلا تنصيف للمهر

الذي يفرض بعد العقد، سواء كان ذلك بالتراضي أو بقضاء القاضي، وكذلك الأمر بالنسبة للزيادة في المهر التي ارتضاها الزوج بعد العقد لان الآية خصت المهر المسمى وقت العقد فقط.

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 297/2، السرخسي، المبسوط، 03/5، ابن رشد، بداية المجتهد، 51/3، محمد عليش، منح الجليل، 431/3، الرملي، تحاية المحتاج، 357/6، ابن قدامة، الكافي في مذهب الإمام أحمد، 67/3.

<sup>2</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 104/3، السرخسي، المبسوط، 65/5 .

أما بقية المذاهب<sup>1</sup> فقالوا بالتنصيف سواء تم الاتفاق على المهر وقت العقد أو بعده، وكذلك الزيادة في المهر بعد العقد فإنها تنتصف كالمسمى، لذلك فإن دلالة الآية عند الجمهور هو المفروض مطلقاً وليس المفروض وقت العقد فقط.

وقد أورد المشرع استحقاق الزوجة نصف المهر في المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 32 من مدونة الأسرة المغربية، وظاهر الحكم في القانونين موافقة رأي الجمهور.

### البند الثاني: النفقة كونها ديناً في ذمة الزوج

أعالج فيها مسألة الحماية المقررة لدين النفقة، ثم الطرق التي ينقضي بها هذا الدين

#### أولاً: حماية دين النفقة

يقرر الشريعة الإسلامية حماية لدين النفقة من خلال عدة أسس هي:

#### 1/ دين النفقة لا يقبل التقادم: يتحدد وجوب النفقة عند الفقهاء بالعقد الصحيح مع

الدخول أو الدعوة إليه لكنهم اختلفوا في صيرورتها ديناً في ذمة الزوج مع عدم الوفاء بها، فقال الحنفية<sup>2</sup> لا تصير النفقة ديناً بمجرد الامتناع بعد الوجوب وإنما تصير ديناً إذا حكم بها القاضي أو إذا تراضى عليها الزوجان، ولا يسأل الزوج عن النفقة الماضية التي لم يكن فيها قضاء أو تراض، وإذا صارت ديناً، فإنها لا تعد ديناً قوياً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء إلا إذا أمرها القاضي أو الزوج بالاستدانة وفعلت ذلك، وما عدا ذلك فهو دين ضعيف يسقط بنشوز الزوجة وموت أحد الزوجين والطلاق.

أما ما ذهب إليه الجمهور<sup>3</sup>، فإن النفقة دين قوي يتحقق بمجرد امتناع الزوج عن أدائها ولا

يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

<sup>1</sup> محمد عليش، منح الجليل، 431/3، الرملي، نهاية المحتاج، 375/6، ابن قدامة، الكافي في مذهب الإمام أحمد، 67/3

<sup>2</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 353/4، الزيعلي، تبيين الحقائق، 55/3.

<sup>3</sup> الدردير، الشرح الكبير، 517/2، ابن قدامة، المغني، 208/8، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 179/5



وسبب الخلاف أن الحنفية يرون أن النفقة تجري مجري الصلة، وإن كانت تشبه العوض وليست بعوض حقيقية<sup>1</sup>، بينما يراها الجمهور عوضاً لا وجه للتبرع فيها، فتصير ديناً بمجرد الامتناع<sup>2</sup>، وما ذهب إليه الجمهور أقرب للصواب، لما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية من الإلزام بالنفقة الزوجية، ولما جاء من الأثر أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه - كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا نفقة ما مضى<sup>3</sup>.

ومن الناحية القانونية فقد حكم المشرع المغربي بما جاء به الجمهور وفق أحكام المادة 195 من المدونة: "يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه ولا تسقط بمضي المدة" وهو نفس الحكم الذي وضعه المشرع التونسي<sup>4</sup>.

أما المشرع الجزائري، فأخذ موقفاً وسطاً بين الرأيين فحكم بسقوط النفقة الفاتئة لأكثر من سنة من وقت رفع الدعوى، فجاء في المادة 80 من قانون الأسرة: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى" وسبب اختيار المشرع الجزائري لهذا الاختيار هو دفع الزوجة لعدم المماطلة في المطالبة بالنفقة لمدة طويلة ثم المطالبة بها دفعة واحدة، فيكون ذلك مرهقاً للزوج<sup>5</sup>.

**2/ دين النفقة لا يقبل المقاصة:** إذا كان للزوج دين على زوجته فهل يصح أن يسقط ما عليه من دين النفقة بطريق المقاصة في مقابل ماله من دين عليها؟ ومن المعلوم أن الدينين المتساويين تقع المقاصة بينهما بطلب أحدهما ولولم يرض الطرف الآخر، وإذا لم يتساوى الدينان فلا يجاب لصاحب الدين الضعيف إلا إذا رضي الطرف الآخر.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 4/353

<sup>2</sup> ابن قدامة، المغني، 8/208

<sup>3</sup> البيهقي، السنن الكبرى، /772.

<sup>4</sup> الفصل 42 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "لا تسقط نفقة الزوجة بمضي المدة".

<sup>5</sup> الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، 1/148، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1/351.

وفي هذه المسألة رأى الأئمة الثلاثة<sup>1</sup> أن دين النفقة دين قوي لا يسقط إلا بالإبراء أو الأداء، فتصح المقاصة به لتساوي الدينين في القوة، غير أن فقهاء المذاهب الثلاثة<sup>2</sup> قرروا أن الزوجة إذا كانت فقيرة أو معسرة وطلب الزوج المقاصة فلا يجاب لطلبه، لأن قضاء الدين إنما يجب في الفضل من قوته، والزوجة المعسرة لم يفضل عندها شيء من قوتها، والله أمر بإنظار المعسر، وعدم الإضرار به.

أما الحنفية<sup>3</sup> فيرون أن دين النفقة في غير حال الاستدانة لا يكون ديناً قوياً لذلك قرروا أن المقاصة إذا كانت بطلب من الزوج وجبت لأن دينه قوي، أما الزوجة فلا يجاب لطلبها بالمقاصة إلا إذا رضي الزوج لأن دين النفقة أنقص من سائر الديون، أما إذا كان دين النفقة بأمر من القاضي أو برضى الزوج فيجوز المقاصة لأن الدينين من جنس واحد.

لا شك أن المقاصة وفق رأي الحنفية قد يكون فيها إلحاق الأذى بالمرأة إذا كانت معسرة لأن ما تأخذه تنفق منه، فليس من العدل أن تجري فيه المقاصة لتضررها إذ أن النفقة من ضروريات الحياة لذلك كان رأي الجمهور أولى بالإتباع، وهي مسألة أغفلها القانون الجزائري ونظمها القانون المغربي من خلال المادة 365 من قانون الالتزامات والعقود<sup>4</sup>.

**3/ النفقة الزوجية دين ممتاز:** يقصد بحق الامتياز كما عرفته المادة 982 من القانون المدني الجزائري: "الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته...." ولذلك فإن القول بأن النفقة دين ممتاز يعني أولويته وتقدمه على الديون الأخرى في الوفاء، وتظهر أهمية الامتياز

<sup>1</sup> الدردير، الشرح الكبير، 514/2، الصاوي، حاشية الصاوي، 740/2. ابن قدامة، المغني، 206/8، العمراني (أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني)، البيان في مذهب الشافعي، تح: قاسم محمد النوري، دار المناهج، جدة، 1421هـ/2000م، 227/11.

<sup>2</sup> الدردير، الشرح الكبير، 514/2، الصاوي، حاشية الصاوي، 740/2. ابن قدامة، المغني، 206/8.

<sup>3</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 192/4.

<sup>4</sup> المادة 365 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "لا تقع المقاصة:

- إذا كان سبب أحد الدينين نفقة أو غيرها من الحقوق التي لا يجوز الحجر عليها...".

عند تراحم دين النفقة مع سائر الديون الأخرى عند الوفاء أو التصفية فتأخذ نفقتها، وما تبقى يوزع على سائر الدائنين الآخرين.

يقرر الفقه الإسلامي أن النفقة لها أولوية على سائر الديون<sup>1</sup>، إن لم يفضل من قوته إلا نفقة شخص وله امرأة، فالنفقة الزوجية مقدمة على نفقة الأقارب<sup>2</sup>، لحديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلاهلك فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا"<sup>3</sup>، وهي معاوضة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ولا تسقط بمضي الزمان فلا تسقط في اليسر والعسر<sup>4</sup>.

وفي التشريعات الوضعية فإن النفقة تحظى بحماية من خلال اعتبارها دينا ممتازاً يقدم على سائر الديون، سواء كانت نفقة زوجية أو نفقة الأقارب، ومن ذلك المادة 993 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأخيرة: "يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار:

- النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه<sup>5</sup> عن الأشهر الستة الأخيرة"

والحكم نفسه نجده في الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، ثم جعل من النفقة الزوجية أولوية على نفقة الأقارب من خلال المادة 193 من مدونة الأسرة: "إذا كان الملتزم بالنفقة غير قادر على أدائها لكل من يلزمه القانون بالإففاق عليهم تقدم الزوجة ثم الأولاد الصغار ذكورا وإناثا ثم البنات ثم الذكور من أولاده ثم الأم ثم الأب"

وهو المنحى نفسه الذي اتجه إليه المشرع التونسي في الفصل 53 من مجلة الأحوال الشخصية: "إذا تعدد المستحقون للنفقة بقدر وسع المنفق عليه ولم يستطع المنفق القيام بالإففاق عليهم جميعاً قدمت الزوجة على الأولاد والأولاد الصغار على الأصول".

<sup>1</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 185/5، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار

<sup>2</sup> ابن قدامة، المغني، 221/8 .

<sup>3</sup> رواه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس، رقم ، 692.997/2 .

<sup>4</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 151/5، ابن قدامة، المغني، 221/8 .

<sup>5</sup> إذا نظرنا إلى النص الفرنسي فإنه استخدم عبارة: aux personnes de sa famille فتشمل النفقة الزوجية ونفقة الأقارب وهي أدق من العبارة المستعملة بالنص العربي لأن قصد المشرع هنا النفقة الزوجية ونفقة الأقارب.

وغاب هذا الحكم عن التشريع الجزائري ولم يتعرض له.

**4/ كفالة دين النفقة:** لا يجوز أخذ كفيل على النفقة قبل القضاء بها أو التراضي عليها في مذهب أبي حنيفة<sup>1</sup> لأن المكفول به يجب أن يكون ديناً صحيحاً، ولا تصير ديناً صحيحاً إلا بعد القضاء بها والتراضي عليها، أما النفقة المستقبلية كما لو قالت الزوجة إن زوجي يطيل الغيبة عني فخذ لي منه كفيلاً فعند أبو حنيفة لا يجبره القاضي على إعطاء كفيل لأن نفقة المستقبل غير واجبة في الحال، وقال أبو يوسف أستحسن أن آخذ لها منه كفيلاً بنفقة شهر وهو المستحسن في المذهب.<sup>2</sup>

أما مذهب الجمهور فبما أن النفقة دين صحيح فإنه يجوز أخذ كفيل عنها، وعند الحنابلة<sup>3</sup> يصح ضمان النفقة سواء تعلق الأمر بالنفقة الماضية أو المستقبلية، وقال الشافعية يصح ضمان النفقة الماضية أما النفقة المستقبلية ففيه قولان، ففي القديم يصح، وفي الجديد لا يصح.<sup>4</sup>

ومسألة كفالة النفقة من المواضيع التي غفل عنها القانون.

### ثانياً: انقضاء دين النفقة

هناك طرق متفق عليها لانقضاء دين النفقة وهي الوفاء والإبراء وطرق مختلف فيها وهي الموت والطلاق:

**1/ الانقضاء بالوفاء:** الأصل في انقضاء أي دين هو الوفاء من قبل المدين، والواقع أن استيفاء الزوجة نفقتها هي الطريقة المعتادة بين الناس، والطريقة المثلى لاستيفائها أن يلي الزوج نفقة زوجته دون أن يفرض القاضي عليه ذلك، بأن تأكل مع زوجها ويكسوها حسب المعتاد، وهي الملائمة واللائقة فكل زوجين جعل الله بينهما رابط مودة ومحبة<sup>5</sup>، وفي هذا السياق جاء في الشرح

<sup>1</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 204/4.

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 28/4، ابن نجيم، البحر الرائق، 204/4، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 582/3.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 208/8.

<sup>4</sup> النووي، روضة الطالبين، 245/4.

<sup>5</sup> عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، 206/7.

الكبير: "وسقطت نفقتها إن أكلت معه ولو كانت مقررة، والكسوة كالنفقة فإذا كساها معه فليس لها غيرها"<sup>1</sup>.

وجاء في رد المختار: "الزوج هو الذي يلي الإنفاق، إذا ظهر للقاضي مطله فحينئذ يفرض النفقة ويأمره ليعطيها لتنفق على نفسها"<sup>2</sup>.

وفي مغني المحتاج: ولو أكلت معه -أكلت الزوجة مع زوجها- على العادة، سقطت نفقتها في الأصح لجريان العادة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبعده من غير نزاع ولا إنكار"<sup>3</sup>.

هذا وللزوجة الامتناع عن الأكل مع الزوج والمطالبة بأن يفرض لها النفقة"<sup>4</sup>.

ويجوز الصلح على النفقة عند الحنفية<sup>5</sup> كالصلح على أي مبلغ مالي، وتجوز الزيادة فيها والنقصان، ويجوز للمرأة الرجوع في الصلح إذا كانت النفقة لا تكفيها فقد جاء في المبسوط: "إذا صالحت المرأة زوجها على نفقة لا تكفيها، فلها أن ترجع على ذلك وتطالب بالنفقة بالكفاية، لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً وفرضها دون الكفاية إسقاط منها لحقها دون الوجوب"<sup>6</sup>، وهو ما حكم به القانون، من خلال جواز مراجعة الحكم بالنفقة، كلما تغيرت الأسعار وأصبحت النفقة غير كافية، من خلال رفع الأمر أمام القاضي، ولا يجوز مراجعة تقديرها قبل سنة، بالنسبة للقانون الجزائري<sup>7</sup>، وهو نفس الحكم بالنسبة للقانون المغربي مع امكانية تعديلها في حال وجود ظرف استثنائي<sup>8</sup>.

**2/ الإبراء من النفقة: الأصل في الإبراء أنه يكون في كل دين ثابت في الذمة، ولا تصير**

النفقة ديناً في ذمة الزوج إلا إذا تم تقديرها من طرف القاضي أو تراضي عليها الزوجان في المذهب

<sup>1</sup> الدردير، الشرح الكبير، 2/ 514 .

<sup>2</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 3/ 580 .

<sup>3</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 5/ 155 .

<sup>4</sup> الدردير، الشرح الكبير، 2/ 514، النووي، روضة الطالبين، 9/ 53 .

<sup>5</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 3/ 583، السرخسي، المبسوط 5/ 185.

<sup>6</sup> السرخسي، المبسوط 5/ 185. ابن الهمام، فتح القدير، 4/ 394.

<sup>7</sup> المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>8</sup> المادة 78 من مدونة الأسرة المغربية.

الحنفي<sup>1</sup>، أما مذهب الجمهور فإن النفقة الزوجية تصير ديناً بمجرد الامتناع عن الانفاق بعد ثبوتها، لذلك فإن الإبراء من دين النفقة عند الحنيفة يجوز في النفقة المقدرة بالقضاء أو التراضي فقط، أما مذهب الجمهور فيصح الإبراء منها مطلقاً.

هذا ما تعلق بالإبراء من النفقة الماضية، أما الإبراء من النفقة المستقبلية فلا يصح اتفاقاً، لأن النفقة لم تجب بعد، إلا أن الحنفية<sup>2</sup> أجازوا الإبراء من نفقة مستقبلية في حالتين هما:

- الإبراء من نفقة مدتها بدأت بالفعل كنفقة شهر بدأ .
- الإبراء من نفقة العدة في مقابل خلع أو طلاق لأنه إبراء من نفقة في نظير عوض وهو ملك للزوجة نفسها.

ولم يضع قانون الأسرة الجزائرية نصاً يتعلق بالحكم في هذه المسألة على غرار مجلة الأحوال الشخصية التونسية ومدونة الأسرة المغربية، فيرجع فيها القضاة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

### 3/ الموت أو الطلاق: على خلاف رأي الجمهور الذي يرى أن دين النفقة دين قوي لا

يسقط إلا بالوفاء أو الإبراء، يرى الحنفية أن النفقة دين ضعيف لأنها من باب الصلة وقد سماها الله سبحانه وتعالى رزقاً والرزق اسم للمعونة كرزق القاضي والعامل في بيت المال لا يملك إلا بالقبض<sup>3</sup>، ولا تصير ديناً قوياً إلا بالقضاء والتراضي، فإن لم يكن ذلك فإنها تسقط بالإبراء والوفاء وكذلك بالموت والطلاق.

فإذا مات أحد الزوجين فلا خلاف في المذهب الحنفي<sup>4</sup> في أن النفقة الماضية المتجمدة تسقط بالموت، وكذلك إذا عجل لها النفقة ثم مات قبل مضي وقتها، فليس لورثته أن يرجعوا عليها بالباقي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، سواء كانت قائمة أو مستهلكة، وكذلك لو ماتت هي لم يرجع الزوج في تركتها، وقال محمد لهم الرجوع إن كان قائماً ولا يرجعون إن كان هالكاً.

<sup>1</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 203/4، الكاساني، بدائع الصنائع، 29/4.

<sup>2</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 203/4، الكاساني، بدائع الصنائع، 29/4، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 819/7.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 225.

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 29/4، ابن الهمام، فتح القدير، 394/4.

وإذا طلق الرجل زوجته ولم تكن نفقتها مفروضة بالقضاء أو التراضي فإن كانت متجمدة ولم تقبضها فإن سقوطها محل خلاف عند فقهاء الحنفية<sup>1</sup>، فذهب بعضهم إلى سقوطها بالطلاق، وذهب البعض الآخر إلى عدم سقوطها، والأصح عند ابن عابدين هو عدم السقوط بما جاء في حاشيته: "والأصح عدم السقوط ولو كان الطلاق بائناً ولثلاً يتخذ حيلة لسقوط حقوق النساء"<sup>2</sup>. والراجح في كل هذا سواء تعلق الأمر بالملوت أو الطلاق، ما ذهب إليه الجمهور في عدم سقوط دين النفقة، لأنها عوض كما أسلفنا الذكر، فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

<sup>1</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 585/3، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 595/3.

<sup>2</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 595/3.

## خلاصة الفصل:

يقوم النظام المالي للزوجين في الفقه الإسلامي والتشريعات المستمدة منه على مبدأ يترجم خاصية الانفصال من زاويتين:

الزاوية الأولى تتعلق بالعلاقات المالية المصاحبة للعلاقة الزوجية، سواء كانت هذه العلاقات ناشئة باعتبارها شرطاً في نشوء عقد الزوج كما هو الشأن بالنسبة للمهر، أو كانت أثراً مترتباً على العقد، ويتعلق الأمر في هذه الحالة بالنفقة الزوجية، أو تعلق الأمر بإنهاء العلاقة الزوجية، ويتجلى ذلك في المتعة الزوجية ونفقة العدة، فالملاحظ في كل هذه التكاليف المالية أنها تقوم على الانفصال المالي بين الزوجين، من خلال تحميل أحد الطرفين لكل هذه الالتزامات، وإعفاء الطرف الآخر من أي التزام، ولو على سبيل المشاركة والمساهمة في تحمل هذه الأعباء، لذلك فإن ما يميز العلاقات المالية بين الزوجين الناشئة بمناسبة، إلزام الزوج وحده بهذه الأعباء، وإعفاء الزوجة منها، بل إنها تشكل حقوقاً بالنسبة لها.

وهذا لا يعني أبداً إخلال بالمساواة بين الزوجين، بل هو روح المساواة القائم على العدالة، لأن إلزام الزوج بهذه الأعباء له مقابل، فتشريع المهر جعل في مقابل عقد الزواج والدخول، فإذا حدث الطلاق بعد الدخول استحققت الزوجة المهر كله وإذا حدث قبله استحققت نصفه، والهدف من تشريعه إظهار خطورة العقد ومكانته وإعزاز المرأة وإكرامها، وجعلت النفقة الزوجية في مقابل حق الاحتباس، فإذا نشزت الزوجة سقطت النفقة، أما المتعة فيراد من تشريعها جبر خاطر المرأة وتنزيهها لأن الطلاق بيد الزوج، وبخصوص نفقة العدة فشرعت لأن بعضاً من أحكام الزواج لم تنقض، فاستحققت الزوجة النفقة.

أما الزاوية الثانية فهي متعلقة بأهلية التصرف في الأموال ومدى سلطة الزوج على أموال الزوج الآخر أو إشراكه في اتخاذ القرار بشأن هذه الأموال، وكذلك إشراكهم في تحمل الالتزامات خاصة ما تعلق بتسديد الديون، حيث يتجسد الانفصال المالي بين الزوجين من خلال تحقق الاستقلال في ممارسة هذه السلطات.



ونسجل هنا من خلال هذه الدراسة قيام العلاقات المالية للزوجين على استقلال كل زوج بأمواله عن أموال الزوج الآخر، ولكل واحد منهما سلطته المستقلة على أمواله التي تتيح له إبرام جميع التصرفات بحرية تامة، وهذا ما عليه الفقه والقانون، لا يستثنى من ذلك إلا ما قال به فقهاء المالكية فيما تعلق بحق الزوجة في التبرع من مالها الذي يشترط فيه موافقة الزوج إذا تجاوز الثلث، وحقها في التصرف في صداقها الذي يجب أن يوجه للجهاز حسب العرف والعادة.

يرافق استقلالية التصرف في الأموال استقلالية في حق السعي أو الكسب، إلا أن خروج الزوجة للعمل يجب أن يكون بموافقة الزوج لمناقضته حقه في الاحتباس، لذلك فإنه حتى تحتفظ المرأة بعملها بعد الزواج يجب أن يكون مشروطاً في العقد اعتماداً على رأي الفقه الحنبلي الذي رجحه القانون في هذه المسألة.

وبما أن هناك استقلال وانفصال في الممتلكات، فمن الطبيعي أن يكون اختلاط لهذه الأموال والممتلكات، ويكون هناك نزاع حول ملكيتها لذلك اجتهد الفقهاء لإيجاد أحكام تضبط هذا النزاع، وقد اختلف الفقهاء فيها على آراء عديدة، بشكل يعكس تشعب هذه المسألة وصعوبة البت فيها، خاصة في ظل غياب نص شرعي واضح يفصل في المسألة.

ويمثل استقلال الزوجين بديونهما حجر الزاوية في الانفصال، والذي يجعل من الذمة المالية لكل زوج هي الضامن الوحيد لديونه بشكل يخالف بوضوح نظام الاشتراك المالي الذي يعتمد على توسيع نطاق الذمة المالية لتكون تضامنية بينهما، لتتيح للدائن في بعض الأحيان أن يطالب بدينه من ذمة الاشتراك وذمة الزوجين معاً.

## الفصل الثاني: إعمال الاشتراك المالي بين الزوجين

## الفصل الثاني: إعمال الاشتراك المالي بين الزوجين

إذا كان الأصل في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية العربية، اعتماد مبدأ الاستقلال المال للزوجين، الذي تم بيانه في الفصل الأول من هذا البحث، فإن الواقع أوجد بعض التداخل والتشارك بين أموال الزوجين، سواء تعلق الأمر بتحمل الالتزامات والأعباء المالية أو بالمساهمة في تنمية الأملاك الأسرية، مما أدى إلى المطالبة بإعادة النظر في النظام المالي للزوجين، حتى يتكيف مع الظروف والمعطيات الجديدة، التي تطبع الحياة الزوجية، ولما لا الاستعانة بالنظم الغربية التي تركز فكرة الشراكة المالية بين الزوجين، خاصة القانون الفرنسي الرائد في هذا المجال، مما دفع بعض الدول العربية إلى تبني مثل هذه الأطروحات.

وعليه ينبغي علينا أن نفصل في هذا التداخل والتشارك، كواقع جديد، ثم أحكام الاشتراك لدى هذه الدول ومقارنته بالقانون الفرنسي في مبحثين:

المبحث الأول: الاشتراك المالي بين الزوجين باعتباره واقعاً معاشاً

المبحث الثاني: الاشتراك المالي بين الزوجين باعتباره نظاماً قائماً

### المبحث الأول: الاشتراك المالي بين الزوجين باعتباره واقعاً معاشاً

أبرز التطور الحاصل في المجتمعات الإسلامية والعربية، نوازل وأوضاع جديدة على مستوى الواقع الأسري المعاش، خاصة ما تعلق بظاهرة عمل المرأة، وما صاحبها من تغير في الدور المنوط بها داخل الأسرة، انعكس على العلاقات المالية بين الزوجين، من خلال مساهمة الزوجة في الإنفاق الأسري تارة، وتنمية أموال الأسرة تارة أخرى، فجعل الاشتراك المالي بين الزوجين واقعاً معاشاً لدى هذه الأسر، وهو ما سنتعرض له في هذين المطلبين:

المطلب الأول: الاشتراك من خلال تحمل الإنفاق والأعباء العامة.

المطلب الثاني: الاشتراك من خلال المساهمة في الممتلكات.

**المطلب الأول: الاشتراك من حيث تحمل الإنفاق والأعباء العامة.**

تقوم النفقة الزوجية على مبدأ تحمل الزوج لها، إلا أنه من الناحية الواقعية نجد أن الزوجة تساهم في بعض الأحيان في هذه النفقة، وما دام التشريع وضع لمعالجة الواقع، فإنه ينبغي علينا دراسة مساهمة الزوجة واشتراكها في الإنفاق من الناحية الشرعية، وموقف القانون منها مع التركيز على النوازل الجديدة التي أصبحت تطرق باب المجتمع، وهو ما ندرسه في الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول: مساهمة الزوجة الموسرة في النفقة.**

**الفرع الثاني: مساهمة الزوجة العاملة في النفقة**

**الفرع الأول: مساهمة الزوجة الموسرة في النفقة**

الحديث عن مساهمة الزوجة في النفقة يجرنا إلى الحديث أولاً على أساس إلزام الزوج بالنفقة، ثم دراسة الحالات التي أثرت فيها مسألة مشاركة الزوجة في النفقة بغض النظر عن النوازل الجديدة، والتي تظهر في صورة تحملها للنفقة الزوجية بالإنفاق على نفسها وعلى زوجها عند عسره وعجزه، وكذلك مشاركتها في النفقة على الأولاد لنفس السبب وهو ما سندرسه فيما يأتي:

**البند الأول: أساس إلزام الزوج بالنفقة**

إذا كان الاتفاق منعقد بين الفقهاء على إلزام الزوج بنفقة زوجته، وفق ما دل عليه الشرع، فإن سبب النفقة كان محل خلاف وانقسموا إلى ثلاثة آراء فقهية، أناقشها فيما يلي:

### أولاً: الاحتباس أساس إلزام الزوج بالنفقة

وهو رأي تبناه فقهاء المذهب الحنفي<sup>1</sup>، وفي ذلك يقول الإمام السرخسي<sup>2</sup>: "ولأنها محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له، فيستوجب كفايتها عليه في ماله كالعامل على الصدقات لَمَّا فَرَّغَ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته في مالهم، والقاضي لَمَّا فَرَّغَ نفسه لعمله للمسلمين استوجب الكفاية في مالهم"<sup>3</sup>، فكل من كان محبوساً لخدمة شخص ما كانت نفقته واجبة على هذا الشخص، وكذلك الزوجة فإنها استحققت الحبس الثابت بالنكاح للزوج وتعينت لخدمته، فكان واجباً عليه القيام بنفقتها.

ويقول صاحب البدائع في تبريره لمشروعية النفقة: "المرأة محبوسة بحبس النكاح حقاً للزوج ممنوعة من الاكتساب لحقه فكان نفع حبسها عائداً إليه، فكانت كفايتها عليه... فلو لم تكن كفايتها عليه لهلكت، ولهذا جعل للقاضي رزق في بيت مال المسلمين لحقهم، لأنه محبوس لجهتهم ممنوع من الكسب فجعلت نفقته من مالهم وهو بيت المال..."<sup>4</sup>

ويتحقق الاحتباس بالتسليم، وبه تجب النفقة، فإن انتفى الاحتباس لغير عذر شرعي، فإن النفقة لا تجب للزوجة على زوجها، كما هو الحال في حال نشوزها أو خروجها بغير إذنه، وإن حبست لدين فلا نفقة لها، لأن فوات الاحتباس كان سببها، أما إذا انتفى الاحتباس لعذر شرعي فإن النفقة لا تسقط، كما لو امتنعت عن الدخول لعدم تسليم المهر.

<sup>1</sup> الكاساني: بدائع الصنائع، 16/4، السرخسي، المبسوط، 181/5، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 572/3

<sup>2</sup> السرخسي هو: محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي شمس الأئمة صاحب كتاب المبسوط الذي يحوي خمسة عشر مجلداً وهو في السجن محبوساً بسبب كلمة كان فيها من الناصحين مات في حدود التسعين وأربع مائة. (عبد القادر بن محمد القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 28/2-29).

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 181/5

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 16/4

## ثانياً: التمكين التام أساس إلزام الزوج بالنفقة

وهو ما ذهب إليه جمهور المالكية والشافعية والحنابلة، وفحوى هذا الرأي أن النفقة الزوجية تصبح واجبة على الزوج إذا سلمت الزوجة نفسها لزوجها، ومكنته من نفسها تمكيناً تاماً للاستمتاع بها.

وفي ذلك قرر المالكية<sup>1</sup> أن وقت وجوب النفقة يكون بالدخول بأن تمكن الزوجة زوجها من نفسها، وتحقق التخلية التامة بينها وبينه قصد الاستمتاع بها، فلا نفقة لغير المطيقة، وغير المدخول بها أو إذا كان الزوج غير بالغ، وعلى هذا الأساس فإن النفقة تجب بشروط التمكين وبلوغ الزوج وإطاعة المرأة.

ولا يختلف موقف الشافعية<sup>2</sup> على ما ذهب إليه المالكية، إذ جاء في مغني المحتاج: "تجب النفقة وتوابعها للتمكين التام، لأنها سلمت ما ملك عليها، فتستحق ما يقابله من أجره"<sup>3</sup>.

وقال الحنابلة<sup>4</sup> إن النفقة تجب للزوجة الكبيرة التي يمكن وطؤها على أن تبذل التمكين التام لزوجها، أما إن منعت نفسها أو منعها أولياؤها أو تساكتا بعد العقد، فلم تبذل ولم يطلب، فلا نفقة لها وإن أقاما زمناً، وبذل التمكين التام يناقض أن تسلم نفسها في مكان دون آخر أو بلد دون آخر.

وبناءً على ما سبق، فإن الزوجة الناشز التي تأتي تسليم نفسها لزوجها وتمكينه منها تسقط نفقتها، لأن النفقة تجب بالتسليم والتمكين فإذا انتفى التمكين انتفى الوجوب.

<sup>1</sup> القرافي، الذخيرة، 485/4، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 508/2، النفراوي، الفواكه الدواني، 68/2.

<sup>2</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 165/5، البحريني، حاشية البحريني، 87/4.

<sup>3</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 165/5.

<sup>4</sup> ابن قدامة، الكافي، 227/3، ابن قدامة، المغني، 228/8، البهوتي، كشاف القناع، 473/5.

### ثالثاً: العقد أساس وجوب النفقة

إلى هذا الرأي ذهب الشافعي في مذهبه القديم<sup>1</sup>، وأصحاب المذهب الظاهري<sup>2</sup>، وفيه أن سبب وجوب النفقة هو العقد، فإذا أبرم العقد بين الزوجين وجبت النفقة على الزوج، سواء دخل بها أو لم يدخل بها، مكنته من نفسها أو لم تمكنه، مطيقة للوطء أو غير مطيقة، لأن النفقة واجبة بمجرد إبرام العقد، وفي ذلك يقول ابن حزم: "ينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها دعي إلى البناء أو لم يدع- ولو أنها في المهدي-، ناشراً كانت أو غير ناشر، غنية كانت أو فقيرة"<sup>3</sup>.

ورد على القائلين بوجوب النفقة بالاحتباس أو التمكين بعدم وجود دليل على ذلك، وفي هذا الإطار يقول: "وقال قوم لا نفقة للمرأة إلا حيث تدعى إلى البناء بها، وهذا قول لم يأت به قرآن ولا سنة، ولا قول صاحب، ولا قياس، ولا رأي له وجه، ولا شك في أن الله عز وجل لو أراد استثناء الصغيرة والناشر، لما أغفل ذلك حتى يبينه له غيره، حاش لله من ذلك"<sup>4</sup>.

ومن خلال التثبت في آراء الفقهاء وما ينجر عليها من أحكام، والموازنة بينها أجد أن ما ذهب إليه الظاهرية بعيد عن المنطق والواقع، إذ كيف يمكن قبول القول بوجوب النفقة على الناشر، وقد خرجت عن طاعة زوجها، فكل حق يقابله واجب، فإذا لم تقم الزوجة بما هو واجب عليها نحو زوجها بتسليم نفسها لزوجها ودخولها في طاعته لم يكن لها حق النفقة<sup>5</sup>، قال تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 228]، ولا أدل من ذلك عمل الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم في هذا الشأن، إذ تزوج عائشة ولم ينفق عليها إلا بعد الدخول، ولو كان حقاً لها لساقه إليها.

<sup>1</sup> الغزالي، الوسيط في المذهب، 214/6.

<sup>2</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 249/9.

<sup>3</sup> المصدر نفسه، 249/9.

<sup>4</sup> المصدر نفسه، 249/9.

<sup>5</sup> حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة -دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1424هـ/2004م، ص 24.



أما ما ذهب إليه الحنفية والجمهور فنلاحظ أن الخلاف بين الرأيين يسير، وما يترتب عليهما من أثر متقارب بينهما إلى حد بعيد، لأن ما عده الجمهور سبباً في وجوب النفقة من التسليم والتمكين هو في حد ذاته شرط من شروط الاحتباس عند الحنفية، لذلك نجد توافقاً كبيراً في الآثار المترتبة لكلا الرأيين، فالمرأة إذا فوتت على زوجها حق الاحتباس أو لم تتمكن من نفسها فلا نفقة لها عند كلا المذهبين، كما لا تجب النفقة لغير المطيقة، والناشر وغير المدخول بها، إلا أنه يؤخذ على مذهب الحنفية ما يأتي:

1- قياسهم حق الاحتباس على عقد العمل أو الصدقات أو القضاء غير سديد، لأن العامل استحق أجراً مقابل العمل، خلافاً للزوجة فإن النفقة لا تعد أجراً في مقابل الاحتباس، كما لا يمكن تسميتها أجراً، وشتان بين الأجر والنفقة<sup>1</sup>.

2- إن احتجاج الحنفية بسقامة قول الجمهور، حين جعلوا العوض في مقابل عوضين من خلال جعل النفقة ثمناً للتسليم تشبيهاً لها بعقد البيع، لأنه قابل بعوض وهو المهر<sup>2</sup> لأن المهر جعل في مقابل العقد وهو مدفوع على أنه نحلة- أي هبة بلا عوض-، أما النفقة فهي مقابل التمكين<sup>3</sup>.

### البند الثاني: مساهمة الزوجة في النفقة الزوجية

أعالج تحت هذا العنوان مدى إلزام الزوجة بالنفقة الزوجية، خاصة إذا عجز الزوج عن النفقة من الناحية الفقهية والقانونية.

<sup>1</sup> قطب مصطفى سانو، نفقة الزوجة ومرتبها وعملها، رؤية منهجية، بحث مقدم لجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 16، أبريل 2005، ص 09.

<sup>2</sup> الكاساني: بدائع الصنائع، 16/4.

<sup>3</sup> الغزالي، الوسيط في المذهب، 214/6.

أولاً: مساهمة الزوجة الموسرة في النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية

انقسمت آراء الفقهاء حول مدى إلزام الزوجة بالنفقة في حالة عجز الزوج عنها على رأيين، الرأي الأول وهو ما ذهب إليه الجمهور، أما الثاني فهو ما ذهب إليه المالكية وابن حزم الظاهري، مع فارق في نظرة كل واحد منها.

1/ الرأي الأول: وهو رأي الحنفية والشافعية والحنابلة، وفيه أن النفقة واجبة على الزوج وحده ولا تلزم الزوجة بها، إلا أنهم اختلفوا في التفاصيل على مذهبين.

أ/ مذهب الحنفية: يرى فقهاء المذهب الحنفي<sup>1</sup> أنه إذا عجز الزوج عن النفقة، فللزوجة أن ترفع أمرها للقاضي ليفرض لها نفقة، ويأذن لها بالاستدانة عليه، ممن تجب نفقتها عليهم، عند عدم الزواج، وليس لها طلب التفريق، فإذا أيسر الزوج رجوع الدائن عليه وطالبه بالدين، أما إذا استدان الزوج دون إذن القاضي فإن الدائن يرجع عليها، وهي ترجع على الزوج بما استدانته، وفي كل ذلك فإن الزوجة غير ملزمة بالإفناق على نفسها أو على زوجها، خلال عجز الزوج عن النفقة بل تبقى ديناً في ذمته، يطالب به عند يساره.

واستدل الأحناف فيما ذهبوا إليه بالأدلة الشرعية الآتية:

1- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ

اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿٥٧﴾ [الطلاق: 07]، وقوله

أيضاً: ﴿وَإِن كَانَتْ ذُو عُسْرٍ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴿٢٨٠﴾ [البقرة: 280].

ووجه الاستدلال من الآيتين أن غاية النفقة أن يكون ديناً في الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالإنظار بالنص<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 391/4، السرخسي، المبسوط، 191/5، الزيعلي، تبيين الحقائق، 54/3، الكاساني، بدائع الصنائع، 209/4.

<sup>2</sup> الحصص، أحكام القرآن، 619/3، ابن الهمام، فتح القدير، 391/4، السرخسي، المبسوط، 191/5، الزيعلي، تبيين الحقائق، 54/3.

2- من المعقول: إنه لو قلنا بالفسخ وفي الفسخ إبطال حقه بالكلية، وفي الإنظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها ديناً عليه، فكان التأخير دون سقوط النفقة أهون من التفريق وإبطال ملك الزوج<sup>1</sup>.

ب/ مذهب الشافعية والحنابلة: يرى فقهاء الشافعية والحنابلة<sup>2</sup>، أنه إذا أعسر الزوج وعجز عن النفقة ولم تصبر الزوجة، فلها أن ترفع أمرها للقاضي فيحكم بالتفريق بينهما، ولها أن تصبر وتنفق من مالها أو تستدين خلال هذه الفترة، ولها أن ترجع عليه عند يساره.

وفي هذا المقام يقول صاحب مغني المحتاج: "إذا عجز الزوج عن نفقة زوجته ولم تصبر، فلها فسخ الزواج بعد أن ترفع الأمر إلى القاضي... أما إن صبرت وأنفقت على نفسها، أصبحت النفقة ديناً في ذمة زوجها تأخذه متى أيسر..."<sup>3</sup>

وفي الإنصاف: "وإن أعسر الزوج نفقتها أو بيعتها، أو الكسوة، خيرت بين فسخ النكاح والمقام، وتكون النفقة ديناً في ذمته"<sup>4</sup>.

وما استدل عليه الشافعية والحنابلة في هذا الشأن هو:

1- من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة:

229]، وقوله: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: 231].

ووجه الاستدلال من الآية الأولى أن الله أمر الأزواج بإمساك زوجاتهم بالمعروف فإن تعذر ذلك فعليه الطلاق بإحسان، والمعروف يقتضي أن ينفق الزوج على زوجته فإن عسر وتعذر

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 391/4، السرخسي، المبسوط، 191/5، الزيعلي، تبين الحقائق، 54/3

<sup>2</sup> الشافعي، الأم، 114/5، الماوردي، الحاوي الكبير، 455/11، البجيرمي، حاشية البجيرمي، 100/4، عبد الرحمان بن قدامة،

الشرح الكبير، 235/3، ابن قدامة، المغني، 204/8، البهوتي، كشف الصناعات، 476/5.

<sup>3</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 176/5

<sup>4</sup> المرادوي، الإنصاف، 383/9.

عليه ذلك، فيجب عليه تسريحها بإحسان، يقول القرطبي<sup>1</sup>: "الإمسك بالمعروف هو القيام بما يجب لها من حق على زوجها، ولذلك قال جماعة من العلماء إن من الإمسك بالمعروف أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف، فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق عند من يقدر على نفقتها، والجوع لا صبر عليه"<sup>2</sup>.  
 ووجه الاستدلال من الآية الثانية أن الله منع الأزواج عن إمسك زوجاتهم للإضرار بهن، والمعسر حينما يمسك زوجته دون أن ينفق عليها ودون أن يطلق، هو ضار بزوجه معتد عليها<sup>3</sup>.

2- من السنة: عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى، وأبدأ بمن تعول" قال: من أعول يا رسول الله، قال: "امراتك تقول أطعمني وإلا فارقني، وخادمك يقول أطعمني واستعملني، وولدك يقول إلى من تتركني؟"<sup>4</sup>

فدل على حق الزوجة أن تطلب الطلاق في حال الإعسار وعدم الانفاق<sup>5</sup>.  
 ويرد على هذا الحديث أن قوله: "امراتك تقول أطعمني وإلا فارقني..." من قول أبي هريرة بدليل ما ورد في صحيح البخاري قوله صلى الله عليه وسلم عن أبي هريرة "أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى وأبدأ بمن تعول" قالوا يا أبي هريرة: هذا من رسول

<sup>1</sup> أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي العالم الإمام الجليل الفاضل الفقيه المفسر المحصل المحدث المتفنن الكامل له تفسير كبير في اثني عشر مجلداً وهو من أجل التفاسير وأعظمها نفعا توفي في شوال سنة 671 هـ/1272م (ابن مخلوف، شجرة النور الزكية، 282/1).

<sup>2</sup> القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 155/3.

<sup>3</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 455/11، عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة في مقارنة في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية-، دار الفكر، ط2، دت، 836/2.

<sup>4</sup> الدارقطني، سنن الدارقطني، باب المهر، رقم 3780، 452/4.

<sup>5</sup> ابن حجر، فتح الباري، 501/9.

الله صلى الله عليه وسلم قال: هذا من كيس أبي هريرة<sup>1</sup>، فبطل الاستدلال بالحديث، لأن أبا هريرة حكى قول المرأة ولم يقل هذا هو الواجب في الحكم<sup>2</sup>.

**3- من الآثار:** أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا<sup>3</sup>.

وما روي عن سعيد بن أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، أيفرق بينهما؟ قال: نعم، قلت سنّة؟ قال: سنّة، وهو ما يعني حق المرأة في الطلاق عند العجز بالنفقة<sup>4</sup>.

واعترض على ذلك بأن حديث عمر لا حجة فيه، لأنه لم يخاطب إلا الأغنياء القادرين على النفقة، وليس في خبر عمر ذكر حكم المعسر، بل قد صح عنه إسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر بها الزوج<sup>5</sup>.

أما عن حديث سعيد بن المسيب فقد صح عنه قولان، أحدهما يجبر على مفارقتها والآخر يفرق بينهما، وهما مختلفان فأيهما السنة، ولم يقل سعيد بن المسيب أنها سنة رسول الله، وإن قالها لكان مرسلًا لا حجة فيه<sup>6</sup>.

**4- من القياس:** إنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطاء والضرر فيه أقل، لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة، فلأن يثبت عن العجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> البخاري في صحيحه، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، رقم 5355، 63/7.

<sup>2</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 257/9، ابن الهمام، فتح القدير، 392/4.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 204 /8.

<sup>4</sup> سعيد بن منصور(أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الحوزجاني)، سنن سعيد بن منصور، باب ما جاء في الرجل لا يجد ما ينفق، رقم 2022، تح: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، ط1، 1403هـ/1982م، 82/2.

<sup>5</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 257/9.

<sup>6</sup> المصدر نفسه، 258/9.

<sup>7</sup> ابن قدامة، المغني، 204 /8.

واعترض على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق، إذ أن العجز عن الوطاء مرض دائم لا يرجى زواله غالباً، وأن الإعسار أمر مؤقت لأن المال غاد ورائح، فلا يجوز قياس أمر عارض على أمر غير قابل للشفاء والزوال<sup>1</sup>.

**2/ الرأي الثاني:** وهو رأي يتقاسمه المالكية<sup>2</sup> وابن حزم الظاهري<sup>3</sup>، يقضي بسقوط النفقة عن الزوج في حالة عجزه عن النفقة مع فارق في التفاصيل فيما يخص مدى إلزام الزوجة الموسرة بالنفقة.

فعند المالكية فإن النفقة الزوجية تعتبر ساقطة على الزوج خلال فترة إعساره، فإن أنفقت الزوجة على نفسها أو استدانته خلال هذه الفترة، تكون متحملة للنفقة وليس لها أن ترجع بذلك على زوجها، لأنها في حكم المتبرع، وقد جاء في حاشية الدسوقي: "إذا سقطت النفقة على الزوج للإعسار، فأنفقت على نفسها شيئاً في زمن الإعسار، فإنها لا ترجع عليه بشيء من ذلك سواء كان الزوج في زمن إنفاقها حاضراً أو غائباً، لأنها متبرعة في تلك الحالة"<sup>4</sup>، والمراد بالسقوط هنا هو عدم اللزوم لانتفاء تكليفه بالعسر<sup>5</sup>.

وفي فقه ابن حزم: إذا عجز الزوج عن النفقة وكانت الزوجة موسرة كُلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أيسر، فجاء في المحلى: "فإن عجز عن نفقة نفسه وامراته غنية كلفت النفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر، إلا أن يكون عبداً فتكون نفقته على سيده لا على امرأته"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ابن الهمام، فتح القدير، 391/4، عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، 838/2.

<sup>2</sup> العدوي، حاشية العدوي، 136/2، مالك، المدونة، 184/2، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 517/2، الخرشي، شرح مختصر خليل، 195/4.

<sup>3</sup> ابن حزم، المحلى بالأثار، 254/9.

<sup>4</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، 517/2.

<sup>5</sup> الخرشي، شرح مختصر خليل، 195/4.

<sup>6</sup> ابن حزم، المحلى بالأثار، 254/9.

ويتفق ما ذهب إليه المالكية مع ما ذهب إليه الظاهرية من حيث سقوط النفقة على الزوج خلال فترة إعساره، إذ لا يجوز مطالبته عند إعساره كما هو الحال في بقية المذاهب، ويفترقان في ثلاث نقاط أساسية هما:

- 1- إن الظاهرية يجعلون المرأة ملزمة بالإنفاق على نفسها وعلى زوجها في حال إعساره، بينما يرى المالكية أن لها أن تتحمل نفقتها وحدها دون نفقة زوجها.
- 2- إن الظاهرية يرون أن إنفاق المرأة من قبيل الإلزام والواجب، وعند المالكية هي من قبيل التبرع.
- 3- ما دام إنفاق المرأة عند الظاهرية من قبيل الإلزام، فليس لها أن تطلب الطلاق لإعسار الزوج بالنفقة، أما عند المالكية فإنه يجوز للزوجة طلب التفريق لعدم الإنفاق، لذلك فإن استدلالهم على صحة موقفهم يقوم على الأدلة التي قدمها الشافعية والحنبلة فيما تعلق بحق الزوجة في طلب التفريق.

أما ما ذهب إليه الظاهرية فقد اعتمد على الأدلة الآتية:

- 1- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: 233].

وجه الاستدلال في هذه الآية أن الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن<sup>1</sup>.

وتكفل ابن القيم بالرد على استدلال ابن حزم بقوله: "عجباً لأبي محمد لو تأمل سياق الآية

لتبين له خلاف ما فهمه، فإن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ

وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، وهذا ضمير الزوجات بلا شك، ثم قال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ

ذَلِكَ﴾ فجعل سبحانه على وارث المولود له، أو وارث الولد من رزق الوالدات وكسوتهن

<sup>1</sup> المصدر السابق، 254/9.

بالمعروف مثل ما عدا المورث فأين في الآية نفقة على غير الزوجات؟ حتى يحمل عمومها على ما ذهب إليه<sup>1</sup>.

2- من السنة النبوية: عن جابر بن عبد الله قال: " دخل أبو بكر وعمر على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجداه جالساً حوله نساؤه، واجماً ساكناً، فقال أبو بكر: يا رسول الله لو رأيت بنت خارجه<sup>2</sup> سألتني النفقة فقلت إليها فوجأت عنقها، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: " هن حولي كما ترى يسألني النفقة"، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، وكلاهما يقول: تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده؟ فقلن والله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً أبداً ليس عنده، ثم اعتزلهن عليه الصلاة والسلام - شهراً أو تسعاً وعشرين يوماً<sup>3</sup>.

وجه الاستدلال من هذا الحديث لما في قيام أبي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما بضرهما لابنتهما إذ سألن النبي صلى الله عليه وسلم نفقة لا يجدها، وإذ ضرب أبو بكر امرأته إذ سألته نفقة لا يجدها، ومن المحال المتيقن أن يضربا طالبة حق<sup>4</sup>.

ومن خلال ما تم عرضه من آراء الفقهاء حول مساهمة الزوجة في النفقة الزوجية، والتمعن في أدلتها، نجد أن الأدلة التي ساقها الفقهاء واعتمدوا عليها ليست حاسمة، وأن هذه المسألة هي مسألة اجتهادية ليس فيها نص قطعي يمكن الركون إليه، وعليه فإن الترجيح هنا يكون بالاستعانة بالأصول العامة للشريعة الإسلامية ومقاصدها، والتي من مقتضاها دفع الضرر وإزالته، وفق نظرة الميسرة، فالمدين العاجز عن الأداء يجهل ولا يسقط عنه الدين، لذلك فإن ما ذهب إليه فقهاء الشافعية والحنابلة أكثر إقناعاً وأقرب للصواب، إلا أنه من المستحسن أن تقف الزوجة إلى جانب زوجها،

<sup>1</sup> ابن القيم، زاد المعاد، 462/5.

<sup>2</sup> بنت خارجه: هي حبيبة بنت خارجه بن زيد، أو بنت زيد بن خارجه الخزرجية، زوج أبي بكر الصديق، ووالدة أم كلثوم ابنته التي مات أبو بكر وهي حامل بها، فقال قبل وفاته بطن بنت خارجه ما أظنها إلا أنثى، فكان كذلك (ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، 80/8).

<sup>3</sup> رواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب بيان أن تحيير امرأته لا يكون طلاق إلا بالنسبة رقم: 14478، 1104/2.

<sup>4</sup> ابن حزم، المحلى بالأثر، 254/9.



وتسانده خاصة في أوقات الشدائد، كما هو الحال في حالة عجزه وفاقته، فتؤازره بما لها ما استطاعت، لتعزيز روح التكافل والتعاون بين الزوجين، وبه تنال أجر النفقة وأجر القرابة، وهذا لا يمنعها من حقها من طلب التفريق إذا لم تستطع الصبر على الوضع الذي تعيشه مع زوجها، لأن الصبر على ضنك العيش يختلف درجته من شخص لآخر.

### ثانيا: مساهمة الزوجة في النفقة الزوجية في القانون

من خلال رصد النصوص التي نظمت مسألة النفقة الزوجية في النظم القانونية العربية، نجد أنها لا تُحمّل الزوجة مسؤولية النفقة سواء كان الزوج موسراً ومعسراً، باستثناء المشرع التونسي الذي شدّ عن هذه القاعدة، وفيما يلي أتعرض لهذين الاتجاهين:

**1/ الاتجاه القائم على عدم الزام الزوجة بالنفقة:** وهو الاتجاه الذي سارت عليه معظم التشريعات العربية، ومن ذلك ما جاء في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة.." ولم يخصص المشرع مادة أو فقرة تتعلق بمساهمة الزوجة في النفقة، ولو كان خلال فترة عجز الزوج عن النفقة باستثناء ما تعلق بحق الزوجة في طلب التطبيق بعد صدور حكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج حسب نص المادة 1/53 على الرغم من أن المشرع شجع فكرة الشراكة الزوجية والمساواة، خاصة من خلال التعديل الذي أقره بمقتضى الأمر 02/05.

لذلك نجد أنه قد نص على واجب الزوجين في التعاون لتحقيق مصلحة الأسرة، حسب المادة 36 في فقرتها الثالثة، وهو نص عام<sup>1</sup> يفيد ضرورة قيام الزوجين بالمساهمة المادية والمعنوية في كل ما تعلق بشؤون الأسرة، ويمكن اعتبار النفقة الزوجية جزءاً من هذه المساهمة وهذا التعاون، دون أن ننسى التعريف الذي تبناه المشرع لعقد الزواج، الذي أعلن عنه في المادة الرابعة من قانون الأسرة،

<sup>1</sup> رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين، ص 254، لخضر بن عائشة، إثبات الحقوق المالية للزوجين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012/2011م، ص 63.

والتي جاء فيها: "عقد الزواج عقد رضائي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين"<sup>1</sup>.

لذلك فإن المشرع الجزائري لم يُلق أي التزام على الزوجة بخصوص النفقة الزوجية، ولم يحدد موقفه بدقة من مصير أموال الزوجة التي أنفقتها على نفسها أو التي استدانها لنفس الغرض، هل تصير دينا في ذمة الزوج، فيحق للزوجة أن ترجع عليه وتطالبه بها إذا أيسر؟ وفق رأي الشافعية والحنابلة والحنفية، أم أنها تسقط حسب ما ذهب إليه المالكية؟ مع أن المشرع لم يعط للزوجة الحق في طلب التطليق إذا كانت عاملة بإعساره عند العقد وهو موقف يوافق رأي فقهاء المالكية.

وفي مدونة الأسرة المغربية جاء في المادة 194 منها: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعت للبناء بعد أن عقد عليها" وفي حالة عجز الزوج عن الإنفاق لم يلق المشرع المغربي أي مسؤولية عن الزوجة في الإنفاق، وأجاز لها طلب التطليق، وعلى القاضي أن يحدد له أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثون يوما لينفق خلاله وإلا طلقت منه<sup>2</sup>، بما يفيد أنه أخذ برأي فقهاء المالكية<sup>3</sup>، شأنه في ذلك شأن المشرع الجزائري، حيث يقوم على إعفاء الزوجة من مسؤولية النفقة، وكلاهما لم ينص صراحة على موقفه من الديون المترتبة عن عجز الزوج عن الإنفاق في حالة ما إذا أنفقت الزوجة من مالها.

<sup>1</sup> المادة 4 من قانون الأسرة: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"

<sup>2</sup> المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية: "للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه وفق الحالات والأحكام الآتية:

1- إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطليق.

2- في حالة ثبوت العجز تحدد المحكمة حسب الظروف إجلال لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي.

3- تطلق المحكمة الزوجة حالا إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز

<sup>3</sup> محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، 2/182.

وإذا كان ظاهر ما نص عليه التشريعان الجزائري والمغربي، يميل إلى مذهب مالك فإن بعض التشريعات العربية أخذت بأراء فقهية أخرى، كما هو الحال في قانون الزواج والطلاق وآثارهما الليبي حسب نص المادة 23 منه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها الموسر من تاريخ العقد الصحيح، كما تلزم الزوجة الموسرة بالإففاق على زوجها وأولادها منه مدة إعسار الزوج، وتقدر النفقة بحسب حال الملزم بها وقت فرضها عسراً أو يسراً" وهو نص يفيد أن المشرع الليبي قد أخذ برأي ابن حزم الظاهري من خلال إلزام الزوج بالنفقة ابتداءً بمجرد العقد من جهة وإلزام الزوجة الموسرة بالنفقة على نفسها وعلى زوجها المعسر من جهة ثانية.

إلا أن المشرع الليبي لم يستمر على نفس المنهج إذا أقر تعديلاً لهذا النص ورد وفق التعديل رقم 14 لسنة 2015 وأصبحت صيغة المادة 23 كالتالي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح، وتقدر النفقة بحسب حال الزوج وقت فرضها عسراً ويسراً".

وما قيل عن التشريعات السابق ذكرها يمكن تعميمه على التشريعات العربية الأخرى، إذ الأساس عندهم هو عدم إلزام الزوجة بالنفقة، والزوج وحده الذي يقع عليه عبء الإففاق، ما عدا القانون التونسي كما سنرى.

**2/ الاتجاه القائم على إلزام الزوجة الموسرة بالنفقة:** انفرد المشرع التونسي في مجال الأحكام المتعلقة بالنفقة الزوجية بأحكام لم يأت بها غيره من التشريعات العربية، واتخذ موقفاً جريئاً من خلال خروجه عن أحكام الشريعة الإسلامية، بإلزامه للزوجة الموسرة بالمساهمة في النفقة الزوجية فنص الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية على: ".... وعلى الزوج باعتباره رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة، وعلى الزوجة أن تساهم في الإففاق على الأسرة إن كان لها مال..".

والقراءة المتأنية لهذا النص يقودنا للحديث عن مدى موافقته للشريعة الإسلامية وكذا طبيعة الاشتراك في النفقة، فيتضح ما يأتي:

أ/ تجاوز قواعد الفقه الإسلامي: من المعلوم أن الفقه الإسلامي يحمل الزوج وحده مسؤولية النفقة الزوجية، وليس للزوجة أي دور في ذلك، ما عدا ما ذهب إليه ابن حزم فيما تعلق بإعسار الزوج وعجزه عن الإنفاق، في مقابل يسار الزوجة كاستثناء على القاعدة العامة.

لذلك فإن ما نص عليه المشرع التونسي في هذا الشأن يخالف الآراء الفقهية الإسلامية التي قيلت حول النفقة، وفيه مصادمة لمفهوم القوامة<sup>1</sup>، التي يتمتع بها الرجل على زوجته التي أقرت بها المشرع في النص المذكور آنفاً، وعبر عنها برئاسة العائلة التي تعني قيام الرجل بشؤون المرأة، بالإنفاق عليها وحمايتها<sup>2</sup>.

ولاشراك الزوجة في النفقة أثر فيما تعلق بسلطة الاحتباس والطاعة التي يملكها الزوج تجاه زوجته، فهل يملك الزوج هذا الحق في ظل مساهمة الزوجة بالإنفاق؟ والمنطق يقتضي أنه إن كان هناك إلزام للزوجة بالمشاركة في الإنفاق، فإن ذلك يستوجب خروجها للعمل والتكسب دون حاجة لإذن الزوج.

ويتعدى الأمر إلى المطالبة بالمساواة بين الزوجين في الأنصبة الإرثية، وهو ما حدث فعلاً، حيث وعد رئيس الجمهورية التونسية بإعادة النظر في أحكام الموارث بإزالة الفوارق بين الرجل والمرأة في الميراث<sup>3</sup>، ويدافع أنصار هذه الأفكار بأنه نوع من التجديد لدى المشرع التونسي، تقتضيه الظروف والأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي يمر بها المجتمع التونسي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> صباح خليفة، إنفاق المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة 07 نوفمبر، قرطاج، تونس، 2010/2008م، ص 12.

<sup>2</sup> حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة الزوجية، ص 05.

<sup>3</sup> كان ذلك من خلال خطاب الرئيس التونسي قايد السبسي، بمناسبة عيد المرأة في تونس المصادف لـ 13 أوت 2017م، حيث تحدث على جملة من القرارات المهمة التي من بينها الدعوة إلى تكريس المساواة بين الجنسين في الميراث، والذي اعتبره أنصاره الحداثيين خطاباً تاريخياً يعزز مكاسب المرأة التونسية التي حققتها على مدار عقود، كون الرئيس ينتمي إلى مدرسة الحداثة التي حكمت البلاد منذ الاستقلال، وهم الآن بصدد إعداد هذا القانون وعرضه على البرلمان.

<sup>4</sup> صباح خليفة، إنفاق المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، ص 16.

ب/ طبيعة مساهمة الزوجة في الإنفاق: تعرض الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية إلى واجب الزوجة في الإنفاق، وهو موقف فريد بالنسبة للأنظمة القانونية العربية، مما دفع البعض للتساؤل حول طبيعة هذه المساهمة هل هي اختيارية احتياطية أم هي أصلية إلزامية؟ فكانت إجابة شراح القانون على مذهبين:

1- مساهمة الزوجة في الإنفاق اختيارية: بنى أصحاب هذا الاتجاه موقفهم على أن مساهمة الزوجة في الإنفاق، هو خروج على الأصل العام في الفقه الإسلامي وعلى ما هو مطبق في التشريعات العربية، لذلك فإن اشتراك الزوجة في النفقة هو حكم استثنائي لا ينبغي التوسع في تفسيره، وهو مأخوذ على سبيل البر والصلة<sup>1</sup> وهو من قبيل الحرية والاختيار ولا يرتقي إلى الوجوب<sup>2</sup>، وهو ما ذهب إليه محكمة التعقيب في العديد من القرارات<sup>3</sup>، التي رأت من خلالها أن مساهمة الزوجة في الإنفاق على العائلة لا يعفي الزوج من واجب النفقة، وأن هذه المساهمة إنما تقتضي المعاونة عند الاحتياج لها، وهو موقف يفيد أن مساهمة الزوجة استثنائية اختيارية معلقة على شرط الحاجة لها.

2- مساهمة الزوجة في الإنفاق وجوبية: في مقابل الاتجاه الأول الذي يرى اختيارية الإنفاق بالنسبة للزوجة، هناك اتجاه ثان يرى أن مساهمة الزوجة في الإنفاق على سبيل الإلزام، وترسخت عقيدة هذا الاتجاه وخاصة بعد التنقيحات التي أدخلها المشرع التونسي في 12 جويلية 1993، وصياغة النص الصريحة التي تفيد الوجوب والإلزام ويظهر ذلك جليا أيضا من خلال العنوان الذي جاء تحته الفصل 23 وهو: "فيما يجب على الزوجين"، إلا أنه ومن حيث النص الذي جاء فيه: "... وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان

<sup>1</sup> هيفاء القضاوي، الالتزامات المالية المترتبة عن الزواج، مذكرة دراسات عليا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1998/1997، ص 71.

<sup>2</sup> صباح خليفة، إنفاق المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، ص 16

<sup>3</sup> قرار تعقيبي رقم 5116 المؤرخ في 1981/6/9 م.ق.ت رقم 1981، م.ق.م، 181/2 وقرار تعقيبي مدني رقم 22695 المؤرخ في 1993/05/23، م.ق.ت، 1993، ع2، ص 59 - (نقلا عن: هيفاء القضاوي، الالتزامات المالية المترتبة عن الزواج، ص 71.

لها مال.. " فإنه يضع شروطاً لمساهمة الزوجة في الإنفاق، مبنية على يسار الزوجة وامتلاكها للمال.

بناء على هذا الاختيار الذي عبر عنه المشرع في النص المذكور آنفاً، فإن المساهمة التي تقدمها الزوجة في سبيل الإنفاق على الأسرة تثير إشكالاً حول تقدير النفقة المطلوبة أو النسبة المفروضة عليها، أو بالأحرى ما هي نسبة كل واحد من الزوجين في الإنفاق؟ وفي ظل سكوت المشرع عن ذلك فإن الحال هنا يعتمد على اتفاق الطرفين في حالة الوفاق والانسجام، وعلى السلطة التقديرية للقاضي والتي يراعي فيها الحالة المادية للطرفين ودخل كل واحد منهما وهو موقف يدعمه الفصل 52 من المجلة الذي جاء فيه: " تقدر النفقة بقدر وسع المنفق وحال المنفق عليه، وحال الوقت والأسعار".

هذا ويجدر التنبيه إلى أن ما تطرقنا إليه حول مساهمة الزوجة في النفقة، إنما يخص الحالة العادية التي يكون فيها كلا الزوجان قادران على الإنفاق، أما في حالة العجز أو العسر الذي قد يصيب أحدهما، فإنه بالنسبة للزوجة يسقط عليها واجب الإنفاق على اعتبار أن إلزامها بالنفقة متوقف على شرط امتلاكها للمال، أما بالنسبة للزوج فقد عالج المشرع أحكامه وفق الفصل 39 بالقول: " لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر، إلا أن الحاكم يتلوم له شهرين، فإن عجز بعد إتمامهما عن الإنفاق طلقت عليه زوجته وإذا كانت الزوجة عاملة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب التطلق" لذلك فإن المشرع التونسي وافق رأي المالكية فيما ذهبوا إليه من حيث سقوط النفقة على الزوج مدة العجز عن الإنفاق وإمهاله مدة قبل أن يصبح الطلاق ساري المفعول.

والسؤال الذي يطرح في هذه النقطة: ماذا لو كان الزوج معسراً وكانت الزوجة ميسورة الحال؟ فهل نطبق أحكام الفصل 23 والذي يفيد أن يساهم كل زوج في النفقة حسب حالته المادية، فيعفى الزوج من الإنفاق وتحملها الزوجة لوحدها، أم يطبق الفصل 52 المتضمن حقها في طلب التطلق، وعندها يصبح لجوء الزوجة لطلب التطلق تهرباً من واجب النفقة الذي وضعه القانون؟

### البند الثالث: مساهمة الزوجة في الإنفاق على الأبناء

من أسباب وجوب النفقة الولادة، والتي يتقرر بموجبها النفقة على الأقارب مع اختلاف بين المذاهب في تحديد الأقارب الذي يشملهم حق النفقة، وهي تمثل صورة في التكافل الاجتماعي والترابط الأسري الذي أرسى الإسلام دعائمه، مع أن الأصل أن نفقة كل شخص تكون في ماله إلا الزوجة فتكون نفقتها في مال زوجها، وقد أجمع أهل العلم على أن المرء ملزم بنفقة أولاده الصغار الذين لا مال لهم<sup>1</sup>، فالأب هو الملزم بالنفقة على أولاده الصغار أو العاجزين عن الكسب، أما إذا كان الأب هو بدوره عاجزاً عن النفقة فهل تجبر الزوجة بالإنفاق على أبنائها؟ وما هي الشروط التي يجب أن تتوفر كي تجبر الزوجة على الإنفاق في هذه الحالة؟.

وأعالج هذه الإشكالية من خلال الوقوف على موقف الفقهاء من هذه المسألة والشروط الواجب توفرها ثم موقف القانون من ذلك.

#### أولاً: إنفاق الزوجة على الأبناء في الفقه الإسلامي

يمكن تقسيم آراء الفقهاء في هذه المسألة إلى مذهبتين:

#### 1/ الرأي القائل بعدم إلزام الزوجة بالإنفاق على الأبناء: وبه قال المالكية والحنفية مع

اختلاف في التفاصيل.

فالحنفية<sup>2</sup> يرون أن الأب ملزم بالإنفاق على ابنه العاجز عن التكسب سواء كان في حالة يسار أو في حالة إعسار، ففي حالة يساره فإنه الوحيد الذي يقع على عاتقه الإنفاق على ابنه، وأما في حالة إعساره فإنه يجبر على نفقة الصغير من كان موسراً من أقاربه كالأم والجد والعم والخال، ويرجع على الأب عند يساره بما أنفق، وتقدم الأم على غيرها من الأقارب، لقوة القرابة، فلو كان مع

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 30/4، السرخسي، المبسوط، 222/5، الدردير، الشرح الكبير، 524/2، ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 629/2، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 183/5 ابن قدامة، المغني، 211/8، البهوتي، كشاف القناع، 481/5.

<sup>2</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 30/4، السرخسي، المبسوط، 222/5، نظام الدين، الفتاوى الهندية، 560/1، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 612/3.

الأم جد موسر أمرت الأم بالإنفاق من مالها ورجعت على الأب - زوجها - إذا أيسر، لأن استحقاق النفقة على الأب ولكن الإنفاق لا يحتمل التأخير، فيقام مال الغير في مقام ماله في الأداء مقدار الحاجة منه، على أن يكون ذلك ديناً عليه إذا أيسر<sup>1</sup>.

أما إذا تبرعت بالنفقة فليس لها الرجوع على الأب بعد ذلك، وإذا كان الأب زمنًا<sup>2</sup> أو عبداً، فإنه في هذه الحالة تلزم الزوجة بالإنفاق على أبنائها، وليس لها الرجوع على الأب بما أنفقت<sup>3</sup>.

وإذا مات الأب وللولد أم وأب الأب فنفته عليهما على قدر ميراثهما أثلاثاً، بخلاف الأب فإنه لا يشاركه في النفقة أحد<sup>4</sup>.

وعند المالكية فإن القرابة الموجبة للنفقة هي قرابة الولادة في أول درجاتها من الجانبين، فتجب للوالد على الأبناء الصليبين فقط دون سائر الفروع، وتجب للأولاد الصليبين على الوالدين فقط دون سائر الأصول، وتجب نفقة الولد على أبيه الحر الموسر حتى يبلغ عاقلاً قادراً على الكسب، وعلى الأنتى حتى يدخل بها زوجها البالغ<sup>5</sup>.

أما الأم فلا يجب عليها إلا الرضاع، ولا يجب عليها نفقة الولد مع وجود الأب أو عدمه فقيرة كانت أو غنية<sup>6</sup>، وقد سئل مالك عن أب معسر وأم موسرة أتجبر الأم على نفقة أولادها وهم صغار؟ فأجاب: لا تجبر الأم على نفقة ولدها، بما يفيد أن المالكية لا يرون إلزام الزوجة بمساعدة

<sup>1</sup> السرخسي، المبسوط، 22/5،.

<sup>2</sup> الزمن: هو من به داء في جسده فلا يستطيع الحركة ( الفيومي، المصباح المنير، 510/2) ويراد به في هذا المقام المرض أو العاهة التي تمنعه عن الكسب (ابن عابدين، رد المختار على الرد المختار، 604/3).

<sup>3</sup> نظام الدين، الفتاوى الهندية، 555/1، 562/1

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 766/7، أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب -، الدار الجامعية، بيروت، 1998م، ص 321.

<sup>5</sup> السرخسي، المبسوط، 223/5.

<sup>6</sup> ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 629/2، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 525/2.



زوجها في نفقة الأبناء في جميع الحالات، وخالف ابن المواز<sup>1</sup> فقهاء المذهب من حيث وجوب النفقة على الأم على ابنها الصغير اليتيم.<sup>2</sup>

2 / الرأي القائل بإلزام الزوجة بالنفقة على أبنائها: نُقِلَ عن أبي حنيفة أن نفقة الأبناء يتحملها الأب والأم أثلاثاً ثلاثها على الأب وثلث على الأم.<sup>3</sup>

وفي مذهب الشافعية<sup>4</sup>، فإن القرابة الموجبة للنفقة هي الولادة مطلقاً وفي جميع درجاتها، أي الأصول، ويقصد بهم الأبوان والأجداد والجدات وإن علواً، والفروع هم الأولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا، وتجب نفقة الأصول على فروعهم ونفقة الفروع على أصولهم.<sup>5</sup>

والنفقة تجب على الأب فإن لم يوجد الأب أو كان الأب معسراً وكان له جد موسر وجبت عليه نفقة الولد وإن نزل، فإن لم يكن له جد موسر، وجبت النفقة على الأم، ولا ترجع على الأب إذا أيسر، فنفقة الابن عند الشافعية تجب على من يقع عليه اسم الأب والأم حقيقةً ومجازاً.<sup>6</sup>

أما الحنابلة فقالوا بوجوب نفقة الأبناء العاجزين على الأب، لأن ولد الإنسان بعضه وهو بعض والده، وكما أنه يجب أن ينفق على نفسه وأهله وجب عليه أن ينفق على بعضه وأصله، لذلك فإن الأم تجب نفقتها ويجب عليها أن تنفق على ولدها إذا لم يكن له أب أو كان الأب معسراً، ولا ترجع عليه بما أنفقت إذا أيسر، لأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب، ولأن بينهما قرابة توجب رد

<sup>1</sup> ابن المواز: هو أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن زياد الإسكندري المعروف بابن المواز، الإمام العلامة فقيه الديار المصرية، تفقه عن ابن الماجشون وابن عبد الحكم واعتمد على أصبغ، انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي، ومن آثاره «الموازية في الفروع»، توفي بدمشق سنة 269 هـ أو 281 هـ (القاضي عياض) أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تح: ابن تاووت الطنجي وآخرون، مطبعة فضالة - المحمدية، المغرب، ط1، دت، 167/4، ابن مخلوف، شجرة النور الزكية، 102/1).

<sup>2</sup> العدوي، حاشية العدوي، 135/2.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط، 222/5، الكاساني، بدائع الصنائع، 33/4، ابن عابدين، رد المختار على الرد المختار، 615/3، ابن نجيم، البحر الرائق، 230/4.

<sup>4</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 190/5، النووي، المجموع شرح المهذب، 293/18.

<sup>5</sup> النووي، المجموع شرح المهذب، 293/18.

<sup>6</sup> الشيرازي، المهذب، 160/3، النووي، المجموع شرح المهذب، 293/18.

الشهادة ووجوب العتق فأشبهت الأب<sup>1</sup>، ومن كان له أب معسر وجد وأم، فعلى الأم ثلث النفقة لأنها ترث الثلث والباقي على الجد لأنه يرثه كذلك لولا الأب<sup>2</sup>.

ومن خلال مناقشة وآراء الفقهاء فيما تعلق بالإنفاق على الأبناء يتبين أنه حتى تلزم الزوجة بالنفقة على أبنائها يجب توفر عدة شروط أهمها<sup>3</sup>:

أ/ أن يكون الولد فقيراً لا مال له، ولا قدرة له على الاكتساب، لأن الأصل أن نفقة الإنسان على نفسه في ماله متى كان له مال، ولا يلزم غيره بالنفقة عليه<sup>4</sup>، إلا الزوجة فنفتها في مال زوجها وإن كانت موسرة، وتسقط النفقة على الأصل إذا كان الولد قادراً على الكسب، لأن النفقة في هذه الحالة تكون في كسبه، لذلك من شروط الإنفاق على الفرع العجز عن الكسب ويظهر ذلك بـ:

1- الصغر: فإن بلغ الغلام حد الكسب وأصبح قادراً عليه دفعه وليه إلى حرفة يتكسب منها، ما عدا الأنثى فإنه يستمر بالإنفاق عليها حتى الزواج.

2- الأنوثة: فلا تلزم البنت بالخروج للعمل مهما بلغت حتى تتزوج، فإن تكسبت فإن نفقتها في كسبها.

3- المرض المزمن الذي يقعد الشخص عن الكسب

4- الانشغال بطلب العلم إذا كان مجتهداً ناجحاً، لأن انشغاله بالكسب يعطله عن تحصيل العلم.

ب/ أن يكون الأب عاجزاً عن الإنفاق على ولده، لأن الأصل هو إلزام الأب بالنفقة على

ابنه عملاً بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: 06]، وقوله

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، 212/8.

<sup>2</sup> البهوتي، كشاف القناع، 483/5.

<sup>3</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 34/4. ابن قدامة، المغني، 212/8، البهوتي، كشاف الصنائع، 482/5، أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، ص321، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 766/7.

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 34/4.

أيضاً ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: 233]، وقوله عليه الصلاة

والسلام لهند بنت عتبة زوجة أبي سفيان: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"<sup>1</sup>.

ج/ أن تكون الزوجة قادرة على الإنفاق يساراً أو قدرةً على الكسب، فإن كانت فقيرة أو غير قادر على الكسب فلا تلزم بالإنفاق لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

### ثانياً: مساهمة الزوجة في الإنفاق على الأبناء في القانون

الاتجاه السائد في التشريعات العربية المتعلقة بالأسرة هو تحميل الزوجة (الأم) مسؤولية الإنفاق على الأولاد، إذا كان الأب عاجزاً على الإنفاق، فلقد جاء في المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إن كانت قادرة على ذلك"، وجاء في المادة 77 منه: " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة".

وما يستشف من هذين النصين أن المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنبلي<sup>2</sup>، من حيث إلزام الزوجة بالنفقة في حالة عجز الزوج في الإنفاق على أولاده، ويستمر ذلك إلى أن يزول العجز عن الإنفاق، فإذا أيسر الزوج فلا حق للزوجة في الرجوع عليه بما أنفقته عن أولادها، لأن إنفاقها على وجه الإلزام، ويشترط لهذا الإلزام قدرة الزوجة على الإنفاق ويكون ذلك ببسارها أو قدرتها على التكسب.

وجاء في المادة 199 من مدونة الأسرة المغربية: " إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده وكانت الأم موسرة وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز الأب"

<sup>1</sup> سبق تخريجه، ص 68.

<sup>2</sup> التزم المشرع بالفقه الحنبلي فيما تعلق بتقديم الأم على الجد الالتزام بالنفقة أما ما جاء في المادة 77 المذكورة أعلاه فقد مال المشرع بالأخذ بالمذهب الشافعي الذي يحدد القرابة الموجبة للنفقة بالأصول وإن علوا والفروع وإن نزلوا فقط، أما المذهب الحنبلي فقالوا أن القرابة التي توجب النفقة هي الإرث، فمتى كان القريب الموسر وارثاً لقربيه المحتاج في حالة وفاته كان ملزماً بالإنفاق عليه.

وإذا كان المشرع الجزائري قد أغفل تحديد الأبناء المعنيين بالنفقة، تاركاً الأمر لأحكام الفقه الإسلامي، فإن المشرع المغربي حددهم في المادة 198 بمناسبة كلامه إلزام الأب بالنفقة على أولاده وجاء فيها: "تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد أو تمام الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتابع دراسته.

وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها ويستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب".

على نفس المنوال سار المشرع التونسي فيما تعلق بإلزام الزوجة بالإنفاق على الأولاد<sup>1</sup> وكذلك تحديد الأولاد المشمولين بالنفقة<sup>2</sup>.

ومن التشريعات العربية من أخذ بالمذهب الحنفي من خلال عدم إسقاط الإنفاق على الأب وفي حالة عجزه من الإنفاق، وجعله ديناً في ذمته يرجع به عليه عند يساره ومثال ذلك ما ذهب إليه المشرعان الأردني والعراقي<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: مساهمة الزوجة العاملة في الإنفاق

من بين القضايا التي أثارت اهتمام الفقهاء وعُدَّت من بين النوازل التي تحتاج إلى دراسة فقهية متجددة مسألة عمل المرأة ومشاركتها في الإنفاق<sup>4</sup>، حيث إن الواقع أفرز إزدیاد نسبة المرأة العاملة في المجتمع بوتيرة سريعة، في مقابل مساهمة فعالة تبديها في البناء الأسري من خلال راتبها الذي يجعله

<sup>1</sup> الفصل 47 من مجلة الأحوال الشخصية: "الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولدها"

<sup>2</sup> الفصل 46 من مجلة الأحوال الشخصية: "يستمر الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ سن الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلمهم، على ألا يتجاوزوا الخامسة والعشرين من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على زوجها".

<sup>3</sup> المادة 60 من قانون الأحوال الشخصية العراقي: "إذا كان الأب عاجزاً عن النفقة يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الأب، تكون هذه النفقة ديناً على الأب للمنفق يرجع بما عليه إذا أيسر" ونفس الحكم جاءت به المادة 171 من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

<sup>4</sup> لذلك أقيمت من أجله الملتقيات والندوات، ومنها الدورة السادسة عشرة لجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقدة بإمارة دبي بالإمارات العربية المتحدة، أيام 9 إلى 14 أبريل 2005 م، والذي كان عنوانه اختلافات الزوج والزوجة الموظفة.

في خدمة أسرتها، فالزوجة العاملة تمارس عملها وهي تحمل في وجدانها وفكرها أن عملها وما ينتج عنه من مال ومكاسب، موضوع تحت تصرف أسرتها لسد ثغرة في ميزانيتها، غير أن التوافق بين الزوجين ليس تاماً، لذلك بثور النزاع حول مدى إلزامية مساهمة الزوجة في الإنفاق على الأسرة. قبل الخوض في المسائل الفقهية يتحتم علينا إجراء دراسة واقعية حول هذه المساهمة لذلك فإننا سنخوض في النقاط الآتية:

- واقع مساهمة الزوجة العاملة في الإنفاق.
- مساهمة الزوجة العاملة في الإنفاق في الفقه الإسلامي.
- مساهمة الزوجة العاملة في الإنفاق في القانون

#### البند الأول: واقع مساهمة الزوجة في الإنفاق.

تعرضت نصوص القوانين الأسرية في الدول العربية عامة إلى مسألة النفقة الأسرية وألقت بجميع التكاليف والأعباء على الزوج<sup>1</sup>، وأعفت الزوجة من هذه المسؤولية إلا أن الواقع والتحولات التي يمر بها المجتمع العربي عموماً لا يوافق ذلك، فالزوجة المعفاة من النفقة والأعباء المنزلية تقوم بمساهمة فعالة في هذا الإطار خاصة إذا كانت عاملة، وعليه يتوجب علينا عرض الدراسات والإحصائيات المتعلقة بظاهرة عمل المرأة من جهة، ومساهمتها في الإنفاق من جهة أخرى.

#### أولاً: واقع عمل المرأة.

أخذت ظاهرة عمل المرأة خارج البيت تتزايد بوتيرة سريعة خلال السنوات الأخيرة، حيث تشير الإحصائيات أن اقتحام المرأة لميدان العمل خارج المنزل يزداد يوماً بعد يوم، فعلى سبيل المثال نجد إجمالي السكان الناشطين حسب المكتب الدولي للعمل 11.716.000 شخص خلال شهر أبريل 2014، تحظى إجمالي السيدات الناشطات بنسبة 19.5% من إجمالي السكان الناشطين

<sup>1</sup> باستثناء القانون التونسي كما سبق بيانه في الفرع السابق، ص 237.

اقتصاديا في الجزائر<sup>1</sup>، وهي نسبة أقل مما هو موجود عند جيراننا المغاربة حيث إن نسبة عمل المرأة تطورت من 8% سنة 1960 إلى الثلث في السنوات الأخيرة<sup>2</sup>.

وتزداد نسبة المرأة العاملة في المجتمع بازدياد مستواها التعليمي حيث ترتفع نسبة الأثاث في الجامعات إلى 60% من مقاعد الجامعة<sup>3</sup>، كما أن الواقع يفرز أيضا أن ظاهرة عمل المرأة ليست أسلوبا للتحرر المادي والرقي الاجتماعي بقدر ما هو وسيلة لمحاربة الفقر وتلبية حاجات الأسرة المتزايدة والتي ترتبت عن تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية، وظهور نفقات إضافية جديدة ينبغي التكفل بها، فأصبح راتب الزوج لوحده غير كاف للتصدي لهذه المتطلبات.

وقد أوضحت المعطيات الاجتماعية أن المرأة كلما كانت متعلمة كلما تراجع نسبة الفقر لدى الأسرة، وهو ما يبدو جليا من خلال انتشار الفقر بصورة أكثر في الأوساط القروية، على خلاف الأوساط الحضرية، وقد أدى الوضع الجديد إلى حصول النساء على نوع من الاستقلال الاقتصادي، وهو في تزايد يوما بعد يوم بفضل التعليم ويفضل العمل، فلم يعد الرجال مكلفين بشؤون الأسرة والمادية وحدهم، بل أصبحت عملية مشتركة بين الزوجين بفضل الوضعية الاقتصادية الجديدة<sup>4</sup>، وبفضل عمل المرأة تحسنت الوضعية الاقتصادية لبعض الأسر، من خلال مساهمتها في ميزانية الأسرة، وأصبحت مشاركتها في الإنفاق عرفاً جارياً في مجتمعنا بفضل التطورات الحاصلة ومتطلبات الحياة في الوقت الحاضر خاصة مع تدني مستوى دخل الفرد.

<sup>1</sup> لطيفة مناد، المرأة المقاتلة والمشاركة الاقتصادية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تلمسان، 2014/2013، ص 39.

<sup>2</sup> ليلي إسحاق، الحقوق والالتزامات المالية للزوجة في ظل المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية، ديبلوم دراسات عليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة طنجة، 2009/2008، ص 68.

<sup>3</sup> أنظر مقال ل: سهام حواس، جريدة الحوار ليوم: 2014/05/16.

<sup>4</sup> فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقهاء الإسلامي - الجنس معيارا-، أطروحة دكتوراه منشورة، سلسلة منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 1993م، ص 37.

ومن هذا المنطلق تغيرت نظرة المجتمع إلى المرأة العاملة، فأصبح عمل المرأة إحدى الصفات المرغوبة في الفتاة عند الزواج والسبب واضح ومصريح به لدى طالبي الزواج، فمطالب الحياة كثيرة، لا يمكن للزوج وحده القيام بها.

إن شيوع عمل المرأة في المجتمعات المسلمة بهذه الكثرة جعله من النوازل التي ينبغي التصدي لها بالبحث من قبل الفقهاء، وفق قواعد عموم البلوى ويظهر ذلك من خلال<sup>1</sup>:

أ- ميسر الحاجة إلى عمل المرأة بحيث يعسر الاستغناء عنه إلا بمشقة زائدة.

ب- شيوع الوقوع والتلبس بحيث يعسر الاستغناء عنه، وليس على المكلف الاحتراز منه أو الانفكاك عنه إلا بمشقة زائدة.

لذلك كانت الحاجة إلى مشاركة المرأة العاملة في نفقات الأسرة.

### ثانياً: واقع مشاركة الزوجة في الإنفاق

إذا كان الحكم الشرعي القانوني هو إلزام الزوج بالنفقة بكل عناصرها من طعام وكسوة وسكن وعلاج حسب العرف والعادة، فإن الواقع يكشف أن الزوج في كثير من الأحيان غير قادر على القيام بهذا الواجب لوحده.

فالحكم الشرعي الذي يقره الفقهاء يفقد دعامته على مستوى الواقع مما خلق هوة بين العائلة المثالية التي تدعمها النصوص الشرعية والقانونية وهي الأسرة التي يرأسها أب قادر على سد حاجياتها الاقتصادية، وبين عائلة في الواقع تتميز بعدم قدرة الأب وعجزه المادي وتقلص دورة ونفوذته<sup>2</sup>، لذلك كان على الزوجة إذا كانت عاملة أو ذات مال أن تتدخل وتساعد زوجها في الإنفاق باعتباره نوعاً من التضامن والتكافل.

<sup>1</sup> للتفصيل أكثر حول قاعدة عموم البلوى وآراء الفقهاء حولها وأمثلة راجع: صالح بن عبد الله بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية - ضوابطه وتطبيقاته -، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، 1982/1981م، ص 307-310.

<sup>2</sup> فاطمة المرزباني، السلوك الجنسي في مجتمع إسلامي رأسمالي تبعي، دار الحدائث، بيروت، ط1، 1982، ص 86.

وقد أجريت دراسات وإحصائيات حول نوعية النفقات التي تتكفل بها الزوجة ومن ذلك دراسة أجريت بالمملكة المغربية، بينت أن نسبة معتبرة من الزوجات العاملات يساهمن في الإنفاق من خلال:<sup>1</sup>

- الاقتطاع من رواتبهن لأداء ثمن السكن دون أن يكون لهن نصيب (34.7%)
  - القيام بمصاريف والتسيير، في مقابل تفرغ راتب الزوج لأداء إقسط السكن (22.4%)
  - نساء يحتفظن براتبهن ولا يشاركن في مصاريف البيت ولكن يتحملن حاجياتهن الأساسية، لأن أزواجهن ميسوري الحال (8.16%)
  - نساء يملكن نصف السكن ويقتطعن من رواتبهن لأداء الأقساط (6.12%)
- كما تشير الدراسات أن نسبة كبيرة من الأزواج قد تخلوا عن واجب الإنفاق على الأسرة حيث وصلت نسبتهم في المغرب إلى 36%<sup>2</sup>، وفي الجزائر فإن عدد قضايا النفقة في حدود عشرة آلاف قضية<sup>3</sup>، ويرجع ذلك إلى عدم استطاعة الزوج تلبية هذه النفقات بسبب تدني مستوى الأجور وارتفاع مصاريف السكن والنقل، وكذا المواد الاستهلاكية التي عرفت ارتفاعا.
- بالإضافة إلى ذلك فإن الخلافات المالية بين الزوجين تعد السبب الأول للطلاق في الجزائر، وغالبا ما يكون راتب الزوجة وكيفية التصرف فيه محور الخلاف بينهما<sup>4</sup>.

أمام هذا الوضع فإن المطالبة بإلزام الزوجة العاملة بالمساهمة في النفقة أصبح مطلباً أكثر جدية من ذي قبل، لذلك ارتفعت الأصوات إلى تعديل النصوص القانونية المتعلقة بالنفقة لتسير في هذا الاتجاه، فآثر هذا المطلب من قبل كثير من الجمعيات، وكان من بين النقاط الهامة التي تمحورت

<sup>1</sup> نورة بوطاهر، العلاقات المالية بين الزوجين بين محدودية النص وتطور الواقع، ديبلوم دراسات عليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2006/2007م، ص 109.

<sup>2</sup> ليلي إسحاق، الحقوق والالتزامات المالية للزوجة، ص 73

<sup>3</sup> زهية ر، أكثر من 10 آلاف زوج مهددون بالسجن بسبب النفقة، جريدة البلاد، يوم 2012/05/19م.

<sup>4</sup> أنظر: حال المرأة العاملة في الجزائر أحد أسباب طلاقها، جريدة العرب، يوم 2017/03/27م.



حولها الملتقيات والأيام الدراسية، خاصة تلك التي سبقت التعديلات الأسرية التي أدخلتها النظم التشريعية على قوانين الأسرة مع نهاية القرن الماضي وبداية القرن الحالي<sup>1</sup>.

وإن كانت التعديلات الأسرية لم تتبن هذا المطلب بشكل صريح إلا أنها اتخذت مفهوماً تشاركياً في العلاقات الأسرية، فنصت على ضرورة الرعاية والتسيير المشترك لشؤون البيت من قبل الزوجين ومن ذلك ما جاء في المادة 36 من قانون الأسرة تحت عنوان حقوق وواجبات الزوجين حيث نصت على ضرورة التعاون على مصلحة الأسرة والتشاور في تسييرها.

ويبدو أن العقبة الوحيدة التي تقف في طريق إقرار هذا المطلب هو غياب رأي فقهي صريح يبني عليه هذا التوجه، لذلك ينبغي علينا دراسة هذا المطلب من الناحية الشرعية والتعرض لآراء أهل العلم فيه.

### البند الثاني: مساهمة الزوجة العاملة في الإنفاق في الفقه الإسلامي

لا أحد ينكر دور الزوجة العاملة في الإنفاق الأسري، والتي تعود بالنفع على الأسرة بسد الاحتياجات المالية المتزايدة للأسرة، ومساعدة الزوج الذي أضحى راتبه لوحده غير كافٍ في كثير من الأحيان، خاصة إذا كان البيت مفعماً بالود والوثام والتعاون والتكافل بين الزوجين، غير أن هذا الوضع ليس هو السائد دائماً فكثيراً ما كان التصرف في الراتب سبباً للخلاف بينهما، لذلك تطرح مسألة حق الزوج في مال زوجته وإسهامها في الإنفاق، وهو ما تؤكد كثره القضايا أمام المحاكم، والتي يكون فيها الخلاف بينهما أساسه كيفية التصرف في راتب الزوجة فهل تلزم الزوجة العاملة بدفع جزء من راتبها لتغطية نفقات الأسرة؟.

وإذا أمعنا النظر في آراء الفقهاء في إجاباتهم على هذا الإشكال وتحليلها، نجد أنها تنقسم إلى ثلاثة آراء ولكل رأي معيار يسير عليه، وهي كالاتي:

<sup>1</sup> على سبيل المثال: كان موضوع مساهمة الزوجة في الإنفاق أحد المحاور التي دار حولها النقاش داخل اللجنة الاستشارية الملكية لتعديل مدونة الأحوال الشخصية المغربية حيث تم الإنصات لـ 80 جمعة ومنظمة مهتمة بالأسرة طالبت 20 منها صراحة بمساهمة الزوجة في النفقة، كما كانت هذه النقطة من بين التوصيات التي اقترحتها وزارة العدل في تقريرها الختامي بمناسبة يوم دراسي نظم سنة 1999 (راجع: ليلي إسحيق، الحقوق والالتزامات المالية للزوجة، ص74).

### أولاً: معيار مقتضى العقد

وهو مذهب جمهور الفقهاء المعاصرين وعلى رأسهم العلماء الأفاضل يوسف القرضاوي، نصر فريد واصل، وسعيد رمضان البوطي، وهو رأي ينطلق من مقتضى العقد وموجباته، فالزواج يرتب حقوقاً والتزامات لطرفيه، ومنها إلزام الزوج بالإنفاق، ولا نجد بين أحكامه ما فيه إجبار الزوجة على الإنفاق إلا ما كان من قبيل التطوع عن طيب نفس.

وفي ذلك يقول الدكتور يوسف القرضاوي: " ليس للزوج أن يفرض عليها أن تضع دخلها في حساب أو وعاء مشترك مع دخل زوجها لينفق منه على الأسرة، إذ من المعلوم أن الإنفاق على الأسرة من واجب الزوج، كما قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: 34]، وإنما تساعد المرأة زوجها في نفقة البيت تبرعاً منها ومن باب مكارم الأخلاق وليس من باب الوجوب والإلزام ولو كانت غنية بميراث أو كسب"<sup>1</sup>.

وقرر الدكتور نصر فريد واصل أن للزوجة شخصيتها الكاملة وثروتها المستقلة عن شخصية زوجها وثروته، فلا شأن للزوج بثروة زوجته أو دخلها أو مرتبها، فهما في شؤون الملكية والثروة منفصلان، وعقد الزواج لا يرتب أي حق لكل منهما قبل الآخر، إلا النفقة على الزوج ما دام الزواج قائماً<sup>2</sup>.

وقال الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي: "وما يفعله الأزواج من الاستيلاء على مرتبات زوجاتهم الموظفات كلياً أو جزئياً هو عمل شائن غير مبرر شرعاً، لأن الزوج هو المكلف شرعاً

<sup>1</sup> نقلاً عن: قطب مصطفى سانو، في نفقة الزوجة ومرتبتها وعملها رؤية منهجية، ص 12، عبد الناصر أبو البصل، الخلافات الزوجية حول إسهام المرأة العاملة في مالية الأسرة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 16، أبريل 2005، ص 11.

<sup>2</sup> نقلاً عن: المصدر نفسه، ص 12.

بالإنفاق عليها وعلى أولادها، وهذا الحكم ثابت مهما تغير حالها بين الفقر والغنى أو كونها موظفة  
قط"1.

والأدلة الشرعية التي اعتمد عليها هؤلاء الفقهاء في عدم إلزام الزوجة العاملة بالإنفاق هي  
النصوص والأدلة التي تلزم الزوج بالإنفاق فقط دون الزوجة، إذ لا توجد نصوص تدل على إلزامها  
بالنفقة، أما قيامها بمساعدة زوجها في الإنفاق فهو من باب التطوع والتكافل الذي دلت عليه السنة  
النبوية، ومن ذلك:

أ/ حديث امرأة عبد الله بن مسعود عندما أرادت أن تتصدق بحلي لها فزعم ابن مسعود أنه  
وولده أحق بها فسألت عن ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال: " صدق ابن مسعود زوجك  
وولدك أحق من تصدقت به عليهم"2، والمقصود هنا صدقة التطوع3، وليس واجب النفقة.

ب/ إن السيدة خديجة رضي الله عنها كانت تواسي الرسول صلى الله عليه وسلم بمالها وقال  
في ذلك صلى الله عليه وسلم: " وواستني بمالها.. "4.

وإن كان الحكم هو أن مساهمة الزوجة في الإنفاق يكون على أساس التطوع فإن الدكتور  
يوسف القرضاوي اقترح أن تتكفل الزوجة بثلث النفقة والثلاثان على الزوج قياساً على الميراث، لأن  
الرجل يرث ضعفها، وهو ما عرض موقفه للاعتراض باعتبار أن القول بالإنفاق على سبيل التطوع  
يناقض التحديد بالثلث أو النصف5.

1 محمد سعيد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي والطائف التشريعية الرباني، دار الفكر، دمشق، سورية، 1996،  
ص214.

2 البخاري، صحيح البخاري، كتب الزكاة، باب الزكاة على الأقارب، رقم 1993، 2/120.

3 ابن حجر، فتح الباري، 3/330.

4 الإمام أحمد، مسند الإمام أحمد، سند الصديقة عائشة بنت الصديق رضي الله عنها، رقم 24864، 41/356.

قال عنه الألباني: وهذا إسناد ضعيف، رجاله ثقات؛ غير مجالد، وليس بالقوي وقول الهيثمي في "المجمع" رواه أحمد وإسناده حسن  
فهذا من تساهله! ولا سيما الحديث في "الصحيحين" مختصر عن هذا، وليس فيه قوله: "ما أبدلني الله خيراً منها" (راجع:  
الألباني) (أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني)، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، دار  
المعارف، الرياض، ط1، 1412هـ / 1992 م )

5 عبد الناصر أبو البصل، الخلافات الزوجية حول إسهام المرأة العاملة في مالية الأسرة، ص 11.

وقد كان هذا الرأي محل ترجيح من قبل مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة عشرة بعنوان: اختلافات الزوج والزوجة الموظفة<sup>1</sup>.

### ثانياً: معيار نقص الاحتباس

قال بهذا الرأي مجموعة من العلماء<sup>2</sup> وهو ينطلق من فكرة الأساس الذي تقوم عليه النفقة، وهو الاحتباس عند الحنفية (أو نقص التمكين عند الجمهور)، فاستحقاق الزوجة للنفقة كان بسبب أنها محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له كما سبق وأن بينا<sup>3</sup>، فيستوجب كفايتها من النفقة لذلك فإن العدل يقتضي أنه إذا نقص الاحتباس أن تنقص النفقة بمقدار نقص الاحتباس عند الحنفية (أو بمقدار نقص التمكين عند الجمهور).

وعليه فإن ما يعرضه أصحاب هذا الرأي هو امتداد لما خاض فيه الفقهاء القدامى المتعلق بتشطير النفقة لنقص الاحتباس بسبب نشوز الزوجة، فإذا لم يتحقق الاحتباس أو التمكين التام، وإنما تحقق بعضه فإن المعنى المقابل للنفقة ما زال موجوداً ولكنه ناقص فينقص تقدير النفقة في مقابل نقصه<sup>4</sup>، ويلتزم الزوج بشرط من النفقة الزوجية مقابل التمكين الناقص، وتلتزم الزوجة بالباقي من النفقة، وهو رأي قال به الحنابلة<sup>5</sup>، وعارضه الحنفية إذ يقولون أن النفقة تسقط

<sup>1</sup> وهي الدورة المنعقدة بإمارة دبي بالإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 9 - 14 أبريل 2005 م (وللاطلاع على نص القرار راجع: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي 1988 - 2009 م، (19 دورة)، تجميع: عبد الحق العيفة، منظمة المؤتمر الإسلامي، ص116.

<sup>2</sup> من العلماء الذين قالوا بهذا الرأي: الدكتور إسماعيل الدفتار والدكتور أحمد يوسف سليمان (نقلاً عن: قطب مصطفى سانو، نفقة الزوجة ومرتبها وعملها رؤية منهجية، ص 06، عبد السلام الشويعر في كتابه إثر عمل المرأة في النفقة الزوجية، ص28، عبد اللطيف محمود آل محمود، اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 16، أبريل 2005، ص29، محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، ط3، 2002م، 309/2).

<sup>3</sup> راجع ما ورد في ما ورد في الفرع الأول من هذا المطلب بخصوص أساس إلزام الزوجة بالوظيفة، ص223.

<sup>4</sup> عبد السلام الشويعر أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية، ص 28.

<sup>5</sup> المرادوي، الأنصاف، 380/9.

بالكلية ولا تتشطر كما لو سلمت نفسها بالنهار دون الليل أو عكسه<sup>1</sup>، كما هو حال الزوجات المحترفات اللاتي يكن بالنهار في العمل وفي الليل مع الزوج.

ويقوم هذا الرأي على أدلة عقلية منها:

أ/ إن ما تدفعه الزوجة العاملة من نفقة ليس خالياً من العوض، حيث أن الزوجة العاملة اقتطعت جزءاً من وقتها المخصص للأسرة، يعد حقاً من حقوق الزوج، أو حقوق الأسرة على الزوجة، وهو الذي يسمى الاحتباس ناقص، الأمر الذي يوجب التعويض عن هذا النقصان، فتكون مساهمة الزوجة في النفقة هو من باب التعويض عن إهمال الزوجة وتهاونها في القيام بأعباء المنزل<sup>2</sup>.

ب/ إن الزوجة العاملة التي تخرج لساعات وتتفرغ للعمل، لا بد وأن تقصر في أداء واجباتها نحو الأسرة أو تحتاج إلى من يقوم مقامها بسبب خروجها للعمل، كالحاجة لدار حضانة تضع الأطفال فيها ريثما تعود من العمل، أو الاستعانة بحاضنة أو خادمة لتعمل في البيت أو ما شابه ذلك، الأمر الذي يكلف الأسرة مبالغ مالية تلقى على عاتق رب الأسرة وهذا يدعو إلى التساؤل حول من يتحمل هذه التكاليف؟ ومن المنطق أن تتحمل الزوجة نفقات هؤلاء العاملين الذين استدعى وجودهم انشغالها بالوظيفة خارج البيت<sup>3</sup>.

ج/ إن هذا الرأي فيه توسط في دفع الضرر عن الزوجين معاً، فإن الزوجة إن كانت ذات تجارة ومال، فإن مراعاتها له (يقصد المال) فيه مصلحة بينة، بخلاف إذا منعت مراعاته فإن فيه ضرراً بها، وقد يؤدي ذلك إلى تعسف بعض الرجال في استعمال حقه للإضرار بالمرأة والتضييق عليها، وفي المقابل فإن مصلحة الزوج لم تلغ بل روعيت بوجود التمكين والسكن في بعض اليوم، وخفف عنه في قدر النفقة الواجبة شرعاً في مقابل النقص في التمكين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ابن نجيم، البحر الرائق، 195/4، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 577/7، داماد أفندي (عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، والمعروف بداماد أفندي)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت، 489/1.

<sup>2</sup> محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، 309/2.

<sup>3</sup> محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، 310/2، قطب مصطفى سانو، نفقة الزوجة ومرتبها وعملها رؤية منهجية، ص6.

<sup>4</sup> عبد السلام الشويعر أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية، ص 29.

د/ هذا القول فيه مراعاة لأعراف هذا الزمان، إذ معيشة كثير من الأسر موعلة في الكماليات والتحسينات التي لا يلزم الزوج أن يوفرها لزوجته في النفقة الزوجية، فرمما كان في عمل المرأة وكسبها سداد لحاجتها من هذا الباب<sup>1</sup>، وتحقيقاً لمزيد من الرفاهية لأفراد الأسرة، ورفع مستوى معيشتهم، فيحقق رفع بعض الأعباء عن الزوج، من خلال مبدأ المساهمة، وهي ليست ثمناً يقبضه الزوج عوضاً لسماحه للزوجة باقتطاع جزء من وقتها كزوجة لتفضيه كعامله بأجر<sup>2</sup>

ويعترض على هذا الرأي من حيث:

أ/ إن ما قال به الفقهاء في هذا المجال بتشطير النفقة بسبب نقص التمكين أو الاحتباس متعلق بنشوز الزوجة وخروجها إلى العمل دون إذن زوجها، وهي مسألة مختلف فيها، كما أن شروطها غير محققة دائماً، فإنما نناقش مسألة خروج المرأة للعمل في حالة يكون فيها الزوج موافقاً على خروجها في الغالب وشتان بين خروج المرأة دون إذن زوجها وخروجها للعمل، فالأولى في حالة نشوز والثانية ليست في حالة نشوز فلا تسقط عليها النفقة.

ب/ يؤخذ عليهم تصورهم في فهم الاحتباس (التمكين)، فمعيار الاحتباس يتوافر ولو خرجت الزوجة من بيت الزوجية للعمل بإذن الزوج ولا يعني مجرد خروجها للعمل أنها فوتت الاحتباس، ولو قلنا بذلك لكان معنى الاحتباس هو المكوث في منزل الزوج وليس هذا مراد الفقهاء، ومع ذلك فإن خروج المرأة للعمل بموافقة الزوج لا يعد نشوزاً مسقطاً لنفقتها<sup>3</sup>، ثم إنه إذا وافق الزوج على عمل زوجته يكون قد رضي بالتقصير الحاصل من الزوجة في واجباتها، فلا يلزمها دفع تعويض مقابل ذلك ما دامت خرجت برضاه.

ج/ إن التقصير الحاصل من المرأة العاملة لا يجبر في منطلق النقل والعقل بتعويض مالي تدفعه الزوجة من مرتبها كرهاً لزوجها، ولم يعهد من الشرع قط أن الأمر المقصر من أداء واجب من

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، 310/2.

<sup>3</sup> عبد الناصر أبو البصل، الخلافات الزوجية حول إسهام المرأة العاملة في مالية الأسرة، ص 18.

واجباته بدفع جزء من مرتبه أو ناتج عمله لمن قصر في حقه، فلو قصر الزوج من القيام بالقوامة كما أمر الشرع فهل يصح أن نطالبه بدفع جزء من مرتبه أو ماله تعويضاً لهذا التقصير<sup>1</sup>.

د/ إن كل الحجج لا تتيح للزوج أن يستولي على مال زوجته فلكل واحد منها ذمته وماله وكسبه، وقد قال عز وجل: ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ ﴾ [النساء: 32]، وقوله تعالى: ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ [النساء: 29].

ه/ إن القول بمشاركة الزوجة في النفقة نظير النفقات التي كانت سبباً في وجودها، كمصاريف النقل من وإلى مقر العمل والإخدام والحضانة ومصاريف المأكل والملبس الزائد هي ليست من النفقة الزوجية على الزوج وهي تخضع لأحكام النفقات الكمالية غير الواجبة، خاصة إذا كان الزوج معسراً، ومساهمة الزوجة في هذا الباب لا يعد مساهمة في النفقة الزوجية بل هو من النفقات المستحبة لذلك فإن هذا الرأي يقودنا إلى أن المعيار المعتمد هو تصنيف النفقات إلى صنفين:

**الصنف الأول:** نفقات ضرورية حسب المعتاد كالطعام والشراب والمأوى يكلف بها الزوج.

**الصنف الثاني:** نفقات كمالية زائدة فهذه تقع على عاتق الزوجة إن رغبت فيها ولا يكلف

الزوج بها.

ويؤخذ على هذا الرأي أن محور النقاش متعلق بكون أن الزوجة العاملة ملزمة بالمشاركة في

الإنفاق الواجب على الزوج أم لا؟ فالنفقات المستحبة أو الكمالية ليست من النفقة الواجبة<sup>2</sup>.

بينما اتجه رأي آخر إلى استحسان تحميل الزوجة جزءاً من الإنفاق على الأسرة إذا كان الزوج

غير قادر على تحقيق جميع عناصر الإنفاق خاصة إذا كان دخله غير كاف لتحمل نفقات المأكل

<sup>1</sup> قطب مصطفى سانو، نفقة الزوجة ومرتبها وعملها، ص 15.

<sup>2</sup> عبد الناصر أبو البصل، الخلافات الزوجية حول إسهام المرأة العاملة في مالية الأسرة، ص 16.

والملبس والتمريض وكانت الزوجة موسرة أو ذات دخل<sup>1</sup>، وهو رأي يقودنا إلى نتيجة أساسية متمثلة في أن مساهمة الزوجة في الانفاق تكون حسب نسبة عسر الزوج عن تلبية كامل عناصر النفقة، فإذا عجز الزوج عن النفقة بالكلية انتقلت إلى الزوجة بشكل كامل، بما يفيد أن هذا الرأي هو استنساخ لما قال به ابن حزم الظاهري، الذي يرى أن النفقة واجبة على الزوج إلا في حالة عجزه فإنها تنتقل إلى زوجته إذا كانت موسرة وقد سبق التطرق له.

### ثالثاً: معيار السلطة والإرادة

ويقوم هذا الرأي على إمكان إخضاع مسألة النفقة الزوجية إلى اتفاق بين الزوجين حيث ينبغي إفساح المجال للزوجين بوضع شروط في العقد أو باتفاق لاحق لتنظيم شؤونهما المالية<sup>2</sup>.

ويكون الحكم تابعاً لما يتم الإتفاق عليه بين الزوج وزوجته من حيث بقاء النفقة لها عليه أو سقوطها، ويبدو لي من خلال اطلاعي أن هذا الرأي يؤيده أغلب الفقهاء<sup>3</sup>، يقوم على الأدلة التي ساقها فقهاء الحنابلة في مدى الأخذ بالشروط الاتفاقية في عقد الزواج، حيث يعتبرون أن كل شرط يضعه أحد المتعاقدين فيه مصلحة لأحدهما جائز، ما دام يحقق مصلحة لأحدهما وكانت هذه المصلحة المحققة مشروعة وغير محرمة ومن الأدلة التي يبني عليها هذا الاتجاه:

1/ قوله صلى الله عليه وسلم: "...والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"<sup>4</sup>.

2/ قوله صلى الله عليه وسلم: "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، منشورات جامعة دمشق، 1996/1995م، 301/2.

<sup>2</sup> عبد اللطيف محمود آل محمود في بحثه اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، ص 17.

<sup>3</sup> راجع: عبد اللطيف محمود آل محمود، اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، ص 17، عبد الناصر أبو البصل، الخلافات الزوجية حول إسهام المرأة العاملة في مالية الأسرة، ص 14، ناجي بن محمد شفيق عجم، اختلافات الزوجين حول راتب الزوجة الموظفة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 16، ماي 2005، ص 17.

<sup>4</sup> رواه الترمذي في سننه، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، رقم 1352، 28/3، وقال عنه هذا حديث حسن صحيح.

<sup>5</sup> رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم 2721، 190/3.



غير أن ما ذهب إليه الفقهاء المعاصرون يخالف آراء الفقهاء القدامى وعلى رأسهم الفقهاء الحنابلة، باعتبارهم أكثر الفقهاء تشجيعاً على احترام الشروط الاتفاقية بين الزوجين، إذ أنهم يعتبرون إسقاط النفقة الزوجية شرط باطل، ومن ذلك ما جاء في المغني: " .. ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها... أو شرط أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها، لأنها تنافي مقتضى العقد ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم تصح.." <sup>1</sup>.

غير أن الإمام أحمد أفتى في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم فإن النكاح جائز، ولها أن ترجع في هذا الشرط <sup>2</sup> ولا تجبر على تنفيذه، فنخلص مما سبق إلى أن شرط مساهمة الزوجة في الإنفاق حسب مذهب الحنابلة القائلين بحرية الاشتراط هو شرط باطل إذا تضمن إسقاط حق الإنفاق بالكلية عن الزوج وإلزام الزوجة بها، وهو شرط جائز إذا تضمن مشاركة الزوجة في نفقات الأسرة، فتتحمل جزءاً من الإنفاق غير أنه غير ملزم للزوجة، فيجوز لها أن ترجع عنه متى شاءت.

أما في بقية المذاهب فهو شرط باطل ينافي مقتضى العقد، وحكمه فساد الشرط وصحة العقد.

والقراءة المتفحصية لما سبق قوله تصل بنا إلى ترجيح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائم على إلزام الزوج وحده بالنفقة، دون الزوجة نظراً لما يأتي:

1/ إن الناظر في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة نجد أنها أوجبت على الزوج النفقة الزوجية، واعتبرتها واجبا عليه يقوم بها وحده دون زوجته، ولو كان فقيراً معسراً وكانت الزوجة غنية مترفة سواء كانت ذات عمل أو لم تكن كذلك، فلا يمكن قلب الموازين بأن يعفى من تجب عليه النفقة من هذا الواجب، ويلزم بها غيره خاصة إذا كان هذا الغير هو صاحب الحق في النفقة.

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، 94/7.

<sup>2</sup> المصدر نفسه، 95/7.

2/ إن الأدلة التي ساقها الفقهاء والتي تقوم على إلزام الزوجة بالمشاركة في الإنفاق، هي أدلة تعتمد على العقل وتفتقر للنقل، هي أدلة تفتقر إلى المنطق والمعقولية وتناطح الثوابت من نصوص الكتاب والسنة والآثار والأعراف، مما يوجب التبرؤ منها والابتعاد عنها<sup>1</sup>.

3/ إن راتب الزوجة هو حق خالص لها يخضع حكمه إلى حكم التصرف في مالها الذي تدارسه الفقهاء وهو في مقابل جهدها وكدها، فللزوجة الولاية التامة على مالها بغض النظر عن مصدره هل هو إرث أم هو مرتب، لذلك فإن ما يفعله بعض الأزواج بأخذ راتب زوجاتهم هو من قبيل الظلم والتعدي وأكل أموال الناس بالباطل.

4/ إذا كانت مساهمة الزوجة في النفقة من قبيل التبرع والتكافل والتعاون بين الزوجين فإنها تدخل في باب الأخلاق الحميدة التي حث عليها الإسلام ورغب فيها فعلى الزوجة أن تدرك بفعلها أنها تنال أجر الصدقة وأجر القرابة كما حث على ذلك الرسول الكريم عليه الصلوات والسلام.

#### البند الثالث: مساهمة الزوجة العاملة في الإنفاق في القانون

تبنت معظم التشريعات العربية قاعدة إلزام الزوج بالنفقة كأصل عام إلا أنها من ناحية أخرى، تبنت الأفكار الحديثة المتعلقة بفكرة الشراكة بين الزوجين، والتي يجب تعزيزها بالشراكة المالية القائمة على أساس المشاركة والتعاون بين الزوجين، في تحمل الأعباء الأسرية بما فيها الأعباء المالية، والتي تعني مساهمة الزوجين في الإنفاق، مع عدم التصريح بذلك.

تنطلق هذه الرؤية من تصور للأهداف التي بني عليها عقد الزواج، والتي من بينها فكرة التعاون والمشاركة بين الزوجين، وهو أمر يمكن التنبه إليه من خلال التعاريف التي وضعتها هذه التشريعات لعقد الزواج، من خلال استبعاد التعاريف التي وضعها الفقهاء القدامى<sup>2</sup> والتي تفيد حل

<sup>1</sup> قطب مصطفى سانو، نفقة الزوجة ومرتبها وعملها، ص 15.

<sup>2</sup> من تعاريف الفقهاء القدامى لعقد الزواج نجد عرفه الحنفية بأنه: "عقد يفيد حل استمتاع الرجل بامرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي قصدا" (ابن نجيم، البحر الرائق، 3/83، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 3/03)، عرفه المالكية بـ: "هو عقد على مجرد التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها بينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمتها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر" (النفراوي، الفواكه الدواني، 2/03).

الاستمتاع بين الزوجين، واعتمادها لتعاريف تركز على أهداف الزواج، التي تقوم على المودة والتعاون والتشارك بين الزوجين، لذلك جاء في المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري "الزواج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"<sup>1</sup>.

فلفظ التعاون يعني المشاركة والمساهمة بين الزوجين في كل متطلبات الحياة وقد تعزز مفهوم المشاركة والتعاون بين الزوجين وظهر جليا من خلال التعديلات التي أدخلها المشرع العربي في أواخر القرن الماضي وبداية القرن الحالي من خلال التركيز على مبدأ الحقوق والواجبات المشتركة للزوجين، وهو ما نلمسه في قانون الأسرة الجزائري، من خلال التعديل الذي أدخله سنة 2005م، الذي يقضي بإلغاء النصوص التي تتحدث على واجبات الزوج (المادة 37) وحقوق الزوجة (المادة 38) وواجبات الزوجة (المادة 39)، تعديل المادة 36 التي تحدث فيها المشرع على الحقوق والواجبات المشتركة وركز فيها على واجبات الحياة المشتركة والتعاون على مصلحة الأسرة، التشاور في تسيير الأسرة.<sup>2</sup>

وقد حرص المشرع على التركيز على مبدأ الشروط الاتفاقية بين الزوجين، والتي يمكن من خلالها أن يتفق الزوجان على كل ما يريانه مناسبا لتعزيز فكرة التعاون والمشاركة بينهما خاصة ما تعلق بعمل الزوجة، ف جاء في المادة 19 من قانون الأسرة: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في

<sup>1</sup> إلى المنحى نفسه ذهب المشرع السوري في مادته الأولى التي جاء فيها: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل".

<sup>2</sup> المادة 36 من قانون الأسرة "يجب على الزوجين:

- 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- 2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.
- 3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
- 4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.
- 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.
- 6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين الأقربين بالحسنى والمعروف.
- 7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناهى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"

كما أن الشروط الاتفاقية يمكن أن تمتد لتشمل تنظيم الأموال التي يكتسبها الزوجان خلال فترة الزواج وكيفية التصرف فيها، و التي يدخلها ضمنها المساهمة في النفقة الزوجية، فجاء في المادة 37: " لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

ما نستخلصه مما تقدم أن المشرع الجزائري، تبني فكرة مساهمة الزوجة في الإنفاق بناء على اتفاق بين الزوجين، لذلك فإن مساهمة الزوجة في الإنفاق يكون بناء على اتفاق بين الزوجين يتضمن مسألة عمل المرأة ونسبة مشاركتها في النفقة على الأسرة.

وما قلناه على المشرع الجزائري يتكرر مع المشرع المغربي من اعتماد مبدأ إلزام الزوج بالنفقة ثم اللجوء فكرة الشروط الاتفاقية بين الزوجين لتنظيم حياتهما المالية إلى حد التطابق بين التشريعين ولاسيما ما جاء المادتين 48 و 49 من المدونة<sup>1</sup>.

ويعدُّ المشرع التونسي من التشريعات العربية القليلة التي تبنت صراحة فكرة إلزام الزوجة بالمساهمة في الإنفاق، فبالنسبة لموقف المشرع التونسي كما سبق وأن تناولناه<sup>2</sup> عبر عنه في الفصل 23، فألزم الزوجة بالمساهمة في الإنفاق إذا كان لها مال، لذلك فإن الزوجة العاملة مطالبة بالمساهمة في الإنفاق إذا كانت ذات مال نظراً لثروتها أو كانت تحصل عليه مقابل عملها.

وتواجه الدول الإسلامية ضغوطا شديدة من قبل المجتمع الدولي، بفعل المؤتمرات والاتفاقيات الدولية التي تم تنظيمها في السنوات الأخيرة بهدف دراسة وضعية المرأة ورفع التمييز ضدها، وهو

<sup>1</sup> المادة 48 من مدونة الأسرة المغربية: " الشروط التي تحقق فائدة شروعة لمشروطها تكون صحيحة لمن التزم بها بين الزوجين...". أما المادة 49 من المدونة فتتص على: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي تكسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها...".

<sup>2</sup> راجع الفرع السابق، ص 237.

توجه يعكس رغبة المجتمع الدولي في السير نحو عوامة القوانين المنظمة للأسرة، إلا أنه يعاب على هذا التوجه مخالفته للقيم والمبادئ الإسلامية، والسمة البارزة التي لعبت عليها المؤتمرات والاتفاقيات هي العمل على القضاء على كافة أشكال التمييز على أساس الجنس، لأجل ذلك يتوجب على الدول تغيير تشريعاتها وأعرافها وتقاليدها، وإغفال الخصوصية الثقافية التي تميزها، والتي يرون أنها تُعد سبباً في فرض التمييز على المرأة، والدعوة لتحقيق المساواة الكاملة بين المرأة والرجل إلغاء الدور النمطي الذي يقوم به كل من الرجل والمرأة داخل الأسرة، فشنت هذه المؤتمرات هجوماً عنيفاً على تقسيم الأدوار بين الزوجين بأن تكفي الزوجة بالأعمال المنزلية، ويتكفل الزوج بالعمل خارج البيت، مع التزامه بالنفقة الأسرية .

من أهم ما خرجت به هذه المؤتمرات ما جاءت بعده وثيقة بكين عندما نصت على ضرورة تقاسم الرجل والمرأة المسؤوليات عن الأسرة بالتساوي، والشراكة المنسجمة بينهما أمور حاسمة لرفاهيتهما ورفاهية أسرتهما فيؤخذ على هذا النص إشارته إلى التساوي المطلق بين الزوجين حول مسؤوليات الأسرة، بما في ذلك الالتزامات المتعلقة بالنفقة، الأمر الذي يتعارض مع نظام القوامة الذي تعرفه الشريعة الإسلامية، ومن بين التوصيات التي خرج به هذا المؤتمر اعتبار اتفاقية سيداو الإطار العام لتعريف حقوق الإنسان للمرأة، وتتحلى خطوة هذه الخطوة في فرض ثقافة العوامة، واعتبار هذه الاتفاقية المرجع الوحيد للدول في قضايا المرأة، ورفض الاختلاف التشريعي والقانوني لكثير من الدول، بما فيه خصوصية قوانين الأحوال الشخصية، لذلك فإننا نتجه نحو مزيد من الضغوط من قبل المنظمات الدولية والدول العظمى من أجل إدخال تعديلات على قوانيننا الأسرية، والتي تسير بنا في اتجاه عوامة هذه القوانين، ولكن وفق المبادئ الغربية التي تساوي بين الزوجين في النفقة على الأسرة في ممارسة العمل خارج المنزل، فهل سنرضخ أم نقاوم؟

هذا ويلقى إشراك المرأة في العمل والانفاق الأسري تأييداً من بعض الشراح<sup>1</sup> انطلاقاً من مبدأ أن مساهمة الزوجة أصبحت عرفاً جارياً في مجتمعنا اليوم فلا بد من الأخذ بعين الاعتبار هذا العرف

<sup>1</sup> رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين، ص 271. رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، ص 93.

باعتباره مصدراً للقانون<sup>1</sup>، ويتعزز هذا الاعتقاد بإقدام بعض الدول العربية على إلزام الزوجة بالنفقة والمساهمة في مصروفات البيت<sup>2</sup>.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

<sup>1</sup> رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين، ص 98.

<sup>2</sup> هجيرة دنوبي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، ص 58.

## المطلب الثاني: الاشتراك من حيث المساهمة في الممتلكات

الأصل في الشريعة الإسلامية استقلال كل زوج بذمته المالية، ما يعني استقلال كل زوج بممتلكاته وعدم وجود اشتراك في الأموال بينهما، وأن كل زوج إذا مارس نشاطاً عاداً عليه بمال كان هذا المال حق خالص له وحده، لذلك فإنه إذا ثار نزاع بين الزوجين حول الممتلكات الأسرية فإن الفصل في هذا النزاع يتم حسب قواعد شرحها الفقهاء.

إلا أن هناك بعض الأعراف والعادات التي أقرها بعض الفقهاء وُجدت في بعض المناطق تقوم على إمكانية الاشتراك من خلال افتراض أن هناك مساهمة بين الطرفين في تكوين هذه الثروة، مما دعا بعض الأصوات للمطالبة بتفعيل هذا الاشتراك وتقنينه وتعميمه على باقي المناطق<sup>1</sup>، واعتباره مرجعاً للتصدي للنوازل الحديثة.

وإن كان المشرع الجزائري لم يخض في هذا الموضوع فإن بعض التشريعات وبالأخص المشرع المغربي احتضن مثل هذه الأفكار، خاصة في تعديله الأخير، لذلك فإننا سنتناول هذا الموضوع بالتركيز على ما هو موجود في التشريع والقضاء المغربي خاصة.

## الفرع الأول: مساهمة الزوجة في تنمية أموال الزوج

قد يقع وأن تساهم الزوجة في تكوين الثروة الأسرية من خلال مساعدتها لزوجها في تنمية أمواله، سواء كان ذلك بمساعدته في نشاطها تجاري أو صناعي أو زراعي فيعود على الزوج بالفائدة، أو من خلال الجهود التي تقوم بها بإنفاق راتبها في حاجيات الأسرة وتكوين ممتلكاتها، فتكون مساهمة بذلك في تكوين ثروة الزوج وزيادتها، مما يطرح إشكال ما مدى حق الزوجة في هذه الممتلكات خاصة بعد الوفاة أو الطلاق؟ فهل تكتفي الزوجة بعد طلاقها بنفقة عدتها أو بعد وفاة زوجها بنصيبها من الميراث فقط، في حين أن الزوجة كان لها دور خلال حياتها الزوجية في تنمية أموال زوجها وتكوين ثروته.

<sup>1</sup> طالبت العديد من المنظمات الحقوقية من خلال الندوات التي نظمتها والبيانات التي أصدرتها، أو من خلال الاستشارة التي قدمتها للجنة المكلفة بإعداد مدونة الأسرة، حيث طالبت بإقراره أكثر من 40 هيئة وجمعية (حفيظة توتة)، الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية بين النص القانوني والعمل القضائي، مجلة المحامي، هيئة المحامين براكش، ع53، يوليو 2009، ص60

وانطلاقاً مما سبق جرى العمل في بعض المناطق من المملكة المغربية على إشراك الزوجة في الأموال التي ساهمت في تنميتها وأقر هذا العمل بعض الفقهاء أطلق عليه حق الكد والسعاية، فكان أرضية خصبة لتقنينه وتعميمه، بحجة أن التطورات التي طرأت على المجتمع جعلت فكرة مساهمة الزوجين في تكوين أموال الأسرة واختلاط أموالهما أمراً وارداً وبكثرة، لذلك ينبغي مراعاتها، وعلينا أن نقدم الرأي الشرعي والقانوني لهذه المسألة.

**البند الأول: حق الزوجة الاستفادة من تنمية أموال الزوج في الشريعة الإسلامية (حق الكد والسعاية).**

قد تساهم الزوجة في تنمية ثروة زوجها من خلال مساعدته في بعض الأعمال ذات القيمة الاقتصادية، وهو ما اصطلح عليه بحق الكد والسعاية، لذا يجب دراسته وبيان حكمه الشرعي.

**أولاً: مفهوم الكد والسعاية**

**1/ معنى الكد والسعاية:**

أ/ الكد والسعاية لغة: الكد والسعاية هي ترجمة لكلمة أمازيغية مستعملة لدى منطقة الأطلس الصغير والسهول المحيطة به (منطقة سوس) بالمغرب الأقصى وهي " تامازالت"<sup>1</sup>، وهي مشتقة من " أزل" بمعنى سعى وجرى ومنها جاءت التسمية العربية " الكد والسعاية"<sup>2</sup>.

والكد يعني الشدة في العمل وطلب الرزق والإلحاح في محاولة الشيء، ويكد كدّاً: اشتد في العمل ويعني أيضاً العمل بعناء ومشقة<sup>3</sup>، لذلك سمي هذا الحق بحق الشقاء.

<sup>1</sup> الملكي الحسين بن عبد السلام، نظام الكد والسعاية، دار الحديث الحسنية الرباط، 2431هـ/ 2010م، 03/1.

<sup>2</sup> محمد مومن، حق الكد والسعاية- دراسة لحق المرأة في اقتسام الممتلكات خلال فترة الزواج في القانون المغربي-، مجلة الحقوق، ع1، السنة 30، يونيو 2006، ص 162.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، 3833/42.



أما السعاية فهي من سعى سعياً، أي مشى وعمل وقصد، وسعى في حاجة الرجل أي تسبب له في قضائها، وسعى لعياله أي كسب لهم وفي الكتاب قوله تعالى: ﴿لِتُجْزَى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا تَسَعَى﴾ [طه: 15] أي إلا بما عمل<sup>1</sup>.

ويمتاز الكد والسعاية بكثرة التسميات كحق الجارية، حق الشقاء، حق الكد، حق السعاية، والمصطلح الأنسب والأشمل هو حق الكد والسعاية<sup>2</sup>

ب/ الكد والسعاية اصطلاحاً: من التعاريف التي وضعت لحق الكد والسعاية

عرفها الملكي الحسين بأنها: "حق المرأة في الثروة التي ينشئها الزوج معها خلال فترة الحياة الزوجية"<sup>3</sup>.

وعرفها عمر المزكلي بأنها: "حق شخصي يقوم على أساس مساهمة السعاة في إطار شركة عرفية على تنمية الثروة الأسرية أو تكوينها، مقابل استحقاقهم جزءاً من المستفاد يتناسب وقدر مساهمتهم حين إجراء القسمة، وكل ذلك يتم وفق مقتضيات العرف المحلي وقواعده"<sup>4</sup>.

وفق هذا التعريف تتجلى الخصائص العامة لحق الكد والسعاية في<sup>5</sup>:

- 1- حق الكد والسعاية حق شخصي تقوم فيه علاقة الدائنية بين الساعي وصاحب الدمنة.
- 2- حق الكد والسعاية يترتب عن شركة عرفية بين الساعي وصاحب الدمنة هما الزوجان في الغالب.
- 3- حق الكد والسعاية ناتج عن مساهمة الساعي في تكوين الثروة.
- 4- حق الكد والسعاية يخضع لقواعد منظمة أساسها العرف.

<sup>1</sup> المصدر نفسه، 2020/23.

<sup>2</sup> عمر المزكلي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، ديبلوم دراسات عليا معقمة، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، أكادال، الرباط، 2006/2005م، ص8.

<sup>3</sup> نقلا عن نورة بوطاهر، العلاقات المالية بين الزوجين، ص 122.

<sup>4</sup> عمر المزكلي، حق الكد والسعاية، ص 57.

<sup>5</sup> للتفصيل أكثر راجع: عمر المزكلي، حق الكد والسعاية، ص 57-59.

## 2/ عناصر الكد والسعاية:

يترتب حق الكد والسعاية بتوفر أربعة عناصر وهي:

**1/ الساعي:** هو فرد من أفراد الأسرة يسعى ويكد لتنمية رأسمال الأسرة من حيث المبدأ فإن حق الكد والسعاية يطبق على جميع أفراد الأسرة، إلا أنه يختص بالزوجة على وجه الخصوص نظراً لطبيعة البلاد التي نشأ فيها العرف، حيث تساعد المرأة زوجها في الحصاد والدرس والاحتطاب وتربية البهائم<sup>1</sup>.

**2/ السعي:** وهو الجهد المبذول الذي يقوم به الساعي إيجابياً لتكوين رأس المال وتنميته وهو يختلف باختلاف السعاة قوة وضعفاً تبعاً لسنهم وجنسهم ومقوماتهم الذاتية ومؤهلاتهم الحرفية وخبرتهم الفنية<sup>2</sup>.

**3/ تكوين رأس المال وتنميته:** ولا يكون ذلك إلا بتحقيق نتيجة من مجهود الساعي والمثلة أساساً في تكوين رأس المال أو تنمية رأس مال موجود، ولا يعتد إلا بما زاد من الدمنة، فمثلاً لو عمل الساعي بالحرث وخدمة الأرض فحقه لا يتعلق بالأرض ذاتها التي تبقى لصاحبها وإنما فقط بما نتج عن جهوده من ثمار الأرض<sup>3</sup>.

**4/ مقابل السعي:** وهو ما يحصل عليه الساعي بعد تحقق العناصر الثلاثة السابق ذكرها ويتعلق به أمران:

**الأمر الأول:** أن حق الساعي لا يتعلق بالدمنة ككل، وإنما بما يزيد بها نتيجة عمل الساعي.

**الأمر الثاني:** أن مقابل السعي يختلف باختلاف الجهد الذي بذله كل واحد من السعاة، فليس القوي كالضعيف، ولا الصغير كالكبير ولا الصانع كغيره.

<sup>1</sup> الحسن العبادي، عمل المرأة في سوس، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، دط، دت ص 05.

<sup>2</sup> محمد مومن، حق الكد والسعاية، ص 165.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 166.

وإن كان نظام الكد والسعاية الأصل فيه تعميمه على كل أفراد الأسرة فإننا في هذا الجانب يخصص بالدراسة حق الزوجة في الكد والسعاية باعتبارها تمثل الجانب الأكثر أهمية والأكثر إثارة من حيث كثرة المنازعات التي قد تظهر بمجرد الطلاق أو الوفاة.

### ثانياً: السند الشرعي لحق الكد والسعاية

هناك تضارب بين الفقهاء حول السند الشرعي لحق الكد والسعاية فمنهم من ردها إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، ومنهم من ردها إلى حكم عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-، ومنهم من جعلها من فتاوى الفقهاء، ومنهم من ردها إلى العرف كونها مرتبطة بنطاق جغرافي محدود، وفيما يلي هذه الآراء:

- 1/ مبادئ الشريعة الإسلامية: ينطلق بعض المدافعين عن الكد والسعاية من قوله تعالى: ﴿
- وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴿٣٩﴾ [النجم: 39]، وقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبْنَ ﴿٣٢﴾ [النساء: 32] وقوله أيضاً: ﴿وَأِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ أَحَدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ؕ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ [النساء: 20].

فالمرأة التي قطعت شوطاً أو أشواطاً مع زوجها في درب الحياة الزوجية وشاركته في حلو الحياة ومرها، نجد كثيراً من المعاني توصي بعدم حرمان الزوجة من كدها وشقاها والتي تستحق الوقوف عندها، فكلمة استبدال تعني طلاق المرأة واستبدالها بأخرى وكلمة قنطاراً تعني كثرة المال المعطى، وهي لا تتعلق بالمهر لأنه لا يناسب هذا المقام بل يعني حق كبير من المال يعطي للمطلقات اللاتي أبلين حياتهن الزوجية ثم بقدرة قادر رغب الزوج في الطلاق واستبدالها بأخرى<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أدريس حمادي، آفاق تحرير المرأة في الشريعة الإسلامية، دار أبي رقرق، الرباط، ط2، 2003، ص 138 وما بعدها، نقلاً عن: محمد أفاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، دبلوم دراسات عليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2006/2005م، ص57، عمر المرزكلي، حق الكد والسعاية، ص 92.

واعترض على هذا التفسير أنه رأي افتراضي لا يرقى لليقين، ذلك أن القول بأن المهر تستهلكه الزوجة قبل الفراق هو افتراضي ليس إلا، إذ من يمنع أن يكون لها مؤخر الصداق، وقد احتجت الصحابية الجليلة على عمر -رضي الله عنه- بعدم تحديد الصداق في حده الأعلى بالآية: ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا﴾ بما يفيد أن الأمر يتعلق بالمهر لا شيئاً آخر<sup>1</sup>.

2/ حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه: استند أصحاب هذا الاتجاه على الأثر من قضاء عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- لتأصيل مشروعية الكد والسعاية، ويتعلق الأمر بقضية رجل اسمه عامر بن الحارث وزوجته حبيبة بنت زريق<sup>2</sup> ذكرها ابن أبي زمنين<sup>3</sup> في منتخب الأحكام وعزاها لابن حبيب<sup>4</sup> في كتابه الأحكام، قال: "أصل شركة الزوجين أن عامر بن الحارث كان قصاراً وزوجته حبيبة ترقم الثياب حتى اكتسبا مالاً كثيراً، فمات عامر وترك أموالاً، فأخذ ورثته مفاتيح المخازن والأجنحة، واقتسموا المال، ثم قامت عليهم زوجته وادعت عمل يدها وسعائتها، فترافعت مع الورثة لأمر المؤمنين عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-، فقضى بينها وبين زوجها بشركة المال نصفين، فأخذت الزوجة النصف بالشركة والربع من نصيب الزوج بالميراث لكونه لم يترك أولاداً وأخذ الورثة الباقي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عمر المزكلي، حق الكد والسعاية، ص 94.

<sup>2</sup> بحثت عن ترجمة لعامر بن الحارث وحبيبة بنت زريق ولكن للأسف لم أجد لها

<sup>3</sup> أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن أبي زمنين المري القرطبي: الفقيه الحافظ إمام المحدثين، له تأليف مفيدة منها تفسير القرآن العظيم، والمنتخب في الأحكام وكتاب المهذب واختصار شرح ابن المزين للموطأ، مولده سنة 324 هـ وتوفي سنة 399 هـ/1008م (ابن مخلوف، شجرة النور الزكية، 1/150).

<sup>4</sup> عبد الملك بن حبيب بن سليمان القرطبي المالكي، يكنى: أبو مروان، رحل فسمع من عبد الملك بن الماجشون، ومطرف بن عبد الله، وإبراهيم بن المنذر الجذامي، وأصبغ بن الفرج، ثم انصرف إلى الأندلس وقد جمع علماً عظيماً. وله مؤلفات في الفقه والتاريخ، والأدب كثيرة حسان، منها: الواضحة التي لم يؤلف مثلها توفي سنة 238 هـ (القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، 4/122).

<sup>5</sup> الرحمانى عبد الله بن محمد الجشتمى، العمل السوسى في الميدان القضائى، مكتبة المعارف، الرباط، 1984م، 1/283، نقلا عن: رشيد داودي، العلاقات المالية بين الزوجين وفق مدونة الأسرة، ديبلوم دراسات عليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2006/2005م، ص 119.

وبناءً على هذا الأثر هناك من اعتبر أن حق الكد والسعاية ليس حكم عرفياً خاصاً بمنطقة معينة، وإنما يستند إلى دليل شرعي<sup>1</sup>.

ما لاحظته أن كل الذين كتبوا عن حق الكد والسعاية استشهدوا بهذا الأثر ونقلوه عن الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي في كتابه العمل السويسي في الميدان القضائي الذي نقل هذا الأثر عن ابن أبي زمنين في كتابه منتخب الأحكام، والذي نقله بدوره عن ابن حبيب في كتابه الأحكام، ولا أحد كلف نفسه الاطلاع على هذين الكتابين لتوثيق المعلومة من مصدرها، ومن خلال إطلاعي على النسخ المتوفرة لهذين الكتابين لم أجد أي ذكر لهذا الأثر<sup>2</sup>.

ويمكن الرد على الاحتجاج بما أفتى به عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بـ:

أ- إن ما أفتى به الفاروق عمر بن الخطاب عليه الرضوان قد يكون بناء على اتفاق بين الزوجين والعقد شريعة المتعاقدين فكانت هناك شركة قائمة، لذلك استحقت الزوجة نصف المال.

ب- إن من قواعد القسمة إذا تعلق الأمر بالكد والسعاية هي إخراج الدمنة أولاً ثم قسمة الباقي من المال على السعاة بقدر مساهمتهم وهو ما لم يحدث<sup>3</sup>، فمن سابق الأثر يُرحح أن تكون قسمة المال مناصفة دليل على وجود شركة بين الزوجين.

ج- ربما كان النزاع يتعلق بمتاع البيت فيتم القسمة بإخراج ما هو معتاد للرجال ما هو معتاد للنساء ثم قسمة الباقي مناصفة بينهما.

**3/ فتاوى الفقهاء:** يذهب اتجاه آخر في الفقه إلى أن حق الكد والسعاية يجد أصله في

فتاوى الفقهاء المالكية، ومنهم من نسبها إلى الإمام مالك نفسه، ومن ذلك أن العلامة محمد

1 عمر المزكلي، حق الكد والسعاية، ص 98.

2 أنظر: ابن أبي زمنين (أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى المرّي الأندلسي)، منتخب الأحكام، تح: محمد عماد مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، الرباط، ط1، 2000م.

وكذلك: ابن حبيب (أبي مروان عبد الملك بن حبيب الأندلسي القرطبي المالكي)، الأحكام، تح: أحمد بن عبد الكريم نجيب، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1435هـ/2014م

3 عمر المزكلي، حق الكد والسعاية، ص 98.

الورزازي<sup>1</sup> سئل عن الزوجة إذا كانت تخدم في دار زوجها هل لها الحق فيما استفادة زوجها من خدمته وخدمتها أم لا؟ فأجاب: قال الإمام ابن العطار<sup>2</sup> مذهب مالك وأصحابه أن المرأة إذا كانت تعمل مثل النسيج والغزل ونحوهما فإنها شريكة الزوج فيما استفادة من خدمتها إنصافاً بينهما وكذا الأم مع أولادها والأخت مع إخوتها، والبنت مع أبيها ونساء البادية والحاضرة سواء<sup>3</sup>، وفي مواضع أخرى ذكر أنه رأي مالك وابن القاسم، وبهذا أفتى أبو الوليد بن رشد وأبو عبد الله بن الحاج<sup>4</sup> .<sup>5</sup>

ومن الباحثين من نسبها إلى بعض فقهاء المغرب وخاصة ابن عرضون<sup>6</sup> وهو أول من أفتى بذلك عندما كان قاضياً<sup>7</sup> بأن مشاركة الزوجة زوجها في أعمال البادية المتعلقة بالحرث والحصاد وقطف الزيتون وتربية الماشية، يترتب عليه مشاركتها في إياه الأموال المنماة بقدر عملها عند وفاة الزوج.

<sup>1</sup> الورزازي: هو العلامة أبو عبد الله محمد بن عليّ الورزازي أصلاً، التطواني داراً وسكناً ومدفناً، له فهرسة في نحو ثلاث كراريس، ساق فيها نصوص إجازات من ذكر له، وذكر فيها أنه قصد فاساً بقصد القراءة عام 1163 هـ، وسمع صالح الحبيب صحيح مسلم بالزاوية الحمزاوية. ولم يذكر تاريخ وفاته، ومن تلاميذه أيضاً الشيخ الرهوني. (عبد الحي الكتاني (محمد عبد الحي بن عبد الكبير ابن محمد الحسيني الإدريسي)، فهرس الفهارس والأنبات ومعجم المعاجم والمشیخات والمسلسلات، تح: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط2، 1982، 1112/2).

<sup>2</sup> ابن العطار: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد المعروف بابن العطار الأندلسي الإمام الفقيه العالم المشاور المتفنن فحج ولقي أعلاماً فأخذ عنهم ولقي بالقيروان ابن أبي زيد فناظره وذاكره، وعنه أخذ ابن الفرضي وغيره. مولده سنة 330 هـ وتوفي في ذي الحجة سنة 399 هـ/1008م (ابن فرحون، الديباج المذهب، 231/2، القاضي عياض، ترتيب المدارك، 148/7).

<sup>3</sup> المهدي الوزاني (أبي عبد الله سيدي محمد المهدي بن محمد الوزاني الشريف العمراني الحسيني)، النوازل الصغرى المسماة المنح السلمية في النوازل الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، 1993، م، 305/3.

<sup>4</sup> أبو عبد الله محمد بن محمد العبدري الفاسي المعروف بابن الحاج: العالم المشهور صاحب كتاب المدخل وهو كتاب حفييل جمع فيه علماً غزيراً والاهتمام بالوقوف عليه متعين. توفي بالقاهرة سنة 727 هـ/1336م (ابن مخلوف، شجرة النور الزكية، 313/1).

<sup>5</sup> وهو كلام منقول عن الفقيه أبي الفضل راشد (أنظر: عيسى بن علي الحسيني العلمي، النوازل، تح: المجلس العلمي بفاس، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1983، م، 189/1).

<sup>6</sup> ابن عرضون: محمد بن الحسن بن يوسف، أبو عبد الله بن عرضون، قاض مالكي مغربي ولي القضاء بشفشاون، وهو من أهلها. وتوفي بفاس سنة 1012 هـ/1603م له كتب، منها التحفة العزیزة في شرح عقيدة السنوسي والمتنع المحتاج في آداب الأزواج (الزركلي، الأعلام، 89/6).

<sup>7</sup> الرهوني (محمد بن أحمد يوسف الرهوني)، حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني، المطبعة الأميرية ببيلاف، مصر، ط1، 1306 هـ، 36/4.

وقد لاقت هذه الفتوى معارضة شديدة من علماء فاس واعتبروا هذه الفتوى تحريف للشريعة وخرق لأصولها، وهي فتوى لا يعرف لها أصل ولا سند إلا مجرد موافقة مألوف الناس ومجرد دعواهم، ولا تحل الفتوى في دين الله إلا بالمشهور، ومن الفساد الاستناد في الأحكام والفتوى إلى أغراض الناس وإتباع أهوائهم من غير دليل شرعي، وقالوا في ذلك إن الشركة لا تكون إلا بناء على اتفاق بين الشريكين ودون ذلك فلا، وفي مثل هذه الحالة فإنه يفرق بين أن تكون الزوجة متبرعة بعملها فلا شيء لها، وبين أن تكون عاملة لنفسها فيكون لها أجره المثل<sup>1</sup>، وفي ذلك قال الناظم<sup>2</sup>:

وخدمة النساء في البوادي      للزوج بالدراس والحصاد  
قال ابن عرضون لهن قسمة      على التساوي بحساب الخدمة  
ولكن أهل فاس فيها خالفوا      قالوا لهم في ذلك عرف يعرف

والحقيقة التي يجب أن نقف عندها من خلال ما سبق، أن المفتي به في الفقه المالكي هو جواز اعتبار الشراكة بين الزوجين في الأموال المنمّاة، إذا تعلق الأمر بالأعمال ذات الطابع الصناعي، والتي يكون فيها للزوجة دور تحويل مواد أولية إلى مواد مصنعة كأعمال النسيج والخياطة والغزل وحياسة الزرّابي، ولا يتعدى إلى غيره من الأعمال، وعليه فإن ما أفتى به ابن عرضون بجواز قيام الشركة بين الزوجين في الأموال المنمّاة في الأعمال الزراعية من حرث وحصاد وتربية المواشي، مبني على القياس على المسألة الأولى.

<sup>1</sup> الرهوني، حاشية الرهوني، 38/4، عمر الجيدي، ابن عرضون الكبير، منشورات عكاظ، الرباط، 2005م، ص 196.

<sup>2</sup> الرهوني، حاشية الرهوني، 36/4.

للتفصيل أكثر راجع: فريد بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي، ص 182-183.

وقد عارض هذه الفتوى غيره من العلماء لكونه قياس مع الفارق، لأن الزيادة في غلة الصوف والنسيج لا تعتبر غلة للصوف، فلا يشملها حديث "الخراج بالضمنان"<sup>1</sup>، وهذا هو السر الذي تفتن له هؤلاء المحققون حين حكموا بالشركة بالغزل دون الزرع، وغاب هذا السر عن ابن عرضون<sup>2</sup>.

4/ العرف والعادة: ذهب اتجاه في الفقه أن الكد والسعاية راجع إلى العرف والعادة وفي ذلك قال الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي: "وقد حاولت الحصول على أصل هذه السعاية واطلعت على الفتوى التي شملت آراء الفقهاء السوسيين حول سعاية المرأة فوجدت الأغلبية منهم قد أجازوها بناء على ما جرت به العادة والعرف"<sup>3</sup>.

وإقرار هذا الرأي يعني أن تطبيق أحكام السعاية يُتصور تطبيقها فقط على منطقة جغرافية معينة، هي منطقة سوس بالمملكة المغربية، فلا يستبعد أن يكون عرفاً خاصاً بهذه المنطقة ولما عُرض على فقهاءها أقره في فتاويهم، واعترف به قضاة هذه المنطقة فطبقوه في أحكامهم.

وإذا قمنا بتحليل هذا الحكم فإننا نجد يتعارض مع الحكم العام للمذهب المالكي الذي يرى أن الزوجة لا تخدم زوجها إلا في شؤون البيت كالطهي والخبز والكنس، ولها أن تمتنع بما سوى ذلك

<sup>1</sup> رواه أبو داود في سننه، أبواب الإجارة، باب من اشترى العبد فاستعمله ثم وجد فيه عيباً، رقم 3508، 284/3، بن ماجه في سننه، كتاب التجارة، باب الخرج بالضمنان، رقم 2243، 754/2، الترمذي في سننه، أبواب البيوع، باب في من اشترى العبد فاستعمله ثم يجد فيه عيباً، رقم 1286، 582/2.

قال عنه الترمذي حديث حسن غريب، وقال عنه الألباني حديث حسن (الألباني، إرواء الغليل، 158/5).

قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الخراج بالضمنان، يريد بالخراج ما يحصل من غلة العين المبتاعة عبداً كان أو أمة أو ملكاً وذلك أن يشتريه فيستغله زماناً ثم يعثر منه على عيب قدس لم يطلع البائع عليه أو لم يعرف فله رد العين المبيعة وأخذ الثمن ويكون للمشتري ما استغله لأن المبيع لو كان تلف في يده لكان في ضمانه ولم يكن له على البائع شيء والباء في بالضمنان متعلقة بمحذوف تقديره الخراج مستحق بالضمنان أي بسببه (راجع، السندي) محمد بن عبد الهادي التنوي، أبو الحسن، نور الدين السندي، حاشية السندي على سنن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، سوريا، ط2، 1406هـ/1986م، 255/7.

<sup>2</sup> محمد التاويل، اشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية - رؤية إسلامية، مطبعة أنفوبرانت، فاس، المغرب، ص 37-38.

<sup>3</sup> الرحماني عبد الله الجشتمي، العمل السوسي في الميدان القضائي، 281/1 نقلاً عن رشيد داودي، العلاقات المالية بين الزوجين، ص 281.



من أعمال، خاصة الأعمال ذات الصبغة الاقتصادية المنتجة للثروة، وفي هذا الشأن يقول الإمام الخرخشي<sup>1</sup>: "أن المرأة لا يلزمها أن تنسج لزوجها ولا أن تغزل ولا أن تخطط وما أشبه ذلك لأن هذه ليست من أنواع الخدمة وإنما هي من أنواع التكسب وليس عليها أن تكسب له إلا أن تتطوع..."<sup>2</sup>. وقد أفتى فقهاء المالكية بعدم لزوم تكسب الزوجة لزوجها حتى ولو جرت العادة بذلك، لأنه تكسب للنفقة وهي واجبة عليه لها<sup>3</sup> فهو عرف فاسد، ويترتب على أعماله عند بعضهم فساد النكاح قبل الدخول و يثبت بعده، لأنه يؤدي إلى اجتماع عقدين في عقد واحد وهما النكاح والإجارة، وإعمال العرف القائم على مشاركة الزوجة في أموال زوجها عند الوفاة هو من قبيل العرف الفاسد، الذي لا ينبغي مراعاته، لأن مراعاة العرف يكون في المسألة التي لم يرد بها حكم<sup>4</sup>، والحكم موجود وهو أن يكون لها أجر مقابل الخدمة، إلا أن تكون متبرعة، وهذا هو الحق الذي يجب أن يدان له.

وقد رأى بعضهم جواز تحكيم العادة في ذلك فتلزم بالتكسب له<sup>5</sup>، فجاء في نوازل المهدي الوزاني: "سئل عبد الوهاب الزقاق عن النساء في البوادي، ذلك أن المرأة منهن تخدم في بيتها مع زوجها الخدمة الظاهرة والباطنة، وخدمة الزرع في أيام الصيف والفواكه في أيام الخريف ولقط الزيتون وشبه ذلك وخدمة البيت كلها من طحن وخبز وحطب وكنس وسقي وربط البهائم وتسريحها وغلق الأبواب وحلها، كل ذلك عن طيب نفس منها وحسن عشرة لزوجها، وكون هذه العادة عندهم كالشرط اللازم لجريان العرف بها حديثاً وقديماً وعليها تدخل المرأة ولو لم تذكر في عقد النكاح، فهل تكون شريكة لزوجها بخدمتها على الوجه المذكور تأخذ حظها متى شاءت أم لا؟ فأجاب: العادة هي المحكمة في أفعال الزوجة المذكورة فما دلت العادة على أن الزوجة إنما تفعله على وجه طيب

<sup>1</sup> الخرخشي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرخشي: الفقيه العلامة البركة القدوة الفهامة شيخ المالكية وإمام السالكين وخاتمة العلماء العاملين إليه انتهت الرئاسة بمصر، له شرح كبير على المختصر وصغير رزق فيه القبول وغير ذلك. توفي في ذي الحجة سنة 1001هـ/1689م (ابن مخلوف، شجرة النور الزكية، 459/1)

<sup>4</sup> الخرخشي، شرح مختصر خليل، 187/4.

<sup>3</sup> الزرقائي، شرح الزرقائي على مختصر خليل، 442/4، الخرخشي، شرح مختصر خليل، 392/4.

<sup>4</sup> الرهوني، حاشية الرهوني، 41/4، محمد التاويل، اشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، ص 40.

<sup>5</sup> العدوي، حاشية العدوي، 153/2.

العشرة والمعاونة لزوجها في المعيشة لا شريكة له في ذلك ولا بأجر، وما كان على العكس فحكمه على ذلك..<sup>1</sup>، والرأي الأول أقرب للصواب والله أعلم.

ورغم شذوذ الفتوى القائلة بالاشتراك وضعفها ومخالفتها لنصوص الشريعة الإسلامية، إلا أنها أثارت أطماع بعض المشاغبين، وأسالت لعاب العلمانيين، بالاحتماء بها واتخاذها مطية للدعوة إلى تعميمها على كل الأقاليم المغربية<sup>2</sup>، لأنها تدعو إلى الشراكة المالية بين الزوجين في الأموال المكتسبة بعد الزواج، وجعلوا منها منفذاً للدعوة إلى تطبيق الشراكة المالية بين الزوجين وفق الأسس الغربية، وأغروا الزوجة وحرصوها على المطالبة بذلك، ورؤوا أن هذه الخطوة تحقق مصالح الزوجين والعدل بينهم، مع أن المعتبر في المصالح والمفاسد ما يحققه الشرع، وليس ما تهواه النفوس، وأخذ مال الغير بغير حق لا يمكن أن يكون مصلحة إلا في المفاهيم غير الإسلامية، وقد نجحو في التأثير على المشرع المغربي من خلال تقنيته لهذا العرف ليكون عاماً يطبق على كامل التراب المغربي، وأكثر من ذلك التوسع في تحديد مفهوم العمل الموجب للشراكة بين الزوجين ليشمل العمل المنزلي الواجب على الزوجة، وهو ما نلمسه في العمل القضائي، لذلك فإننا سندرس في البند الموالي حق الزوجة من الثروة المكتسبة من ناحية العمل القضائي

### البند الثاني: حق الزوجة في الاستفادة من الثروة المكتسبة في العمل القضائي

يرتبط حق الكد والسعاية بالقضاء المغربي فقط، لأنه نشأ بمنطقة جغرافية تابعة للمملكة المغربية، ويختلف الموقف القضائي منه قبل صدور مدونة الأسرة الجديدة عن موقفه بعد صدورها

#### أولاً: حق الزوجة في الاستفادة من الثروة المكتسبة قبل صدور مدونة الأسرة

لم يتجاهل القضاء المغربي حق الكد والسعاية في المناطق التي ساد فيها هذا العرف وطبقه في أحكامه وقراراته، على الرغم من عدم وجود نص قانوني يصرح بذلك، ولم يبق هذا الحق حبيس

<sup>1</sup> المهدي الوزاني (أبي عبد الله سيدي محمد المهدي بن محمد الوزاني الشريف العمراني الحسيني)، النوازل الجديدة الكبرى فيما أهل فاس والبدو والقرى المسماة المعيار الجديد الجامع المغرب من فتاوى المتأخرين بين علماء المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دار الحديث، الحسنية، 1998، 6/509.

<sup>2</sup> محمد التاويل، اشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، ص 19.

اجتهادات فقهية فقط، بل طبقت المحاكم وعلى رأسها المجلس الأعلى كهيئة قضائية عُليا، مما ساعد على خلق سوابق واجتهادات قضائية تلجأ إليها المحاكم كلما تعلق الأمر بحق السعاية، ثم حاولت بعض الأحكام والقرارات القضائية تعميم مقتضيات هذا الحق وعدم قصر نطاقه على منطقة جريانه كعرف محلي خاص بالبوادي في منطقة محددة وهي منطقة سوس.

وفي هذا السياق قرار محكمة الاستئناف بالرباط الذي جاء فيه: "...وحيث إن الكد والسعاية من لدن المرأة سواء في البادية أو الحاضرة المعتبر للتعويض عنه، هو المترتب من عمل مكسب وافر على الحاجيات الشخصية، ويصب في ثروة مادية أنشأت أثناء الحياة الزوجية أو التكامل بينهما في هذا الشأن يجعل الارتباط بين المتحصل من هذه الثروة والاشتراك لأموال أو عمل الزوجين أمرين متلازمين لا حكم بأحدهما دون الآخر.."<sup>1</sup>، حيث فسّر هذا القرار أنه إطلاق لعمل المحكمة بمقتضيات الكد والسعاية بغض النظر عن كونه عرفاً محلياً مع شرط أن يكون الذي رفع الدعوى ينتمي إلى منطقة جريان العرف.<sup>2</sup>

وجاء في قرار آخر: "... حيث إن الحكم المطعون فيه تبني الحكم الابتدائي وصححه، حيث يتضح من الحكم الابتدائي أنه يكتسي صبغة القصور في الأسباب، ولم يجر على السنن المتبعة في القطر السوسي في شأن الكد والسعاية للزوجات المتوفى عنهن أو المطلقات، والتي نص عليها الفقهاء في فتاويهم وأحكامهم.."<sup>3</sup>.

ويستفاد من هذا القرار:<sup>4</sup>

- أ- أن العرف المتعلق بالكد والسعاية هو قانون يجب تطبيقه في المناطق التي يسود فيها.
- ب- إعمال الكد والسعاية مسألة قانونية تخضع لرقابة المجلس الأعلى لأنها عرف، والعرف قانون والقاضي ملزم بتطبيق القانون.

<sup>1</sup> قرار رقم 2344 ملف 6323 / 99 مؤرخ في: 2000/04/4 نقلا عن عمر المزكدي، حق الكد والسعاية، ص 106.

<sup>2</sup> عمر المزكدي، حق الكد والسعاية، ص 106.

<sup>3</sup> قرار رقم 197 الصادر في: 1980/05/02 (قرار غير منشور) نقلا عن محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، 581/2.

<sup>4</sup> محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، 581/2.

ومن المبادئ المستقر عليها قانوناً أن من يدعي السعاية يقع عليه عبء الإثبات، وما أقره الاجتهاد القضائي، وإذا ادعت الزوجة حق الكد والسعاية، فعلى المحكمة أن تفتح الباب أمامها لكي تثبت كدها في سبيل تنمية مال زوجها، وقيمة العمل الذي ساهمت به لتنمية تلك الأموال، حتى يتسنى للقاضي تقدير حقها<sup>1</sup>.

وقد تعرضت المحكمة الإدارية في حكم لها لحق الكد والسعاية، واعتبرته حقاً عينياً عرفياً يخضع للفصل الثامن من المرسوم الملكي المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفوظة، وهو ما عرضها للانتقاد، لأن الزوجة إن كانت تدعي حقها من السعاية إنما تطالب به كحق شخصي عالق بذمة زوجها، وهو أقرب للحق الشخصي منه إلى الحق العيني<sup>2</sup>.

### ثانياً: حق الزوجة في الاستفادة من الثروة بعد صدور مدونة الأسرة

تأثر المشرع المغربي بالتراث العربي والفقه الحلي الخاص بمنطقة سوس، حيث كان القضاء في هذه المنطقة يطبق نظام الكد والسعاية لحل الخلافات الزوجية المتعلقة بالنزاع حول الممتلكات المكتسبة أثناء فترة الزواج، وهو مقترح تبنته الكثير من المنظمات الحقوقية والجهوية، من خلال الندوات العلمية التي نظمتها والبيانات التي أصدرتها أو من خلال الاستشارة لفائدة اللجنة المكلفة بإعداد مدونة الأسرة، حيث طالبت بإقراره أكثر من 40 هيئة وجمعية<sup>3</sup>.

وقد رأى المبركون لهذه الخطوة أن المشرع المغربي أراد من هذا التغيير أن يضمن مجهودات الزوجين المتعلقة بتنمية أموال الأسرة، ويعترف للزوجة بالمساهمة الفعالة التي تقدمها في الاقتصاد الأسري، خاصة بعد اقتحامها ميدان العمل، سواء في القطاع الخاص أو العام بفعل التغيرات المجتمعية، ويعطي للزوجة الاطمئنان على أموالها عند مساهمتها فكثيراً ما تنفق الزوجة دخلها في

<sup>1</sup> رشيد داودي، العلاقات المالية بين الزوجين وفق مدونة الأسرة، ص 123.

<sup>2</sup> محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، 586/2، نورة بوطاهر، العلاقات المالية بين الزوجين، ص 115، محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، ص 52.

<sup>3</sup> الملكي الحسين، الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات الكد والسعاية، مجلة رسالة المحاماة، هيئة المحامين بالرباط، ع 25، ص 63.

المأكل والملبس والتطبيب بينما يخصص الزوج راتبه للعقارات والممتلكات والعكس صحيح، وعند نهاية العلاقات الزوجية يستأثر أحدهما بالممتلكات المسجلة باسمه، ويخرج الطرف الآخر خالي الوفاض<sup>1</sup>، فنص في المادة 49 من المدونة: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر .

إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من كالزوجين، وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

وإن كان المشرع المغربي نص في هذه المادة على استقلال الذمة المالية للزوجين كمبدأ إسلامي ينظم العلاقات المالية للزوجين، ثم أجاز اشتراك الزوجين في أموالهما عن طريق اتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج لتفادي الخلاف بينهما خاصة إذا كان كليهما يمارس عملاً منتجاً للثروة، فإن الواقع أفرز إقبالاً ضئيلاً على إبرام مثل هذه العقود، وسجل نسبة لا تتعدى 1% بالمائة خلال الخمس سنوات الأولى من إصدار المدونة، مما جعل حالات عدم الاتفاق هي الغالبة<sup>2</sup>، والتي يتحتم فيها الرجوع إلى قواعد الإثبات العادية لبيان حجم المساهمة في الممتلكات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، حسب نص الفقرة الأخيرة من المادة 49 من المدونة، فالقاضي لا يكتفي بطرق الإثبات المعروفة فقط، كون أن طبيعة العلاقة بين الزوجين تصعب عملية الإثبات بل ينظر أيضاً إلى مدخول الزوجين سواء كان مرتبطاً بمدخوله أو كان عبارة عن مجهودات وما يتحمله من أعباء، ومن ذلك مساعدة الزوجة لزوجها في نشاطه المهني

<sup>1</sup> حفيظة توتة، الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية بين النص القانوني والعمل القضائي، ص 60.

<sup>2</sup> زهور الحر، تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية - قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، التقدير السنوي للمجلس الأعلى 2008، مركز النشر والتوثيق القضائي بالمجلس الأعلى، الرباط، ط1، ص 127.

أو التجاري<sup>1</sup>، وقد اعتمد القضاء المغربي تفسيراً واسعاً لجهود الزوجة إلى حد اعتباره العمل البيتي غير المنتج للثروة الذي تقوم به الزوجة له مقابلاً من الثروة المكتسبة خلال فترة الزواج<sup>2</sup>.

لذلك فإن ما قام به المشرع المغربي هو تقنين لحق الكد والسعاية مع إعطائه معنى واسع بعد أن كان يقتصر على مساعدة الزوجة لزوجها في أعمال منتجة للثروة متعلقة بالزراع والحصاد وتربية المواشي، وأصبح كل مجهود يبذله أحد الزوجين<sup>3</sup>.

### ثالثاً: إثبات مساهمة الزوجة في تنمية أموال الأسرة

وفيه نميز بين حالتي الإثبات قبل صدور المدونة والاثبات بعد صدور المدونة:

**1/ إثبات مساهمة الزوجة قبل صدور مدونة الأسرة:** ساد العمل في منطقة سوس بأن يتم اقتسام الأموال الخاضعة للسعاية بين أفراد الأسرة فقط ولا يتعدى إلى غيرهم، ويكون ذلك بالاستعانة بعدلين أو شخصين من ذوي الخبرة لتحديد قيمة الأموال الخاضعة للسعاية وتقسيم نصيب كل ساع وفق ما جرى به العرف<sup>4</sup>.

ويقوم الخبراء بحصر الأموال ومعرفة السعاة وتوزيعها عليهم حسب عددهم وأعمارهم وتواريخ بداية سعيهم ونهايتها وتصنيف أنواع الأعمال التي تساهم بها كل ساع ثم تحديد نصيب كل واحد من السعاة.

أما إذا ساد الخلاف حول كيفية توزيع الثروة بما في ذلك نصيب الزوجة فإنه يتم اللجوء إلى القضاء، في هذه الحالة يطرح كيفية الإثبات ومحلّه.

<sup>1</sup> فؤاد زلماظ، تدبير الأموال المكتسبة أثناء فترة الزوجية على ضوء المادة 49 من مدونة الأسرة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة الحسن الأول بسطات، 2011/2010، ص 172.

<sup>2</sup> جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية للدار البيضاء رقم: 04/685 بتاريخ 2006/04/24: "إن عمل الزوجة اليومي داخل البيت هو مساهمة منتجة عند التقسيم خاصة إذا علمنا أن من الفقهاء من يرى أن عقد الزواج هو للعشرة الزوجية وليس للاستخدام" راجع: زهور الحر، تدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج، ص 131.

<sup>3</sup> أحمد اليوسفي، الإثبات على ضوء العمل القضائي الأسري، ديبلوم دراسات عليا معمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة وحدة، 2008/2007، ص 80.

<sup>4</sup> محمد مومن، حق الكد والسعاية، ص 193.

أ/ كيفية إثبات مساهمة الزوجة في تنمية أموال الزوج: يخضع الإثبات في هذه الحالة إلى قاعدة البينة على المدعي، لذلك فإن الزوجة في هذه الحالة هي التي يقع عليها عبء الإثبات ومن ذلك ما ذهبت إليه محكمة الرباط حيث عمدت إلى رفض طلب الزوجة كونها لم تقدم أية حجة قانونية تثبت أنها ساهمت بشكل فعال في تنمية وازدهار ثروة زوجها<sup>1</sup>.

ونظراً لأن السعاية من وسائل الواقعية الخاضعة للعرف فإنه يلجأ في إثبات إلى جميع طرق الإثبات المعروفة بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، وفي حالة عدم تمكن المدعي من إثبات دعواه فإنه يتم توجيه اليمين للمدعى عليه.

ب/ محل الإثبات مساهمة الزوجة لتنمية أموال الزوج: يمكن جرد العناصر والمتطلبات التي يقوم عليها على إثبات الزوجة لكدها وسعايتها في مال زوجها وينصب الإثبات على عدة عناصر أساسية وهي:

1- إثبات كون الزوجة تعمل وأنها سخرت هذا العمل لتكوين ثروة الأسرة، وفيه يجب على الزوجة أن تثبت أنها تمارس عملاً وأن هذا العمل منتجاً للثروة ويساهم في تنمية أموال الأسرة وهو ما نلمسه في قرار محكمة الاستئناف بأكاير بقولها: " .. ذلك أن الطلب يرمي إلى استحقاق نصيب نصف الأملاك المدعي عليها بعلة أنها ناتجة عن كد الزوجة وسعايتها إلى جانب الزوج، خلال فترة استمرار العلاقة الزوجية وأن مثل هذه الطلب يقتضي إثبات كون الزوجة عاملة أي لها عمل محدد ومعروف ومنتج وليست من ذوات الحجاب، وإنها بعملها قد ساهمت بشكل غير مباشر في نماء ثروة الزوج"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> حكم رقم 223 بتاريخ 1997/11/22 ذكره: الملكي الحسين، نظام الكد والسعاية، 116/1.

<sup>2</sup> قرار محكمة الاستئناف بأكاير رقم: 03-534 المؤرخ في: 2014/09/14 نقلاً عن عمر المرزكلي، حق الكد والسعاية، ص 196.

2- بيان طبيعة السعاية ونوعها: ذلك أن عدم توضيح نوعية عمل المدعية يعرض طلبها للرفض<sup>1</sup>.

3- إثبات أن هناك دمنة وأملاك مستفاداً: فلا بد أن يكون هناك رأس مال وأن هذا المال تم تنميته واستثماره، وأن الساعي قد شارك في ذلك، وقد اتجه القضاء إلى ضرورة تحديد الممتلكات التي أنشأت خلال الحياة الزوجية التي تدعي بشأنها الزوجة سعائتها، وإلا كان طلبها متسماً بالغموض الذي يعرضه لعدم القبول<sup>2</sup>.

4- بيان مقدار السعاية: أي النصيب الذي ساهمت به الزوجة في تكوين المال وتنميته، وهو ذلك العمل المكتسب الذي له مردود وافر على الحاجيات الشخصية ويصب في ثروة مادية أثناء الحياة الزوجية<sup>3</sup>.

5- بيان فترة السعي أو العمل: سواء من حيث بدايتها أو نهايتها لكي يتم معرفة الحجم الحقيقي للمال المكتسب في أثناء تلك الفترة، ليتحدد على أساسه نصيب الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها.

2/ إثبات مساهمة الزوجة بعد صدور مدونة الأسرة: بعد أن تم تدوين حق الكد والسعاية بمقتضى مدونة الأسرة فإن في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين حول الممتلكات المكتسبة أثناء الزواج، فقد سعى المشرع إلى تسهيل عملية الإثبات، من خلال حكمه بالشراكة بين الزوجين في الأموال المكتسبة بعد الزواج إذا أثبت المدعي بعض القرائن التي تفترض وجود مساهمة في تنمية الأموال وهي:

أ/ عمل كل من الزوجين: فالقيام بالنشاط المهني المكسب يفترض تحقيق مداخيل وأرباح تستثمر في تنمية أموال الأسرة، فيمكن البناء عليها لتقدير الحصص التي تكون قد ساهم بها كل

<sup>1</sup> جاء في حكم لمحكمة أكادير: "أن عدم توضيح رسم السعاية لنوعية عمل المدعية وعدم الإدلاء بما يفيد كون الدار أقيمت وبنيت نتيجة سعائتها وكدها، يجعل لوثيقة غير مقبولة" حكم رقم 94/55 بتاريخ 15/02/1994 نقلاً عن الملكي الحسين ، نظام الكد والسعاية، 152/1.

<sup>2</sup> قرار رقم 89/8746 بتاريخ 08/04/1991 نقلاً عن: الملكي الحسين ، نظام الكد والسعاية، 116/1.

<sup>3</sup> محمد مومن، الكد والسعاية، ص 197.



طرف في تنمية أموال الأسرة، لذلك، فإن الزوجة التي تمارس عملاً يدر دخلاً بإمكانها المطالبة بجزء من الأملاك الأسرية على اعتبار أن جزءاً من مدخولها صرف في تنمية هذه الأملاك.

**ب/ المجهودات التي قدمها كل من الزوجين:** وقد توسع القضاء المغربي في تفسير هذه المجهودات التي تفترض المساهمة في تنمية الممتلكات الأسرية، وجعل كل مجهود يقوم به أي طرف دون الأخذ بعين الاعتبار هل هو منتج أم لا؟ لذلك فإن الأعمال اليومية للزوجة في البيت يمكن أن تصنف من قبيل المجهودات التي تستحق فيها مقابلاً من أموال الأسرة.

وفي هذا الشأن كان موقف القضاء المغربي متضارباً، فتارة أخذ عمل البيت بعين الاعتبار كمجهود مستحق لإشراك الزوجة في أموال الأسرة المكتسبة، وتارة أخرى يعتبره عملاً غير منتج للثروة فلا تستحق الزوجة الاشتراك في المال المكتسب<sup>1</sup>.

**ج/ الأعباء التي يتحملها كل من الزوجين:** وربما قصد المشرع بالأعباء المساهمة المادية التي يقدمها الطرفان أثناء الحياة الزوجية بغض النظر هل هي نفقات استهلاكية صرفت في المأكل والملبس أو صرفت في تحصيل أملاك وعقارات، وهو ما يستشف من بعض الأحكام القضائية حيث اعتبرت إقامة الزوجين في بيت والد الزوجة مدة من الزمن من قبيل الأعباء التي تحملتها الزوجة فتستحق من خلالها جزءاً من الثروة المكتسبة<sup>2</sup>، لأن الزوج خلال هذه المدة أعفي من مصاريف الكراء.

ومن خلال ما سبق يمكن القول أن اتجاه المشرع المغربي في هذه المرحلة يميل إلى اعتماد فكرة الاشتراك المالي بين الزوجين وتشجيعها، بناء على توسعه في تفسير نوعية المساهمة المقدمة من قبل الزوجين، فأصبح الاشتراك المالي هو المفترض.

<sup>1</sup> لمزيد من التفاصيل أنظر: فؤاد أزملاط، تدبير الأموال المكتسبة أثناء فترة الزوجية على ضوء المادة 49 من مدونة الأسرة، ص 86-95.

<sup>2</sup> جاء في حكم صادر من محكمة إنزكان: "حيث أن المحكمة وللوقوف على الحقيقة وتطبيقاً للقواعد الفقهية المعمول بها سابقاً في هذا المجال وللتأكد من عمل الزوجة وما قد تكون قدمته من مجهودات وأموال ومساهمة في تنمية أموال الأسرة التي تكونت خلال الحياة الزوجية فإنها أمرت بإجراء بحث والذي اتضح من خلاله محضره أن الشهود قد أكدوا أن المدعي عليه كان يسكن مع المدعية في منزل والدها لمدة ثماني سنوات حيث وبالنظر إلى ما ذكر أعلاه تكون مساهمة المدعية في ثروة زوجها ظاهرة (أحمد اليوسفي، الإثبات على ضوء العمل القضائي الأسري، ص 86).

## الفرع الثاني: استحقاق الزوجة مقابلاً عن عمل البيت

إذا كانت الفطرة الإنسانية بينت أن الزوجة بما تميزت بطبائع جبلت عليها، ومن طبيعة تكوينها الجسماني والعقلي يقتضي أن يكون دورها داخل الأسرة، هو القرار في البيت والقيام بواجبات الزوجية والأمومة، فتقوم بواجبات إعداد الطعام والغسل والكنس وتربية الأولاد والذي اصطلح على تسميته بالعمل الباطن، بينما يتفرغ الزوج للعمل الظاهر أي العمل الكسبي.

غير أن التغير الذي طرأ على المجتمع والمتعلق خاصة بدور المرأة داخل المجتمع، فأصبحت المرأة لا تقنع بالعمل الباطن، وتحرص على الخروج للعمل، فأحيا هذا التغير مسألة خاض فيها الفقهاء القدامى حول إلزامية عمل الزوجة داخل البيت، وأضاف سؤالا آخر هو هل يحق للزوجة أن تأخذ أجراً عن هذا العمل، خاصة وأن هذا العمل الذي تقوم به يتيح للزوج التفرغ لعمله الظاهر ويحقق من ورائه الأموال والمكاسب، بما يفيد مشاركة الزوجة بطريقة غير مباشرة في تنمية الممتلكات والمكاسب التي يحصل عليها الزوج من عمله، وهو ما سنعالجه في هذا الفرع من خلال التعرض لماهية العمل البيتي وتمييزه عن العمل الكسبي وحكمه ثم مدى استحقاق الزوجة لمقابل عنه.

## البند الأول : ماهية العمل البيتي

وفيه نتحدث عن المقصود بالعمل البيتي ثم تمييزه عن العمل الكسبي

## أولاً: المقصود بالعمل البيتي

وهي تلك الأعمال التي تقوم بها المرأة بصفة يومية داخل بيت الزوجية لصالح زوجها وأفراد أسرتها وقد أطلق عليه الفقهاء مصطلح الخدمة الباطنة، في مقابل الخدمة الظاهرة التي هي من اختصاص الرجل عادة، وهذا التقسيم مبني على قسمة الرسول صلى الله عليه وسلم لابنته فاطمة وزوجها علي - رضي الله عنهما - حين اشتكيا إليه الخدمة فحكم علي فاطمة بالخدمة الباطنة وحكم علي علي بالخدمة الظاهرة، ولم يضع الفقهاء تعريفاً للخدمة الباطنة، وإنما حددوها من خلال

أمثلة، فقالوا المقصود بها<sup>1</sup> العجن والطبخ والفرش والكنس واستقاء الماء، وهو بخلاف الخدمة الظاهرة التي يراد بها التكسب كما لو كان من نسيج وغزل وخياطة<sup>2</sup>

ويبدو أن تمييز الفقهاء بين الخدمة الظاهرة والخدمة الباطنة يقوم على القيمة الإنتاجية، فالعمل البيتي - الخدمة الباطنة - عمل غير منتج ودون مقابل، بخلاف الخدمة الظاهرة.

وفي الفقه الحديث هناك من يرى أن كل عمل يقدمه الشخص لنفسه يعد عملاً منزلياً، وكل عمل يقدمه لغيره هو عمل مأجور<sup>3</sup>.

وهناك من عرفه بأنه: "مجموعة الأعباء والمجهودات والخدمات البيتية الشاقة المتكررة المنتجة، التي يؤديها الفائزة الزوج والأسرة لمدة محدودة دون مقابل والتي من شأنها تنمية أموال الزوج وتراكمها"<sup>4</sup>.

وتحليلنا لهذا التعريف نجد أنه أصاب في بعض الجوانب خاصة ما تعلق بكون الأعمال البيتية عبارة عن مجهودات وأعباء متكررة كأعمال المطبخ والتنظيف والاهتمام بحاجيات الزوج والأولاد، فهي خدمات في معظمها يتكرر يومياً.

كما أنها أعمال شاقة ومتعبة لارتباطها بالممارسة اليدوية، مما يؤدي إلى استنزاف طاقات الزوجة الصحية والنفسية لذلك سماها أبو حامد الغزالي بـ"الشواغل والمشوشات للقلب والمنغصات للعيش"<sup>5</sup>.

إلا أنه لا يمكن اعتبار هذه الأعمال منتجة للثروة، وهو ما يميز العمل البيتي (الأعمال الباطنة) عن العمل الكسبي (الأعمال الظاهرة)، فهي أعمال استهلاكية بالدرجة الأولى، وبذلك قال الفقهاء

<sup>1</sup> المواق، التاج والاكليل المختصر خليل، 5/547، التفراوي، الفواكه الدواني، 2/23،

<sup>2</sup> الدردير، الشرح الكبير، 2/544

<sup>3</sup> راجع: أحمد أحيادار، عمل الزوجة داخل البيت في ضوء مدونة الأسرة والفقهاء الإسلاميين، ديبلوم دراسات عليا، منشورة، مكتبة دار السلام، المملكة المغربية، ط1، 2010، ص 18.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 18.

<sup>5</sup> الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي)، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، 2/31،

الذين أزموا الزوجة بالعمل البيتي ولم يلزموها بالعمل الكسبي كما أشرنا آنفاً، ويبدو أن صاحب التعريف أراد أن ينبه إلى إمكانية اتخاذ إجراء عليه، كما لو قام به خادم.

### ثانياً: تمييز العمل البيتي عن العمل الكسبي

كما سبق وأن أشرنا أن الفقهاء يميلون إلى إعطاء أمثلة عن الأعمال الباطنة والأعمال الظاهرة ولم يضعوا تعريفاً محدداً لكل واحد منهما، فقالوا أن الخدمة الباطنة هي العجن والطبخ والفرش وكنس البيت استيقاء الماء وعمل البيت كله<sup>1</sup>، أما الخدمة الظاهرة فتتحدد بمفهوم سلمي، إذ أن كافة الأعمال التي لا تتدخل ضمن الخدمة الباطنة فهي من الخدمة الظاهرة، وللأعراف والعادات دور هام في التفرقة بين الخدمتين، ومن الفقهاء من أعطى أمثلة عن الخدمة الظاهرة فقال إن المرأة لا يلزمها النسيج والغزل والخياطة، وما أشبه ذلك لأنها من أنواع التكسب وليس عليها أن تتكسب له إلا أن تتطوع<sup>2</sup>، لذلك أنصب الاهتمام للتفرقة بين الخدمتين خاصة لدى الفقهاء الذين أفتوا بحق الكد والسعاية، وترجموها إلى معيارين هما:

**1/ معيار الأعمال الشاقة:** استند الفقه إلى اعتبار أن الأعمال إذا كانت شاقة مضنية اعتبرت من الأعمال التي تستحق مقابلاً، على اعتبار أن الأعمال التي فيها جهد ومشقة يستحق صاحبها الاستفادة من السعاية فيها<sup>3</sup>، لذلك اعتمد على هذا المعيار في بعض المناطق التي تطبق نظام الكد والسعاية كأساس للتفرقة بين الخدمة الباطنة والخدمة الظاهرة.

**2/ معيار العمل المكسب أو المنتج:** يقوم هذا المعيار على ضرورة التمييز استناداً إلى الإنتاج وتراكم الثروة الأسرية، فكل عمل مكسب يدخل في إطار العمل الظاهر، وعلى خلاف ذلك يكون العمل البيتي وهو المعتمد عند فقهاء المالكية<sup>4</sup>، وهو المعيار الذي اعتمده الفقهاء الذين

<sup>1</sup> ابن القيم، زاد المعاد، 169/5.

<sup>2</sup> الخرشي، شرح مختصر خليل، 187/4.

<sup>3</sup> جاء في مخطوط "أجوبة العباسي" أن المرأة التي تثبت أنها تخدم في الأشغال الشاقة سعابتها في الاستفادة يقدر عملها (أنظر: أحمد أحيادار عمل الزوجة داخل البيت، ص 44، عمر المزكدي، حق الكد والسعاية، ص 172).

<sup>4</sup> العدوي، حاشية العدوي، 135/2، الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، 442/4، الخرشي، شرح مختصر خليل، 392/4.

قالوا بجواز شراكة الزوجة لزوجها في ماله لقاء سعايتها وأفتوا بـ " إذا خدمت المرأة ونتج بسبب خدمتها المال من الماشية والغلات وغير ذلك، فهي شريكة بخدمتها مع زوجها وأولادها بقدر خدمتهم"<sup>1</sup>.

### البند الثاني: حكم العمل البيتي

اختلف الفقهاء حول مدى إلزامية الزوجة بالأعمال البيتية من طبخ ووعجن وتنظيف وغسل وظهرت ثلاث اتجاهات فقهية، فرأى الاتجاه الأول إلزامية الخدمة المنزلية، ورأى الاتجاه الثاني عدم إلزاميتها، بينما ذهب الاتجاه الثالث إلى التفرقة بين الزوجة التي ليست من عاداتها الخدمة في بيت أبيها، والزوجة التي كانت تخدم في بيت أبيها .

### أولاً: الاتجاه القائل بإلزامية العمل البيتي

وبه قال أبو ثور وأبو بكر بن شيبه وأبو إسحاق الجوزجاني<sup>2</sup> والفقهاء أبو الليث<sup>3</sup> من الحنفية<sup>4</sup>، بينما يرى باقي فقهاء الحنفية أن الزوجة ملزمة بخدمة البيت ديانة فقط وليس قضاء<sup>5</sup>، بمعنى أنها إن أبت الخدمة فلا تجبر، ووافق هذا الاتجاه من الفقهاء المتأخرين ابن تيمية<sup>6</sup> وابن القيم<sup>7</sup>، وفيه قال ابن تيمية: " تنازع العلماء هل عليها أن تخدمه في مثل فراش المنزل وتناوله الطعام والشراب والخبز والطحن، والطعام لمماليكه وبهائمته مثل علف دابته ونحو ذلك، فمنهم من قال لا تجب، وهذا القول

<sup>1</sup> أبو عيسى المهدي الوراني، النوازل الجديدة الكبرى، 509/6.

<sup>2</sup> الجوزجاني الحافظ الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن يعقوب السعدي نزيل دمشق ومحدثها، وتفقه بأحمد بن حنبل حدث عنه أبو داود والترمذي والنسائي مات في ذي القعدة سنة تسع، وقال غيره سنة ست وخمسين ومائتين (الذهبي)شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، ط1، 1419هـ/1998م، 100/2).

<sup>3</sup> الفقيه أبو الليث : نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي الفقيه أبو الليث المعروف بإمام الهدى تفقه على الفقيه أبو جعفر الهندواني وهو الإمام الكبير صاحب الأقوال المفيدة والتصانيف المشهورة توفي ليلة الثلاثاء لإحدى عشرة ليلة خلت من جمادى الآخرة سنة ثلاث وسبعين وثلاث مائة (عبد القادر بن محمد القرشي، الجواهر المضية، 196/2).

<sup>4</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 228/9، ابن قدامة، المغني، 296/7، الكاساني، بدائع الصنائع، 24/4. أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص66.

<sup>5</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 24/4، ابن نجيم، البحر الرائق، 199/4.

<sup>6</sup> ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 232/3.

<sup>7</sup> ابن القيم، زاد المعاد، 175/5.

ضعيف كضعف قول من قال لا تجب عليه العشرة والوطء ، فإن هذا ليس معاشرة له بالمعروف، بل لصاحبه في السفر الذي هو نظير الإنسان وصاحبه في المسكن إن لم يعاونه على مصلحة لم يكن قد عاشره بالمعروف وقيل - وهو الصواب- وجوب الخدمة فإن الزوج سيدها في كتاب الله وهي عانية<sup>1</sup> عنده بسنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وعلى العاني والعبد الخدمة لأن ذلك هو المعروف<sup>2</sup>.

أما عن المعيار المعتمد في الخدمة هل تكفي بالخدمة اليسيرة أم يحكم العرف في ذلك؟ فقد رأى ابن تيمية أن القول بأن الخدمة تكون بالمعروف هو الصواب، فعليها أن تخدمه الخدمة المعروفة من مثلها مثله، ويتنوع ذلك بتنوع الأحوال، فخدمة البدوية ليست كخدمة القروية، وخدمة القوية ليست كخدمة الضعيفة<sup>3</sup>.

واحتج القائلون بهذا الرأي بقصة فاطمة وعلي رضي الله تعالى عنها، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وقضى على علي بالخدمة خارج البيت وقوله - صلى الله عليه وسلم - : "لو كنت امرأةً أحد أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، ولو أن رجلاً أمر زوجته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> العانية: هي الأسيرة، و وقد سمي النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح المرأة عانية فقال: "اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندهنكم"، ومرتبة الأسير خدمة من هو تحت يده ولا ريب أن النكاح نوع من الرق، كما قال بعض السلف: النكاح رق فليُنظر أحدكم عند من يرق كرمته (ابن القيم، زاد المعاد، 171/5).

<sup>2</sup> ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 232/3.

<sup>3</sup> المصدر نفسه، 233/3.

<sup>4</sup> أخرجه ابن ماجه في سننه، باب حق الزوج على المرأة، رقم 1852، 595/1، الإمام أحمد في مسنده، رقم 24471، ابن أبي شيبة (أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسق العبسي)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، كتاب النكاح، باب حق الرجل على المرأة، رقم 17134، تح: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ، 558/3.

هذا الحديث صحيح لغيره دون قوله: "ولو أن رجلاً أمر امرأته أن تنقل من جبل أحمر ... " أما بهذا اللفظ فإسناده ضعيف لضعف علي بن زيد بن جدعان (راجع: الألباني (محمد ناصر الدين الألباني)، ارواء الغليل أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405 هـ / 1985م، 58/7).

وفي هذا الحديث قال الجوزجاني: فهذه طاعته فيما لا منفعة فيه، فكيف بمؤنة معاشه؟<sup>1</sup>

وعن أسماء بنت أبي بكر قالت: "كنت أخدم الزبير خدمة البيت وكان له فرس وكنت أسوسه وكنت أحتش له وأقوم عليه..."<sup>2</sup>.

وعن أسماء رضي الله تعالى عنها أنها كانت تعلق فرس الزبير وتسقي الماء وتجزم غربة وتعجن وتنقل النوى على رأسها من أرض له على ثلثي فرسخ وقال أصحاب هذا الرأي: إذا خدمت هاتان الفاضلتان (فاطمة وأسماء رضي الله تعالى عنهما) هذه الخدمة الثقيلة فمن بعدهما يترفع عن ذلك من النساء<sup>3</sup>، كما أن العقود المطلقة إنما تنزل على العرف، والعرف خدمة المرأة وقيامها بمصالح البيت، ولا يصح التفريق بين شريفة وذنبيّة وفقيرة وغنية فهذه أشرف نساء العالمين كانت تخدم زوجها<sup>4</sup>،

كما ردوا على الذين قالوا أن عملهما إنما كان من باب التبرع والتفضل، وهما أهل لذلك، أن فاطمة كانت تشتكي ما تلقى من الخدمة، فلم يقل لعلي: لا خدمة عليها، وإنما هي عليك وهو صلى الله عليه وسلم لا يجازي في الحكم أحداً، ولما رأى أسماء والعلق على رأسها، والزبير معه لم يقل له لا خدمة عليها، وأن هذا ظلم لها، بل أقره على استخدامها، وأقر سائر أصحابه على استخدام أزواجهم مع علمه بأن منهن الكارهة والراضية هذا أمر لا ريب فيه<sup>5</sup>.

### ثانياً: الاتجاه القائل بعدم إلزامية العمل البيتي

يمثل هذا الاتجاه جمهور الفقهاء<sup>6</sup> من الشافعية والحنابلة والظاهرية وفيه أن الزوجة لا يجب عليها شيء أصلاً، لا في عجن ولا في طبخ ولا في فرش ولا كنس ولا سقي، وعلى الزوج أن يأتيها

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، 296/7.

<sup>2</sup> رواه مسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب جواز إرداف المرأة الأجنبية إذا أعتيت في الطريق، رقم 2182، 1717/4.

<sup>3</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 228/9.

<sup>4</sup> ابن القيم، زاد المعاد، 171/5.

<sup>5</sup> المصدر نفسه، 171/5.

<sup>6</sup> النووي، المجموع شرح المهذب، 427/16، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 264/4، ابن قدامة، المغني، 296/7، ابن حزم، المحلى بالآثار، 228/9.

بكسوتها مخيطة وبالطعام مطبوخاً، والقيام بشؤون البيت، ويدخل ضمن مشتملات النفقة التي تجب على الزوج شرعاً، ولا تلزم بها الزوجة إلا أن تكون متبرعة<sup>1</sup>، فإن فعلت كان أفضل لها<sup>2</sup>.

وفي هذا الإطار يقول ابن قدامة: "ليس على الزوجة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه، لأن المعقود عليها من جهتها هو الاستمتاع فلا يلزمها غيره كسقي دوابه، وحصاد زرعه"<sup>3</sup>.

ويقول ابن حزم: "ولا يلزم المرأة أن تخدم زوجها في شيء أصلاً... ولو أنها فعلت لكان أفضل لها، وعلى الزوج أن يأتيها بكسوتها مخيطة تامة، وبالطعام مطبوخاً تاماً"<sup>4</sup>.

يرى أصحاب هذا الرأي أنه ليس من الشرع ما يدل على إلزام الزوجة بخدمة زوجها وأن قضاء النبي -صلى الله عليه وسلم- على ابنته بخدمتها البيت، وخدمة أسماء لزوجها ليس فيه ما يفيد الإلزام، بل كانتا متبرعتين بذلك على سبيل التطوع<sup>5</sup>، وعلى ما تليق به الأخلاق المرضية<sup>6</sup>، كما أن طبعها يدعوها لخدمته، والوازع الطبيعي أقوى من الشرعي فقدم عليه<sup>7</sup>.

### ثالثاً: الاتجاه القائل بتحكيم العرف وحال الزوج

ويمثل هذا الاتجاه فقهاء المالكية<sup>8</sup>، وخلاصته أن خدمة الزوج والقيام بالأعمال المنزلية يجب على الزوجة، إلا إذا كانت غير معتادة الخدمة في بيت أبيها، باعتبارها من ذوات الأقدار التي لا يمتن، أو كان الزوج من الأشراف الذين لا يمتنون أزواجهم، فإذا كان الزوج فقيراً فيلزمها الخدمة ولو كانت من ذوات الأقدار.

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، 296/7.

<sup>2</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 228/9.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 296/7.

<sup>4</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 227/9.

<sup>5</sup> ابن قدامة، المغني، 296/7.

<sup>6</sup> ابن حزم، المحلى بالآثار، 228/9.

<sup>7</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 264/4.

<sup>8</sup> الخرشني، شرح مختصر خليل، 186/4، محمد عليش، منح الجليل، 392/4، النفراوي، الفواكه الدواني، 68/8.



وعليه فإن خدمة البيت تكون واجبة على الزوجة حسب مكانتها الاجتماعية ووضعية زوجها المالية، فإذا كانت الزوجة من الأشراف وكان زوجها ذا مال فليس عليها خدمة، وإن كانت ممن تخدم في بيت أبيها أو كان زوجها فقيراً لزمتهما الخدمة ولو كانت ذات قدر وشرف.

والإمعان والتدقيق في هذه الآراء ومقارنتها بالواقع يجد أن ظروف حياتنا اليومية لا تسمح بإلزام الزوج بإخدام زوجته، بما أن ذلك من توابع النفقة، كما أنه لا يستطيع أن يقوم بالعمل خارج البيت والخدمة داخل البيت، وليس ذلك من العدل في شيء<sup>1</sup>، لذلك فإن عمل الزوجة داخل البيت وقيامها بشؤون زوجها، هو حق جرى به العرف في كل العصور، واقتضته الفطرة الإنسانية وطبيعة المرأة، فلزم تكليفها بذلك حسب المألوف والمعروف، لذلك فإن ما عليه فقهاء المالكية هو أقرب للصواب والله أعلم.

### البند الثالث: مدى استحقاق الزوجة مقابلاً عن خدمة البيت

وفيه تعالج مسألة استحقاق الزوجة مقابلاً عن خدمة البيت من الناحية الفقهية ثم من الناحية القانونية والقضائية

#### أولاً: الموقف الفقهي من استحقاق الزوجة مقابلاً عن خدمة البيت

هناك الكثير من الأصوات المطالبة باستحقاق الزوجة مقابلاً عن خدمتها في البيت وهي في معظمها لا تنتمي إلى الفقه الإسلامي بل هي أصوات نسائية وشرح قانون بالدرجة الأولى، ويقوم مطالبهم على ما يلي:

1- أن الأعمال المنزلية منتجة ومكسبة وشاقة ومضنية، وقد أفتى الفقهاء بعدم وجوبها على الزوجة، وأن الذين قالوا بإلزاميتها بنوا اتجاهها فقهاً منغلقة، تسيطر عليه الفطرة الذكورية التي هيمنت في الماضي على العلاقات الاجتماعية داخل الأسرة<sup>2</sup>، وبما أنها قامت بعمل غير ملزم لها فحق لها أن يكون بمقابل.

<sup>1</sup> فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي، ص 145.

<sup>2</sup> أحمد أحيدار، عمل الزوجة داخل البيت في ضوء مدونة الأسرة والفقه الإسلامي، ص 34.

2- استندوا إلى ما ذهب إليه زوفر من الحنفية من أن على الزوج نفقة الخادم فإذا لم يكن خادماً فعلى الزوج أن يقوم بمهام طعامها وحوائجها فإذا لم يفعل ذلك، أعطاهما نفقة الخادم ثم تقوم هي بذلك بنفسها أو تتخذ خادماً<sup>1</sup>.

3- إن ما تقوم به الزوجة من خدمة في البيت هو عمل منتج ولولاها لاستأجر الزوج خادماً للقيام بذلك ولكن تكفلها بهذه الأشغال ينبغي أن يتم إزاءه مقابل<sup>2</sup>، وإلا يكون من التعسف إخراج هذا العمل من نطاق الأعمال المنتجة؟

وقد أفتى بعض الفقهاء بحق الكد والسعاية، وفيه أن المرأة إذا قامت بمساعدة زوجها في عمله ونتج عن هذا العمل زيادة في ثروة الزوج، فهي شريكة بخدمتها مع زوجها في هذه الثروة بقدر خدمتها<sup>3</sup>، وهو ما يعني إعطاء مصطلح الكد والسعاية تفسيراً واسعاً، يشمل حتى الخدمة المنزلية أو الخدمة الباطنة كما يسميها بعض الفقهاء، ويحتج القائلون بهذا الاتجاه بأن عمل الزوجة في البيت هو عمل اقتصادي منتج بامتياز، يمكن إعطائه قيمة مالية، وتعطل الزوجة عن العمل المنزلي سيؤدي حتماً إلى اضطراب الأسرة وتعطل مصالحها<sup>4</sup>، فلولا عمل المرأة في المنزل ما استطاع الرجل العمل خارج البيت، ولما استطاع النجاح في مهامه وتراكم أمواله<sup>5</sup>.

4- القاعدة أن كل عمل لا بد له من أجر، فلماذا العمل المنزلي يخرج عن هذه القاعدة أو لماذا يتم إخراج العمل المنزلي من العمل الاقتصادي، مع الاعتراف له بدور مهم في المحافظة على قوة العمل؟<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> السرخسي، المبسوط، 182/5.

<sup>2</sup> إدريس الفاحوري، وضعية المرأة العاملة بين الخطاب الشرعي والنص القانوني والواقع الاجتماعي، ندوة الأسرة والمواطنة، أيام 22 و23 مارس 2002م، بالرباط، منشورات شمل، مطبعة المعارف الجديدة، الدار البيضاء، 2003، ص 64.

<sup>3</sup> أبو عيسى المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، 509/6.

<sup>4</sup> فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقهاء الإسلامي، ص 191.

<sup>5</sup> رجاء مكاوي، قضايا الأسرة بين عدالة التشريع ووفرة التأويل، قصور المساطر وتباين التطبيق، سلسلة اعرف حقوقك، رقم 03، مطبعة دار السلام، ص 104.

<sup>6</sup> فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقهاء الإسلامي، ص 191.

5- إن العلاقة الزوجية كما أراد لها الله أن تكون مبنية على التكارم والتراحم، ولا ينسى الزوجان عشرة العمر الطويلة بآلامها وآمالها، كما أن ضمائر الزوجان وخوفهما من الله يمنعهما من تعمد إضرار أحدهما بالآخر، لذلك فإنه ليس من مانع شرعي أن يخصص الزوج لزوجته مبلغاً مالياً يكون نظير خدمتها في البيت أو تودداً إليها واعترافاً بفضلها، وهو مقابل خدمة الخادم، فإن أخذته فقد استوفت حقها<sup>1</sup>.

والنظر في ما ساقه أصحاب هذا الرأي من حجج، نجد أنه يمكن الرد عليها بما يلي:

- 1- قول تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبُواْ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبْنَ﴾ [النساء: 32]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [النجم: 39]، فقد جعل الله كسب الرجال للرجال وكسب النساء للنساء، والآيتان حملتا حكماً عاماً في الأزواج وغيرهم وإن تعلقنا بسبب خاص<sup>2</sup>، هو الثواب والعقاب أو الميراث<sup>3</sup>، فكيف تكون الزوجة شريكة في مال الزوج الذي جمعه لوحده، تحت ذريعة أجره خدمة البيت.
- 2- من السنة: عن أبي أمامة الباهلي، يقول: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: "لا تنفق المرأة من بيتها شيئاً إلا بإذن زوجها" قالوا: يا رسول الله، ولا الطعام؟ قال: "ذلك أفضل أموالنا"<sup>4</sup>، فدل الحديث أن لا شركة للزوجة في مال زوجها بدليل منعها من الانفاق إلا بإذنه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد بشري، مناقشة المطالب النسائية الهادفة إلى تغيير مدونة الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، 1994/1995، ص 502، نقلاً عن فؤاد أزملاط، تدبير الأموال المكتسبة أثناء فترة الزوجية، ص 100.

<sup>2</sup> محمد التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، ص 03.

<sup>3</sup> القرطبي، الجامع في أحكام القرآن، 164/5، الطبري، تفسير الطبري، 267/8.

<sup>4</sup> ابن ماجه في سننه، أبواب التجارات، باب ما للعبد أن يعطي ويتصدق، رقم 2295، 395/3، أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، رقم 3565، 417/5، الترمذي في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، رقم 2120، 504/3، واللفظ لابن ماجه.

قال عنه الترمذي حديث حسن.

<sup>5</sup> محمد التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، ص 06.

3- إن الاستشهاد بما ذهب إليه زفر، يمكن الرد عليه بما ذهب إليه فقهاء الحنفية أنفسهم من حيث اعتبار خدمة الزوجة في البيت واجبة عليها ديانة وأنه لا يجوز أن تأخذ عنها مقابلاً إن قامت بذلك، فإن فعلت عد ذلك رشوة، ومن ذلك ما جاء في البدائع: " ولا تجبر الزوجة على الطبخ والخبز، ولا يجوز لها أخذ الأجرة على ذلك، لأنها لو أخذت الأجرة أخذتها على عمل واجب عليها في الفتوى، فكان في معنى الرشوة فلا يحل لها الأخذ"<sup>1</sup>.

4- هناك من فرق بين أجرة الخادم وما يطالب به هؤلاء من أخذ الزوجة للأجرة مقابل قيامها بخدمة البيت، لأن نفقة الخادم يمكن أن تسقط على الزوج إذا كان الزوج معسراً أو كانت الزوجة ممن لا يخدم مثلها، وأغلب الزيجات عندنا لا تستحق فيه الزوجة خادماً، إما لعدم قدرة الزوج على تأمين خادم، أو لأن الزوجة ممن لا يخدم مثلها كونها اعتادت خدمة البيت عند أبيها، فلا يمكن تعميم حق الزوجة في الحصول على مقابل الخدمة بناء على أنه في أغلب الحالات تكون خدمتها المنزلية من قبيل الواجب.

5- إنه لا يمكن اعتبار العمل المنزلي من قبيل العمل الكسبي الذي أسقطه الفقهاء على الزوجة ولم يلزموها به، فالعمل الكسبي هو ذلك العمل الذي يهدف إلى تكديس الثروة وتنميتها، أما العمل المنزلي فهو استهلاكي بالدرجة الأولى وقيام الزوجة به بدلاً من الخادم هدفه التقليل من الاستهلاك وهي تقوم به تطوعاً ودون مقابل، فكيف لها أن تطالب بمقابل ذلك عند الطلاق أو الوفاة؟

6- إن القول بجواز أخذ الزوجة مقابلاً عن عملها المنزلي بناءً على أن الزواج شرع للاستمتاع ولم يشترط للإخدام وتبادل المنافع، هو قول مردود إذ أن أخذ الزوجة مقابلاً عن خدمتها يدخل ضمن أخذ المنافع فيصير بذلك عقد الزواج عبارة عن عقد عمل تحصل الزوجة بمقتضاه على عمل يدر عليها ربحاً، وتصبح العلاقة الزوجية مبنيه على الماديات ولا مكان للتكريم والتراحم والتعاون بين الزوجين .

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 4/24.

- 7- إن الفطرة التي فطرنا الله عليها، والتكوين الجسمي الذي تتميز به المرأة عن الرجل يجعل المكان الطبيعي للمرأة داخل البيت ومكان الرجل خارجه، بما يوافق حكم الرسول -صلى الله عليه وسلم- على فاطمة وعلي -رضي الله تعالى عنهما- ولنا في صحابة رسول الله أسوة، فقد كانت فاطمة تطحن، وأسماء كانت تسوس فرس الزبير، وكان نساء الأنصار يحملن الماء في القرب، وغير ذلك من الخدمة<sup>1</sup>، وما سمعنا بواحدة طالبت بأجر جراء خدمتها، وما ينادي به هؤلاء يصب في خانة التقليد الأعمى واستيراد الأفكار الهدامة التي تؤثر على استقرار الأسرة، التي جعلت من الخدمة المنزلية نوعاً من المساهمة في تحمل الأعباء مع الزوج، فتستحق بمقتضاه أن تكون الزوجة شريكة في الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية<sup>2</sup>، كما هو الحال لدى الكثير الدول غير المسلمة حيث تنص قوانينها على أن عمل المرأة المتزوجة داخل البيت يعادل عمل الزوج خارجه<sup>3</sup>.
- 8- إعمال حق الزوجة في أقسام الثروة المكتسبة أثناء الزواج في حالة الطلاق أو الوفاة يتصادم مع أحكام المتعة ونفقة العدة ويهدم قواعد الميراث.
- 9- لو طبقنا هذا المبدأ لأصبحت الثروة بعد سنين تتركز في أيدي النساء وأصبحت النساء أغنى من الرجال وأحتل التوازن، ويصبح الرجال عمالاً أو خدماً لدى النساء، مع بقاء الالتزامات المالية على الرجال دون النساء.

### ثانياً: موقف القانون حول استحقاق الزوجة مقابلاً عن خدمة البيت

لم يكن قانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة صريحاً بالشكل اللازم إلا أنه يمكن الاستشهاد بنص المادة 39 قبل التعديل حين تكلمت عن واجبات الزوجة تجاه زوجها، فذكرت طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة مما فسر البعض هذا النص على أنه يمتد ليشمل خدمة البيت<sup>4</sup>، خاصة وأن القضاء الجزائري يميل في تفسيره للنصوص إلى المذهب المالكي، وكذلك الأمر في حالة انعدام

<sup>1</sup> عليش، فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب مالك، 86/2.

<sup>2</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p29

<sup>3</sup> أحمد حيدار، عمل الزوجة داخل البيت في ضوء مدونة الأسرة والفقهاء الإسلامي، ص 59.

<sup>4</sup> محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، 411/1.

النص، فإنه كثيراً ما يعتمد إلى سد هذا النقص بما ذهب إليه فقهاء المالكية، لذلك فالحكم هو إلزام الزوجة بالخدمة .

أما بعد التعديل الذي أدخله المشرع بمقتضى الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 فإن وجهة نظر المشرع تغيرت فيما تعلق بتنظيم الحقوق والواجبات بين الزوجين حيث حاول تنظيمها وفق مبدأ المساواة بين الزوجين، متأثراً بالاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر لاسيما اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، وانعكس ذلك بإلغاء النصوص المتضمنة واجبات الزوجة، وتم التركيز على الحقوق والواجبات المشتركة للزوجين من خلال نص المادة 36، والتي جاء فيها أنه على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

لذلك فإن التمعن في هذا النص يقودنا إلى القول بأن التزام الزوجة بالقيام بالخدمة المنزلية هو واجب ديانة وليس قضاء وهو أقرب ما يكون إلى المذهب الحنفي، لذلك فإن هذه الحالة ليس للزوجة الحق في المطالبة بمقابل جراء قيامها بخدمة البيت، إذ أن استفادتها من مقابل جراء خدمتها يستلزم نصاً صريحاً من المشرع.

وما قلنا عن المشرع الجزائري يمكن إسقاطه على المشرع التونسي، فقد نص في الفقرة الثانية من الفصل 23 من المجلة على التعاون على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم.

وجاء في مدونة الأحوال الشخصية المغربية قبل إلغائها في الفصل السادس والثلاثين، فقرته الرابعة أن من واجبات الزوجة الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه، وقد اختلف الشراح في تفسير مضمون هذا النص فمنهم قرأ النص على أن المشرع لم يلزم الزوجة بأعمال البيت<sup>1</sup>، بل أسند إليها مهمة الإشراف على الأعمال وتوجيهها، والفرق واضح بين "الإشراف" و"القيام" بأعمال المنزل، وذهب البعض إلى تفسير النص على أن الزوجة ملزمة بأعمال البيت، ولكن وإن يكن التفسير الفقهي للنص فإنه ليس في القانون ما يلزم الزوج بإشراك زوجته في الأموال المكتسبة أثناء الزواج أو إعطائها مقابلاً عن العمل المنزلي.

<sup>1</sup> أنظر: فريدة بناني، تقسيم العمل بين الزوجين في القانون المغربي والفقهاء الإسلامي، ص 146، أحمد أحيدار، عمل الزوجة داخل البيت، ص 82.

إلا أن المشرع المغربي انتهج موقفاً مخالفاً لما عليه في السابق عندما أصدر مدونة الأسرة الجديدة سنة 2004، والتي من ضمن ما جاء فيها، نصت المادة 49 على ما يلي: "لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجة الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج

يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر.

إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

القراءة المتأنية لهذا النص يخلص إلى أنه في حال عدم وجود اتفاق بين الزوجين حول مصير الأموال المكتسبة بعد الزواج فإن القاضي يرجع إلى القواعد العامة للإثبات في تحديد مساهمة كل واحد من الزوجين في تحصيل الأموال المكتسبة مع الأخذ بعين الاعتبار عمل كل زوج والمجهودات المبذولة من طرف كل واحد منها، وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، بما يفيد أن كل زوج قام بمجهود معين له الحق في هذه الأموال، لذلك نجد أن تفسير هذا النص من قبل شراح القانون يسير في فلك إعطاء الزوجة جزءاً من المال المكتسب خلال فترة الزوجية كمقابل لقيامها بالأعمال المنزلية وفي ذلك يقول أحدهم: "... الأمر المطروح بحدة يتعلق بربات البيوت، حيث يبدو لي أن المشرع ما أتى بمقتضيات المادة 49 إلا لحمايةهن بالأساس لما يطالهن من تشريد وظلم وإقصاء عند طلاقهن بعد تأخر العمر بهن، حيث ينزلهن من أبراج الثراء واليسر إلى حضيض الفقر أحياناً..."<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> خالد الكتاري، التطبيق القضائي لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة بتوزيع الأموال المكتسبة بين الزوجين، مجلة قضاء الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، عدد مزدوج (04،05)، فبراير 2009، ص 77.

وقال آخر: "إن المرأة المتزوجة التي لا تقوم بأي عمل خارج البيت أصبح لها نصيب مقدر من طرف القاضي في الثروة المكتسبة خلال الحياة الزوجية.."<sup>1</sup> ويدعم هذا التفسير نص المادة 51 من خلال جعل مهمة تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال مهمة مشتركة<sup>2</sup>، بما يعني عدم إلزام الزوجة بالخدمة المنزلية.

وإذا كان الرأي الفقهي حسم أمره بشأن الخدمة المنزلية، حسب مفهوم المادة 49 فإن التفسير القضائي لهذه المادة كان متضارباً، واختلف التفسير من محكمة إلى أخرى من حيث اعتبار الخدمة المنزلية للزوجة سبباً في استحقاقها جزءاً من المال الذي تم تديره أثناء الحياة الزوجية.

ومن بين الأحكام التي لا تعترف بالخدمة المنزلية كسبب لتنمية أموال الأسرة ونجد حكماً<sup>3</sup> يعتبر أن العمل المنزلي يدخل ضمن الواجبات التي يفرضها عقد الزواج<sup>3</sup> فلا يستحق القائم به مقابلاً مالياً، وفي حكم آخر اعتبرت المحكمة أن العمل المنزلي هو عمل مشترك بين الزوجين بمقتضى المادة 51 من مدونة الأسرة وأن الزوجة مطالبة بإثبات تقاعس الزوج وامتناعه عن تحمل تسيير ورعاية شؤون البيت وقيامها بهذه المهمة لوحدها<sup>4</sup>، وفي حكم آخر اعتبرت العمل المنزلي غير منتج للثروة لا تستحق الزوجة عنه أجراً<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ونادى أيضاً بضرورة إعادة النظر في تصنيف العمل المنزلي واعتباره عملاً منتجاً عند إحصاء السكان، لأنهم لا يزالون يعتبرون ربة البيت من الأشخاص غير النشطين، أنظر، محمد الشافعي، قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ع25، بعنوان مدونة الأسرة بين النص والتطبيق، ص186.

<sup>2</sup> تضمنت المادة 51 من مدونة الأسرة، الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وجاء في الفقرة الثالثة: "تحمل الزوج والزوجة مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال".

<sup>3</sup> حكم صادر من محكمة تمارة بتاريخ 2007/12/04، نقلاً عن صالح أشطبي، الممارسة القضائية للمادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة باقتسام الأموال المكتسبة بين الزوجين، مذكرة ماستر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2010/2009، ص30.

<sup>4</sup> حكم رقم 06/121 بتاريخ 2006/10/17، عن محكمة أكادير، نقلاً عن زهور الحر، تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، ص131.

<sup>5</sup> حكم رقم 523-07/05 بتاريخ 2006/04/20 عن محكمة طنجة، نقلاً عن فؤاد أزلمات، تدبير الأموال المكتسبة أثناء فترة الزوجية، ص94.



وعلى خلاف الأحكام السابق ذكرها جاءت بعض الأحكام بحكم مخالف حيث ذهبت إلى أن قيام الزوجة بشؤون البيت وتربية الأولاد ورعايتهم، إلى جانب الاعتناء بزوجها والقيام بجميع متطلباته اليومية من شأنه أن يهيئ الجو المناسب المباشر لعمله والانكباب عليه بشكل إيجابي، يعد عملاً ومجهوداً كبيراً يفيد في تنمية أموال الزوج خلال قيام العلاقة الزوجية<sup>1</sup>.

وفي حكم آخر اعتبرت المحكمة أن عمل الزوجة اليومي ولو داخل البيت بعد مساهمة منتجة عند التقسيم اعتماداً على أن عقد الزواج للعشرة الزوجية وليس للاستخدام<sup>2</sup>.

والملاحظ في هذا الصدد أن هذه الأحكام القضائية تريد أن تلحق العمل البيتي بحق الكد والسعاية، ولا تطرح فكرة استحقاق الزوجة أجراً على عملها، لذلك فإن المشرع المغربي قام بتقنين العرف السائد في أحد المناطق، والمتعلق بحق الكد والسعاية وأعطاه حكماً وطنياً، ثم تفسيراً واسعاً لا يقتصر على العمل المنتج فقط بل أصبح يشمل أيضاً العمل المنزلي.

<sup>1</sup> حكم رقم 06/5745 بتاريخ 2008/02/21 عن محكمة الدار البيضاء، نقلاً عن زهور الحر، تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، ص 132.

<sup>2</sup> حكم رقم 04/685 بتاريخ 2006/04/24 عن محكمة الدار البيضاء، نقلاً عن زهور الحر، تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، ص 131.

## المبحث الثاني: الاشتراك المالي بين الزوجين باعتباره نظاماً قائماً.

نظام الاشتراك المالي بين الزوجين هو نظام غربي في الأساس يخضع للفلسفة الغربية ونظرتهم لمؤسسة الزواج القائمة على مبدأ أبدية الحياة الزوجية، لذلك ينبغي تعزيزها بشراكة مالية، ظناً منهم أن ذلك يساهم في استقرارها واستمرارها، وفي سبيل إنجاح هذه الشراكة سعى المشرع إلى تنويع نظم الاشتراك، ليتوافق مع المركز الاقتصادي للزوجين ورغباتهما الشخصية، ووضع أحكاماً لهذا الاشتراك تنظمه من قيامه وبدايته إلى نهايته وانقضائه، لذلك فإن تطبيق هذا النظام في الدول المسلمة يقتضي الحديث عن مشروعيتها ومدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية.

لذلك فإننا نناقش في هذا البحث ثلاث نقاط أساسية نستعرضها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: أسس ومبادئ نظام الاشتراك المالي بين الزوجين

المطلب الثاني: أنواع الاشتراك المالي بين الزوجين ومشروعيتها.

المطلب الثالث: أحكام الاشتراك المالي بين الزوجين

## المطلب الأول: أسس ومبادئ نظام الاشتراك المالي بين الزوجين

يقوم نظام الاشتراك المالي بين الزوجين على أسس ومبادئ تعد ركيزة هامة في قيامه، تتمثل خاصة في مبدأ حرية المشاركات المالية بين الزوجين، ومبدأ شكلية المشاركة، ومبدأ التضامن في تحمل الأعباء المالية للأسرة.

### الفرع الأول: مبدأ حرية المشاركات المالية بين الزوجين

والحديث على حرية المشاركات المالية بين الزوجين يقودنا للتعرض إلى نطاق هذه الحرية والحق في تغيير وتعديل المشاركة، ثم القيود الواردة على هذه الحرية.

### البند الأول: نطاق حرية المشاركات المالية بين الزوجين

فيه أتعرض إلى نطاق هذه الحرية في القانون الفرنسي والقوانين العربية:

#### أولاً: نطاق حرية المشاركات المالية بين الزوجين في القانون الفرنسي

يقوم النظام المالي للزوجين وفق التشريع الفرنسي ومعظم الدول الأوروبية على مبدأ حرية الزوجين في تنظيم علاقتهما المالية من خلال اختيار أحد النظم المالية التي نص عليها المشرع وفق ما يسمى عندهم بمشاركة الزواج "Control de mariage"<sup>1</sup>.

وتبرز الإرادة الحرة للزوجين من خلال اختيار نظام من بين الأنظمة المعروفة، بينما يترك للمشرع وضع الأحكام المتعلقة بكل نظام<sup>2</sup>، حيث يقترح القانون نماذج للاتفاقات المالية التي يمكن للزوجين الركون إليها، وما على الزوجين إلا اختيار أحد هذه النماذج، مع إمكان إضافة بعض الشروط.

<sup>1</sup> عمر صلاح الحافظ مهدي الغزاوي، الذمة المالية للزوجين، ص 225.

<sup>2</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, **Les régimes matrimoniaux**, Editions juridiques associées, Paris, 2004, p 86.

وإقرار مبدأ حرية الاختيار مرده إلى عدم إمكانية قيام المشرع بوضع نظام وحيد يحظى بالقبول والرضا لدى كل الأزواج<sup>1</sup>، وهو اختيار يخضع لعدة عوامل مرتبطة بالسن والعمل والوضعية الاجتماعية لكل زوج<sup>2</sup>، فلو كان الزوجان موظفين فإن النظام الأنسب والأقرب للاختيار هو نظام الاشتراك، وإذا كان أحدهما يعمل فقط والآخر لا يعمل كما لو كانت الزوجة يقتصر دورها في القيام بالأشغال المنزلية، فإن هذه الزوجة تحصر على اختيار نظام الاشتراك، لأن في نظام الفصل ثراء للزوج على حساب الزوجة، وقد يكون نظام الاشتراك غير محبذ لدى البعض، كما لو كان الشريك تاجراً لأنه لا يُؤمّن إفلاسه<sup>3</sup>، وفي ذلك تأثير على ذمة الزوج الآخر.

ويضع القانون في النظم الغربية الزوجان أمام خيار إبرام مشاركة الزواج قبل إبرام العقد، فيختاران النظام الذي يلائمهما، فإن أحجما عن ذلك فإنه يسري عليهما النظام المالي الذي اختاره المشرع في هذه الحالة<sup>4</sup>، لذلك يسمى النظام المالي الذي يختاره الزوجان بالنظام الاختياري أو الاتفاقي، ويسمى النظام المالي المطبق عليهما في حالة عدم الاختيار بالنظام القانوني.

وقد فسر الفقه أفراد أحد الأنظمة بالصفة القانونية عند عدم اختيار نظام اتفاقي بصورة صريحة، بأن ذلك يعد دليلاً على القبول الضمني المفترض بالخضوع للنظام القانوني<sup>5</sup>، والتطبيق الوجوبي للنظام القانوني عند غياب النظام الاختياري ما هو إلا أثر مباشر لعقد الزواج، أما إذا اتجهت إرادتهما لاختيار نظام ما فإن الطبيعة الاتفاقية لهذا الاختيار ثابتة، وهو موقف يعزز مبدأ سلطان الإرادة.

<sup>1</sup> نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، رسالة في الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، 3، 2000/1999م، ص 42.

<sup>2</sup> Isabel Corport, **Régimes matrimoniaux**, Librairie vuibier, Paris, 2002, p43.

<sup>3</sup> نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 42.

<sup>4</sup> المادة 1387 من القانون المدني الفرنسي:

" La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent ".

<sup>5</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p 86.

والنظام القانوني الذي يلجأ إليه في حالة عدم إبرام المشاركة المالية في التشريع الفرنسي هو نظام الاشتراك المقتصر على المكتسبات<sup>1</sup>، ويفضل المشرعان الألماني والسويسري باعتبارهما نظامان جرمانيان نظام المشاركة في المكتسبات<sup>2</sup> بعد أن كانا في السابق يعتمدان على نظام اتحاد الأموال<sup>3</sup>. وبما أن مشاركة أموال الزوجين يتم إبرامها قبل العقد، والهدف منها تنظيم العلاقات المالية للزوجين، فإن هذه المشاركة موقوفة من حيث سريانها على شرط إعلان الزواج، فإذا لم يعلن الزواج كانت أحكام المشاركة لاغية، وسريانها يبدأ بإعلان الزواج وينتهي بنهايته، كما أن الحكم بإلغاء الزواج يعني الحكم بإلغاء المشاركة<sup>4</sup>.

وقوام العقد هو حرية الإرادة وسلطانها في تعيين مضمونه، بينما مشاركة الأموال الزوجية لا يعدو دورها أن يتعدى اختيار نموذج من النماذج المبينة في القانون، مع أحكام إدخال تعديلات طفيفة لا تمس الجوهر وهي أشبه ما تكون بعقود الشركات، فالمتعاقد في شركة المساهمة مثلاً يوقع عقد ابتدائياً يكاد يتكفل النظام القانوني بتحديد مضمونه على وجه الدقة، كما أنه لا يجوز للمتعاقدين استبعاد النظام القانوني، وإن اتفقا على ذلك دون تحديد نظام آخر للأموال الزوجية<sup>5</sup>، لذلك يرى الفقه الفرنسي أن مشاركة الأموال الزوجية لا تعتبر عقداً بمعناه القائم على مبدأ سلطان الإرادة، وإنما يمكن تسميتها بالعقد النظامي أو العقد التوفيق<sup>6</sup>، لأن حريتها التعاقدية لا يمكن أن يترتب عليها استحداث نظام مالي لا يعرفه القانون، وإنما يمكن لهما أن يضعوا بعض التعديلات التي لا تعد جوهرية.

<sup>1</sup> راجع المادة 1401 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> نورة بوطاهر، العلاقات المالية بين الزوجين، ص 136،

Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p164

<sup>3</sup> حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 201.

<sup>4</sup> سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، 1292/3، حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 111-112.

<sup>5</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p 86

<sup>6</sup> حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 110.

وخلصة القول إن مشاركة الأحوال الزوجية هي تصرف قانوني يعقد بتوافق إرادتين إلا أنه ليس من العقود المألوفة، أو هو عقد ذو طبيعة خاصة بالنظر إلى كيفية انعقاده وبالنظر إلى مضمونه<sup>1</sup>.

هذا وفي إطار مبدأ حرية الإرادة اهتمت بعض التشريعات بحق الزوجين في تعيين القانون الواجب التطبيق في مشاركة الأموال، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي عندما أخذ بعين الاعتبار إرادة الزوجين حسب ما جاء في المادة 1397 في فقرتها الثالثة، وهو إعمال لأحكام اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على أنظمة الملكية الزوجية المبرمة سنة 1978، والتي نصت على إعطاء الأولوية لإرادة الزوجين في تعيين القانون الواجب التطبيق<sup>2</sup>.

### ثانياً: نطاق حرية المشاركات المالية بين الزوجين في النظم العربية

بحكم اعتماد النظم القانونية العربية على الشريعة الإسلامية في أحكامها الأسرية فإن النظام المالي المعتمد لتنظيم العلاقات المالية للزوجين وفق هذه النظم هو نظام الانفصال المالي، ولم تكن هذه النظم تعرف المشاركات المالية مثل ما هو موجود لدى التشريعات الغربية، إلى أن ظهرت بوادر لتبني مثل هذه المشاركات بدءاً باعتناق فكري المساواة بين الزوجين التي روجت لها الاتفاقيات الدولية<sup>3</sup> التي صادقت عليها هذه الدول وتحرير المرأة إشراكها في التنمية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص 111

<sup>2</sup> لتفصيل أكثر أنظر: رعد مقداد الحمداي، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، ص 92-100.

<sup>3</sup> تم الترويج لفكرة المساواة بين الزوجين وتطبيقها في النظم القانونية، لا سيما التعديلات الأخيرة التي أدخلت على قوانين الأسرة، كحذف واجب الطاعة الزوجية واستبدالها بمبدأ الاحترام المتبادل بين الزوجين، وحق المرأة الحاضرة في الولاية على الطفل المحضون، ومسؤوليتها عليه، وتمكين المرأة المتزوجة بأجنبي من اكتساب جنسيتها لأولادها، وإلغاء ولاية الإجماع على الفتاة المقبلة على الزواج ( ولمزيد من التفصيل راجع: سلوى العياشي اللبان، المساواة في الحقوق بين الجنسين دعم لمنزلة المرأة داخل الأسرة وفي المجتمع، كتاب حقوق المرأة في تونس من المساواة إلى الشركة، مركز الدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة، منشورات الكريديف، 2007، ص 14، مصطفى مناصرية، ثنائية الأصالة والحدثة في قانون الأسرة الجزائري -دراسة حول التعديلات التي تضمنها قانون الأمر 02/05، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي - الجزائر، ع 17، ص 178-183).

<sup>4</sup> سهام بن عزوز، حقوق المرأة التونسية في إطار نظام الأموال بين الزوجين، مجلة الكريديف، مركز البحوث والدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة، ع 34، أوت 2006، ص 45.

هاتا الفكرتان تمهدان لتبني مبدأ الشراكة بين الزوجين لا سيما في جانبها المالي، وقد كان المشرع التونسي سابقاً في هذا الخطوة من خلال إصدار قانون بنظم الاشتراك في الأملاك الزوجية<sup>1</sup>، وتبعه التشريعان الجزائري والمغربي، ولكن دون وضع قانون خاص للاشتراك حيث اكتفيا بالنص على جواز قيام اشتراك مالي بين الزوجين خاص بالأحوال المكتسبة خلال فترة الزواج، لذلك فإن المشاركات المالية بين الزوجين والتي تؤدي إلى قيام الاشتراك بين بينهما تمثل أحد النوازل التي عرفها المجتمع المسلم وتحتاج للدراسة الفقهية والقانونية.

وفيما يأتي أناقش مدى حرية الزوجين في إنشاء هذه المشاركات المالية في هذه التشريعات:

**1/ القانون التونسي:** يقوم النظام المالي للزوجين وفق مجلة الأحوال الشخصية التونسية على مبدأ انفصال الأموال، كأساس لتنظيم العلاقات المالية بين الزوجين ونظام الاشتراك المالي كنظام اختياري حسب قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، وهو ما عليه نص الفصل الأول من القانون الذي جاء فيه " نظام الاشتراك في الأملاك هو نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق...".

ويشمل الاشتراك بين الزوجين العقارات المكتسبة بعد الزواج إذا كانت مخصصة للعائلة ومصالحتها، ويمكن توسعة الاشتراك ليشمل عقارات أخرى بما فيها المكتسبة قبل الزواج، والتي آلت عن طريق الهبة والإرث والوصية لأحد الزوجين<sup>2</sup>، لذلك يمكن تصور قيام اشتراك شامل يستوعب كلا الذمتين الماليتين للزوجين، كما هو سائد لدى بعض التشريعات الغريبة وهو ما يدعى بالاشتراك الشامل (Comunauté universelle)، ولا يستثنى من أموال الزوجين إلا ما تعلق بالمهر أو ما كان فيه خروج عن قواعد الإرث، وفقاً لما جاء في المادة الرابعة من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

<sup>1</sup> القانون رقم 94 المؤرخ في: 1998/09/09، المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، الرائد الرسمي، ع91.

<sup>2</sup> راجع الفصل 10 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين

2/ القانونين الجزائري والمغربي: اكتفى التشريعان الجزائري والمغربي بوضع نص يميز اتفاق الزوجان على اعتماد فكرة الإشارك المالي للزوجين دون وضع نماذج لهذا الإشارك، وقد اعتمدا على مبدأ حرية الإشارك بين الزوجين، والتي فحواها جواز قيام المشاركات المالية ما دامت مشروعة وتحقق مصلحة للمتعاقدين، فجاء في المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منها".

وجاء في المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج..."

وما يمكن ملاحظته حول ما جاء في القانونين الجزائري والمغربي هو:

أ/ التأكيد على مبدأ الإستقلال الذمة المالية للزوجين: يتضح من مقتضى المادتين 37 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 49 من مدونة الأسرة المغربي أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر، ويبقى كل واحد منهما مستقلاً بأمواله حراً في التصرفات التي يجريها عليها<sup>1</sup>، وتبرز أهمية هذا المبدأ في الحرص على إبقاء العلاقة الزوجية علاقة شخصية فقط كما هو مقرر في الفقه الإسلامي تقوم على اتحاد في الجانب الشخصي وإستقلال من الجانب المالي، وكذا إتاحة الفرصة لكل واحد من الزوجين في الحفاظ على ثروته المكتسبة والحرص على عدم اغتناء أحدهما على حساب الآخر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد الشافعي، قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، ندوة مدونة الأسرة بين النص والممارسة، 27-28 يناير 2006، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، كلية الحقوق بمراكش، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ع 25، ص 179، فوزي بوخريص، الذمة المالية للزوجين من خلال مدونة الأسرة، مجلة القصر، ع 23، ماي 2009، ص 93.

<sup>2</sup> الملكي الحسين، الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات الكد والسعاية، ص 65.



ب/ إمكان الاتفاق على الاشتراك في الأموال المكتسبة أثناء الزواج: بعد أن نص التشريعان على مبدأ الاستقلال المالي للزوجين، أجازا قيام اتفاق بينهما يتعلق بالأموال المكتسبة خلال فترة الزواج فقط، بمعنى أن الاشتراك متعلق بالأموال التي يتم جمعها خلال فترة الزوجية فقط<sup>1</sup>، وفي ذلك استثناء للأموال التي تم اكتسابها قبل الزواج أو تلك الأموال التي تؤول للزوجين بالهبة والإرث والوصية، فالهدف من الاشتراك هو تأمين مجهود الزوجين في تنمية هذه الأموال وحماية نصيب كل واحد منها، من خلال تحديد النسبة التي تؤول لكل منهما حسب مساهمته في تنميتها، وفي ذلك دليل على أن التشريعان لم يستلهما فكرة الاشتراك من النظم الغربية كما فعل المشرع التونسي، وإنما هي مأخوذة من التراث الفقهي والأعراف المغربية أو ما يعرف بالكد والسعاية<sup>2</sup>، والهدف منها مواجهة مشكلة اختلاط الأموال بين الزوجين، لذلك تحصر الاشتراك في الأموال المكتسبة أثناء الزواج وتقسّمها حسب المجهود المبذول.

ج/ أجاز المشرع المغربي إمكانية الاشتراك دون حدوث اتفاق: وهو موقف انفرد به المشرع المغربي، وفيه مخالفة صريحة للنظم الغربية التي تقوم على مبدأ الشكلية في المشاركات المالية للزوجين، لأنه افترض الاشتراك بين الزوجين دون وجود اتفاق، ويعد ذلك بمثابة تقنين لفكرة الكد والسعاية المطبقة في بعض الأنحاء عن المملكة المغربية، بمعنى أن المشرع المغربي أقر بمبدأ استحقاق كل من الزوجين حصة من الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية إذا أثبت أنه يساهم فعلاً في تنمية الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، ويكون ذلك بالرجوع إلى القواعد العامة للإثبات<sup>3</sup>.

### البند الثاني: قابلية النظام المالي للتعديل

تتنازع مسألة قابلية النظام المالي للزوجين للتعديل موقفان، الأول يفيد ثبات النظام الذي استقر عليه الزوجان في بداية الحياة الزوجية وعدم قابليته للتغيير أو التعديل، لذلك فإنه يحظر أي

<sup>1</sup> حفيظة توتة، الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية بين النص القانوني والعمل القضائي، ص 56.

<sup>2</sup> فوزي بوخرص، الذمة المالية للزوجين من خلال مدونة الأسرة، ص 97، محمد الشافعي، نظام الأموال في القانون التونسي - نموذج للقانون المغربي، مجلة محكمة، مجلة فصلية متخصصة في الدراسات القانونية، ع 05، يناير 2009/2008، ص 16.

<sup>3</sup> الملكي الحسين، الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات الكد والسعاية، ص 68.

اتفاق بين الزوجين يهدف إلى إدخال تعديل أو تغيير على النظام المالي الذي تم اعتماده بادئ الأمر، وهو المبدأ المسمى بمبدأ جمود النظام المالي للزوجين<sup>1</sup>، أما المبدأ الثاني فهو جواز تغيير النظام سواء بتعديل مشاركاته أو تغييره بالكلية.

وقد اعتنق المشرع الفرنسي في بادئ الأمر مبدأ عدم جواز تغيير النظام المالي للزوجين، وهو اختيار يقف على عديد المبررات، أهمها أنه يوفر حماية لكلا الزوجين من سطوة الزوج الآخر، فلو فتح باب تعديل النظام لحرص الزوج الذي بيده السلطة على حمل شريكه على تعديل النظام بما يخدم مصلحته، ويضطر هذا الأخير للقبول، أو يكون تعديل النظام من عدمه مثاراً للنزاع بين الزوجين، بالإضافة إلى أن تغيير النظام المالي يمس باستقرار المعاملات ويضر بمصلحة الغير<sup>2</sup>.

إلا أن هذه المبررات تلقى معارضة وجيهة من باب أن جمود النظام المالي للزوجين يتعارض مع النظام العام للعقود القائم على أن كل عقد من العقود يجوز تعديله أو الغاؤه ما دام الطرفان متفقان على ذلك، ثم أن هذا الجمود قد يفوت مصلحة محققة لكلا الزوجين، كما أن الخوف من تسلط أحد الزوجين على الآخر يمكن تبديده من خلال إقرار رقابة قضائية على التعديل، فيجبر الزوجان على إثبات وجود مصلحة محققة من التعديل لكلا الزوجين<sup>3</sup>، أما بالنسبة لحماية مصلحة الغير فإن إعلان الاتفاق وإشهاره يعد ضمانه أساسية تمنع المساس بمصلحته<sup>4</sup>.

وبناءً على هذه المبررات تراجع المشرع الفرنسي وتخلي عن مبدأ جمود النظام المالي بموجب القانون 13 من جويلية 1965، وسمح للزوجين بتغيير نظامهما المالي وفق شروط تتعلق بضرورة وجود مصلحة للعائلة، وأن لا يكون الغرض منه التحايل على حقوق الغير، وأن يتم ذلك بعد مرور سنتين من إبرام العقد المنظم للعلاقات المالية، مع ضرورة إخضاع هذا الاتفاق لمصادقة المحكمة ونشره في

<sup>1</sup> حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 122.

<sup>2</sup> سيد عبد الله على حسين، المقارنات التشريعية، 1297/3.

<sup>3</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, P4-6, Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p 85.

<sup>4</sup> حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 120.

جريدة الإعلانات القانونية وتسجيله بمامش عقد الزواج<sup>1</sup>، وهو ما قضت به المادة 1397 من القانون المدني<sup>2</sup>، هذا وينبغي الإشارة إلى أن تعديل المشاركة المالية قبل دخولها حيز التنفيذ أي قبل إبرام العقد جائز دون التقيد بشرط المدة في ذلك<sup>3</sup>.

وبالنسبة للقانون التونسي فقد تأثر بما عليه الحال في القانون الفرنسي، من خلال اشتراط مرور سنتين على الأقل من تاريخ إبرام المشاركة مع الحصول على مصادقة المحكمة الابتدائية لمقر إقامة الزوجين والقيام بالإشهارات القانونية من إدراج بدفاتر الحالة المدنية وترسيم بإدارة الملكية العقارية<sup>4</sup>، وقد جعل من مصادقة المحكمة والإشهار القانوني شرطاً لنفاذ الاتفاق المالي تجاه الغير<sup>5</sup>، على اعتبار أنه ليس للغير معارضة الاتفاق إلا بعد القيام بهذه الإجراءات.

ولم يحدد القانون الجزائري موقفه من تعديل الاتفاق المالي شأنه في ذلك شأن القانون المغربي، وهو ما يمكن تفسيره على أن في ذلك إقرار للزوجين بالحرية التامة في التعديل الاتفاق دون الالتزام بمدة معينة، ويعود ذلك إلى نظرة هذين التشريعين إلى فكرة الاشتراك بأنها أمر شخصي يخص الزوجين فقط كما سيأتي بيان ذلك فيما بعد عند تناول مسألة إشهار الاتفاق.

### البند الثالث: القيود الواردة على حرية المشاركات المالية للزوجين.

فيما يلي استعرض هذه القيود في القانون الفرنسي ثم القانون التونسي باعتباره القانون الوحيد الذي وضع قانوناً للاشتراك المالي دون الأنظمة العربية الأخرى.

<sup>1</sup> Annie Lamboley, Marie hélène, Laurens Lamboley, Droit des régimes matrimoniaux , Librairie de la cour de cassation, Paris, 1998, p 99.

<sup>2</sup> المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي:

" Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié..."

<sup>3</sup> المادة 1396 من القانون المدني الفرنسي

<sup>4</sup> الفصل 21 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين

<sup>5</sup> نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 39.

## أولاً: القيود الواردة على حرية المشاركات المالية للزوجين في القانون الفرنسي

عرفنا مما سبق أن القانون الفرنسي يطبق مبدأ حرية الاتفاق وسلطان الإرادة في المشاركات المالية للزوجين، فيجوز للزوجين اختيار نظام مالي من بين الأنظمة التي وضعها المشرع، كما يجوز الجمع أو التوفيق بين نظامين ماليين من بين هذه الأنظمة أو أكثر، ولكن لا يجوز للزوجين بأي حال التعدي على القيود التي وضعها المشرع وهي قيود متعلقة بالنظام العام الذي وضعه المشرع، وقيود مستمدة من النظام المالي للزوجين.

**1/ القيود المتعلقة بالنظام العام:** لا يجوز أن تتضمن مشاركة أموال الزوجين اتفاقاً أو شرطاً يتعارض مع النظام العام والآداب العامة<sup>1</sup>، ويقصد بمخالفة النظام العام في هذا الشأن مخالفة القواعد الآمرة التي جاء بها القانون، كأن تتضمن المشاركة أحكاماً تتعلق بالميراث وتوزيع الأنصبة الإرثية بما يخالف الأحكام المعمول بها في القانون، أو تتعلق بالتعامل في تركة مستقبلية، وكل شرط يعطل أحكام الإرث، ولا يجوز الانتقاص من الحقوق والواجبات الناتجة عن عقد الزواج، كقواعد السلطة الأبوية والإدارة القانونية والوصاية<sup>2</sup>.

كما لا يجوز الإخلال بالقواعد والأشكال التي وضعها القانون وكل اتفاق أو تنازل يؤدي إلى تغيير النظام المالي يعد باطلاً<sup>3</sup>، وما تعلق بتقويض مبدأ الإدارة المشتركة للسكن العائلي<sup>4</sup>، وما تعلق بالولاية على الصغار وحضانتهم<sup>5</sup>، ومبدأ إلزام كلا الزوجين بالديون الأسرية التي يبرمها أحدهما<sup>6</sup>.

من ضمن هذه الأحكام يدخل أيضاً الاتفاقات التي تؤدي إلى الحد من أهلية الزوجة وحقتها في المشاركة بالتصرف في أموال الزوجية أو المساس بالأحكام المتعلقة بحماية الزوجة في عملها

<sup>1</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, P44.

<sup>2</sup> المادة 1388 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> المادة 1389 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>4</sup> المادة 215 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>5</sup> المادة 213 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>6</sup> المادة 220 من القانون المدني الفرنسي.

وكسبها<sup>1</sup>، وهي أحكام تبناها المشرع الفرنسي بمقتضى التعديلات التي أدخلها سنة 1965 وسنة 1985 بعد أن كان عمل الزوجة يخضع للموافقة المسبقة للزوج<sup>2</sup>، وقد هدف المشرع من هذا التعديل إلى:

1- تأمين الاستقلال المالي للزوجة لطمأنتها حول مركزها في الحياة الزوجية وإبعادها من أي تأثير يكون سببه تعنت الزوج.

2- رغبة المشرع في تشجيع المرأة على العمل من خلال حماية كسبها وعملها.

2/ القيود المستمدة من النظام المالي للزوجين: وهي تلك الشروط التي تُخَل بدستور الروابط المالية للزوجين، ويعود للقضاء الدور البارز في الكشف عنها والحكم ببطلانها، بما يملكه من سلطة تقديرية في ذلك، كون أنه يصعب على المشرع تتبعها، لذلك فإنه يمكن للقضاء من خلال النظر في القضايا التنبه إلى مثل هذه الشروط.

ومن بين الشروط التي اتفق على عدم صحتها ما تعلق بتأجيل العمل بالنظام المالي أو تركه رهن مشيئة أحد الزوجين أو جعله مرتبطاً بأمر مستقبلي غير محقق الوجود<sup>3</sup>، كما يمكن أن تكون هناك اتفاقات لا علاقة لها بالمشاركات المالية كأن يدرج الزوجان بنوداً ضمن الاتفاق المالي تتعلق بحضانة الأطفال.

### ثانياً: القيود الواردة على المشاركات المالية للزوجين في القانون التونسي

وضع المشرع التونسي بعض القيود للحد من بعض الشروط التي قد يضعها الزوجان بهدف الحفاظ على النظام العام، خاصة ما تعلق باحترام الإطار العام الذي وضعه المشرع في مجلة الأحوال الشخصية والمستخلصة من الفقه الإسلامي، وخاصة ما ورد في الفصلين الثالث والرابع من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، وهي متعلقة بإخراج بعض الأموال من نطاق الاشتراك.

<sup>1</sup> المادة 223 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 120.

François Terré, Philippe Simler, **Les régimes matrimoniaux**, Editions dalloz, 2015, p 90-91

<sup>3</sup> نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 51.

وعلى العموم فإن المشرع أخذ بمبدأ إمكانية توسيع نطاق الاشتراك إلا ما استثنى بنص، ولا يدخل ضمن الاشتراك ما يأتي:

1/ استبعاد المهر من الاشتراك: استبعد المشرع التونسي المهر من نطاق الأموال الخاضعة للاشتراك<sup>1</sup>، وهو ما يمكن تفسيره بتخوف المشرع من شبهة المساس بالأحكام المتعلقة به، خاصة ما تضمنه الفصل الثاني عشر من مجلة الأحوال الشخصية الذي يعتبر المهر حقاً خالصاً للزوجة.

ومع أن الفقه الإسلامي يُجيز للزوجة أن تتصرف في مهرها كيفما شاءت، ومن جملة ذلك لها أن تهبه أو تتنازل عنه لزوجها أو لغيره، إلا أنه من باب الاحتياط استبعده المشرع من دائرة الأموال المشتركة، كون أنه من المستهجن أن يدفع الزوج لزوجته مهراً ثم يشاركها فيه بعد ذلك<sup>2</sup>، كما يمكن أن يكون ادخال المهر ضمن أموال الاشتراك دافعا للتحايل قصد اسقاط المهر أو التنازل عنه كلية، فيخالف بذلك أحكام الشريعة الإسلامية.

2/ عدم المساس بقواعد الإرث: لأن قواعد الإرث من قواعد النظام العام التي لا يمكن المساس بها، فتبطل جميع الاتفاقات التي تتعلق به، لما فيها من الإجحاف والمساس بحقوق الورثة، وقد حكم المشرع التونسي بفساد كل شرط يتعارض لأحكام الزواج<sup>3</sup>.

وبخصوص المشرعين الجزائري والمغربي، فإن الأموال الخاضعة للاشتراك متعلقة بالأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية فقط، ولا يسمح بالاشتراك في الأموال المكتسبة قبل الزواج، لذلك فإن الهدف من الاشتراك هو حل مشكل الخلافات الزوجية حول الأموال المكتسبة خلال هذه الفترة، حيث سمح للزوجين إبرام اتفاق بينهما بشكل يحفظ حقوقهما، من خلال إحداث توازن بين الجهد المبذول من طرف الزوجين والمال الذي تم تحصيله من جهة، ولمواجهة مشكلة اختلاط الأموال بينهما ولتفادي خاصية صعوبة الإثبات التي تميز الأموال الزوجية بعد ذلك، لذلك فإن الاشتراك المالي بهذا المنطق لا يخلق ذمة مالية جديدة وإنما هو اشتراك على الشيوع.

<sup>1</sup> الفصل 04 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين: "لا يدخل المهر في الأملاك المشتركة ويبقى خاصا بالزوجة".

<sup>2</sup> نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 47.

<sup>3</sup> الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية.

## الفرع الثاني: الشروط الشكلية من المشاركات المالية

تقوم المشاركات المالية للزوجين كغيرها من العقود على مبدأ الرضائية، ونظراً لأهمية هذه الاتفاقات في تحديد الحقوق والالتزامات المالية للزوجين، وامتداد أثارها للغير بصفة دائمة مادامت العلاقة الزوجية قائمة، فإن تحرير الاتفاق المالي للزوجين في شكل محرر رسمي أصبح ضرورياً في مثل هذه الحالات لبيان البنود المتفق عليها بين الزوجين، وتفادي النزاعات التي قد تنشأ بينهما من جهة، وضرورة إشهارها لكي يكون الغير على دراية بها أيضاً، لزيادة الاطمئنان على الوضعية المالية لهما عند الدخول في معاملة مع أحدهما.

## البند الأول: الشكل الرسمي للمشاركة المالية

يمثل إفراغ المشاركة المالية في شكل رسمي شرطاً أساسياً لصحة الاتفاقات المالية للزوجين، وهذا ما عليه التشريعات الوضعية المقارنة عند تنظيمها لهذه الاتفاقات، فإذا لم تفرغ في محرر رسمي عدت باطلة ولا يلتفت إلى بنودها، وهي بهذه الطريقة توفر حماية لطرفيها وللغير كذلك<sup>1</sup>، فبفضلها يكون الجميع على دراية بمضمون الاتفاق، ومن ثمة تحديد الحقوق والالتزامات.

ومعنى الرسمية هو المعنى المألوف الذي يقرره القانون ويحدد إجراءاته والجهة التي تقوم بتحريرها، إلا أن الرسمية في مشاركة الزواج تخضع لقاعدة خاصة بها دون غيرها من العقود، وهي قاعدة وحدة المشاركة، فلا يجوز أن تتعدد الوثائق المكونة لهذه المشاركة أو يتعدد الموثقون الذين يجررون تلك الوثائق<sup>2</sup>، كي تكون مرجعاً للطرفين وللغير على حد سواء، فلو تعددت الوثائق انتفى مقصد المشرع<sup>3</sup>.

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1394 من القانون المدني على ضرورة تحرير المشاركة المالية للزوجين من قبل الموثق، مع حضور الأطراف المعنيين الذين يشترط القانون رضاهم لصحة العقد أو وكلائهم، وعند التوقيع على العقد يسلم الموثق للأطراف على ورق مستقل ودون مصاريف نسخاً

<sup>1</sup> حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 127.

<sup>2</sup> Isabel corpert, les régimes matrimoniaux, p48 .

<sup>3</sup> حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين ص 128.

من العقد مع وجوب تسليم نسخة منه لضابط الحالة المدنية قبل إشهار الزواج، وإذا أبرم الزواج دون أن يتضمن اتفاق الأطراف على مشاركة مالية عد ذلك إقراراً بالاحتكام لنظام الاشتراك القانوني<sup>1</sup>.

وفي حالة إدخال تغيير على النظام المالي للزوجين قبل إشهار الزواج، فإنه يجب أن يكون في محرر رسمي وفق نفس الشروط المطبقة على المحرر الرسمي الأول، وهذا ما قضت به المادة 1396، ويكون ذلك بموافقة جميع الأشخاص الذين كانوا أطرافاً أو وكلاء في المشاركة الأولى<sup>2</sup>.

وقد قضت المادة 1397 بإمكانية تعديل المشاركة المالية بعد إبرام الزواج سواء كان اتفاقياً أو قانونياً بشرط مرور عامين من تطبيقه، مع ضرورة خضوع التعديل لمصادقة محكمة مكان إقامة الزوجين، ويسري التعديل المصادق عليه بين الأطراف ابتداءً من تاريخ الحكم، وفي مواجهة الغير بعد ثلاثة أشهر من الإشارة إليه في عقد الزواج، وفي حالة غياب ذلك فإنه يمكن للزوجين التمسك بهذا التعديل إذا تم التصريح به في العقود المبرمة مع الغير.

إن عدم الالتزام بالإجراءات اللازمة التي نص عليها القانون فيما تعلق بتحرير المشاركة المالية يؤدي إلى بطلانها بطلاناً مطلقاً، واعتبارها كأن لم تكن، وفي هذه الحالة يحال الزوجان إلى اعتماد نظام الاشتراك القانوني<sup>3</sup>.

وفي القانون التونسي فإنه نص على ضرورة تحرير المشاركة أمام المأمور العمومي<sup>4</sup>، والذي يقع على عاتقه توجيه مضمونها إلى ضابط الحالة المدنية مكان ولادة كل من الزوجين خلال عشرة أيام من تحريرها لإدراجها بدفترته<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المادة 1394 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> المادة 1396 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p92 .

<sup>4</sup> وسع المشرع التونسي من مهام المأمور العمومي، وأوكل له مهمة شرح أحكام الاشتراك المالي للمقبلين على إبرام المشاركة لاسيما ما تعلق بأحكام الفصلين الأول والثاني من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

<sup>5</sup> الفقرة الثالثة من الفصل السابع من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.



وإفراغ الاتفاق في محرر رسمي في هذه الحالة ليس للإثبات فقط وإنما هو شرط لصحة المشاركة وغيابه يؤدي إلى بطلان الاتفاق<sup>1</sup>، وهو ما يفهم من الفقرة الأولى من الفصل الثامن التي ورد فيها: "متى كان الاتفاق على الاشتراك في الأملاك لاحقاً لإبرام عقد الزواج فإنه يتعين أن يكون في حجة رسمية"، ويخضع تعديل المشاركة لنفس الإجراءات مع ضرورة مرور مدة زمنية مقدرة بعامين من إقرار المشاركة المالية، تماماً كما هو الحال في القانون الفرنسي<sup>2</sup>.

وفي القانونين الجزائري والمغربي فإنه على الرغم من عدم وجود قانون خاص منظم للنظام المالي للزوجين، حيث تم الاكتفاء بالنص على إمكانية اتفاق الزوجان على تنظيم أموالهما المكتسبة خلال فترة الزواج في نص قانوني وحيد ضمن قانون الأسرة، إلا أن كلا التشريعين أكدوا على ضرورة إفراغ الاتفاق المبرم بين الزوجين في محرر رسمي، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 37 من قانون الأسرة على الاتفاق يكون في عقد الزواج أو في محرر رسمي لاحق<sup>3</sup>، وقرر المشرع المغربي أن الاتفاق يكون في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج<sup>4</sup>.

ولم يبين كلا التشريعين الأثر المترتب عن غياب المحرر الرسمي، إلا أن سياق النص يدل على أن المحرر الرسمي شرط صحة في القانون الجزائري، وليس كذلك في القانون المغربي بدليل إمكانية قيام الاشتراك دون إفراغه في محرر رسمي، حيث يلجأ إلى القواعد العامة للإثبات في هذه الحالة، وهذا ما قضت به الفقرة الثالثة من مدونة الأسرة المغربية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> نزار الحمورني، نظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 25.

<sup>2</sup> راجع الفصل 21 من قانون الإشتراك في الأملاك بين الزوجين.

<sup>3</sup> المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري: "...غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما".

<sup>4</sup> المادة 2/49 مدونة الأسرة المغربية: "...يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج...".

<sup>5</sup> المادة 3/ 49 مدونة الأسرة المغربية: "...إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

## البند الثاني: إشهار المشاركة المالية

نظرًا لخطورة الاتفاق المالي للزوجين وما يترتب عنه من آثار تتعلق بالزوجين، وتمتد آثاره إلى الغير، فقد رأى القانون أن يشهر العقد ليعلم الناس أي نظام تخضع له أموال الزوجين ليكونوا على بينة في معاملاتهم مع الزوجين، ويمكن أن يكون هذا الإشهار على ثلاث مستويات.

## أولاً: الإشهار بدفاتر الحالة المدنية

يتحقق الإشهار بدفاتر الحالة المدنية من خلال نقل تفاصيل الاتفاق المالي للزوجين إلى دفاتر الحالة المدنية، ويكون ذلك في القانون الفرنسي من خلال:

1/ أن يقوم الموثق المكلف بتحرير العقد بتسليم طريقي العقد شهادة يذكر فيها اسمه ومكان إقامته وأسماء وألقاب وصفات ومقرات سكن الزوجين المستقبليين وتاريخ العقد، ويذكر فيها أنه يجب تقديمها إلى ضابط الحالة المدنية قبل إعلان الزواج<sup>1</sup>.

2/ على الزوجين تسليم الشهادة المسلمة لهما إلى ضابط الحالة المدنية عند إبرام عقد الزواج ليدون المعلومات اللازمة في دفتريه، بما يفيد أن محتوى الاتفاق المالي للزوجين يكون ضمن المعلومات المدونة في دفاتر الحالة المدنية، وإذا لم يكن هناك اتفاق مالي أو أن الطرفين أحجما عن تقديم الشهادة المسلمة لهما من قبل الموثق، فإن النظام المالي المتبع هو نظام الاشتراك القانوني، ويقع على عاتق ضابط الحالة المدنية سؤال الطرفين عن نوع النظام المالي وتدوين ذلك<sup>2</sup>.

وفي القانون التونسي فإن الموثق (المأمور العمومي) هو المكلف بتوجيه مضمون المحرر الرسمي (الحجة الرسمية) إلى ضابط الحالة المدنية لمكان ولادة كل من الزوجين في أجل 10 أيام من تحريره<sup>3</sup>.

والهدف من إشهار الاتفاق المالي في دفاتر الزواج هو تمكين الغير من الاطلاع على نوعية النظام المالي الذي يحكم العلاقة الزوجية، فإذا أراد شخص الدخول في معاملة مع أحد الزوجين،

<sup>1</sup> المادة 1394 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p95.

<sup>3</sup> الفصل 07 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

طلب مستخرج من عقد زواجه للاطلاع على الأموال الخاضعة للاشتراك وسلطاته على هذه الأموال، ومن أجل ذلك فإنه في ألمانيا وسويسرا نظمت سجلات خاصة لتسجيل شروط عقد أموال الزوجين، يسمح لكل شخص أن يطلب صورة من العقد لمعرفة مضمون تلك الشروط، وإن أراد الزوجان معارضة الغير بشروطهما المالية وجب أن تكون هذه الشروط مسجلة بالسجل المذكور<sup>1</sup>، ويترتب على عدم التصريح بهذه الشروط الخضوع لنظام الاشتراك القانوني الذي حدده المشرع<sup>2</sup>.

وإذا كان المشرع التونسي اختار السير على خطى المشرع الفرنسي بخصوص تحرير العقد المالي وإشهاره في دفاتر الحالة المدنية، فإن المشرعين الجزائري والغربي لم يسيرا على نفس النهج بدليل أن المشرع الجزائري جعل من تسجيل الاتفاق المالي أمراً اختيارياً، وهو ما يفهم من المادة الفقرة الثانية من المادة 37 بالقول: "غير أنه يجوز للزوجين في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية"، أما المشرع المغربي فإنه حكم بأن يجرر الاتفاق المالي في وثيقة خارجية ولا يشهر في عقد الزواج حسب نص المادة 49 من فقرتها الثانية: "يُضمّن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج".

وفي تقديري أن عدم إلزام المشرعين الجزائري والمغربي الزوجين بإشهار اتفاقهما المالي في سجلات الحالة المدنية مرده إلى نظرتهما إلى قضية الاشتراك المالي، فهما يحصران الاشتراك في الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج فقط وفق مبدأ الشيوغ، انطلاقاً من فكرة أن كلا الزوجان قد أسهما في تنمية هذه الأموال، بالإضافة إلى إمكانية اختلاط أموالهما وصعوبة الإثبات في ذلك، على خلاف النظرة الغربية للموضوع والتي تفترض قيام ذمة مالية مستقلة عن ذمتي الزوجين، وربما يتسع الأمر ليشمل جميع أموال الزوجين، مما يعني اتحاد الذمتان الماليتان للزوجين وهو أمر ذا بال في التعامل مع الغير، لأن آثار هذا الاتفاق لا تقتصر على الزوجين فقط بل تتسع لتشمل الغير، لذلك ينبغي إشهار هذا العقد ليعلمه الغير.

<sup>1</sup> سيد عبد الله على حسين، المقارنات التشريعية، 1300/3.

<sup>2</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p49.

أما موقف التشريعين الجزائري والمغربي فإنه ينطلق من مبدأ استقلال الذمم المالية للزوجين<sup>1</sup>، لذلك فإن الاشتراك المالي بين الزوجين يخضع لأحكام الملكية الشائعة، ولا دخل للغير فيه فهو مسألة شخصية بين الزوجين لذلك أسقط إشهاره، وما يعزز هذا الطرح هو عدم ربط تغيير أو تعديل النظام المالي للزوجين بمدة زمنية معينة، كما هو الحال في التشريعين الفرنسي والتونسي عندما حكما بضرورة مرور سنتين من المشاركة ليكون للزوجين الحق في تعديل أو تغيير الاتفاق المالي لحماية للغير عند التعامل مع أحد الزوجين، وما قلناه عن الإشهار في دفاتر الحالة المالية يتكرر فيما تعلق بالإشهار في الدفاتر العقارية والدفاتر التجارية كما سنرى، فالمبدأ عند هذين التشريعين هو شخصية الاتفاق المالي للزوجين.

### ثانياً: الإشهار بالسجل العقاري

يتميز نظام الاشتراك المالي في القانون التونسي باعتماده على العقار كأساس في الاشتراك، وتصريح الزوجان بتبنيهما نظام الاشتراك المالي، يعني أن العقارات ذات الطابع السكني المكتسبة بعد إبرام عقد الاشتراك المالي أو الزواج والمخصصة لاستعمال العائلة أو مصلحتها أموالاً مشتركة بين الزوجين، ويستثنى من ذلك العقارات التي آلت ملكيتها عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية.

ويمكن للزوجين أن يتفقا على توسيع الاشتراك وجعله شاملاً لعقارات أخرى بما في ذلك العقارات المكتسبة قبل الزواج أو المتأتية ملكيتها من إرث أو هبة أو وصية<sup>2</sup>، كما يمكن أن يصبح العقار مشتركاً بين الزوجين إذا استعمل الزوجان أموالاً مشتركة لتحسينه والزيادة فيه، وكانت قيمة هذه التحسينات مساوية لقيمة العقار أو أكثر<sup>3</sup>.

وبناء على أن المعاملات العقارية في وقتنا الراهن تقوم على مبدأ الإشهار، وكل من كان له حق على عقار يجب أن يشهر لدى المحافظة العقارية، لذلك ألزم المشرع التونسي الزوجين اللذين

<sup>1</sup> هذا ما أكدته التشريعان الجزائري والمغربي عندما نصا على مبدأ استقلال الذمة المالية لكل زوج عن الآخر حسب ما جاء في المادة 1/37 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 1/49 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>2</sup> راجع الفصل 10 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

<sup>3</sup> راجع الفصل 11 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

أبرما عقد الاشتراك المالي بضرورة إشهار أحكام هذا العقد في الدفاتر العقارية من خلال تقديم طلب مصحوب بمضمون من دفاتر الحالة المدنية، وعلى أساسه يقوم المحافظ العقاري بتدوين هذا الحق على الشهادت التي يسلمها لطالبيها<sup>1</sup>، وربما يكون المشرع التونسي متأثر في هذا النص بالمشرع الكندي الذي تفتن لأهمية الإشهار العقاري، فأوجب تسجيل عقود الزواج بدفاتر الحقوق العينية<sup>2</sup>.

ويواجه موقف المشرع التونسي انتقاداً من قبل الفقه، متعلق بإغفال جزاء عدم الإشهار في السجل العقاري، سواء كان ذلك من قبل الزوجين من خلال عدم تقديم طلب تسجيل الحق العيني، أو من خلال إغفال محافظ الملكية العقارية تسجيل هذا الحق على الدفاتر العقارية<sup>3</sup>.

### ثالثاً: الإشهار بالسجل التجاري

تضمن القانون الفرنسي المتعلق بالسجل التجاري<sup>4</sup> ضرورة التصريح ببعض البيانات المتعلقة بوجوب التصريح بتاريخ ومكان الزواج واسم ولقب الشريك والنظام المالي المختار، والشروط والاتفاقات المتعلقة بالأموال، وإذا لم يتم الإدلاء بها تصبح عديمة الأثر بالنسبة للغير<sup>5</sup>، والهدف من ذلك الوقوف على الوضع المالي للمتعاامل بما في ذلك النظام المالي الذي اتبعه في زواجه ونطاق الأموال التي تضمن ديونه، هو أمر لا يهم المتعاملين مع الزوج التاجر فقط، بل كل متعامل معه ولو كان متبرعاً، وكذلك الأمر فيما تعلق بالرهون العقارية<sup>6</sup>، كما أن الوضع المالي الممتاز سمة تقف في مصلحة التاجر نفسه في تعامله مع الغير، كونه يبين مدى اتساع الضمان الذي يقدمه ليحفظ الغير يقدم على التعامل معه، ويزداد الأمر أهمية بالنسبة للمتعاقد مع الزوجة التاجرة لأن الكثير من الأنظمة المالية في التشريعات الغربية تضيق من سلطات الزوجة على الأموال المشتركة، وتحد من

<sup>1</sup> راجع: الفصل 15 من قانون الاشتراك في الأموال بين الزوجين .

<sup>2</sup> شيماء التليلي، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه منشورة، دار صفحات للنشر والتوزيع، دمشق، ط1، 2008، ص 86.

<sup>3</sup> نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 36، شيماء التليلي، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين، ص 88.

<sup>4</sup> Déc, n°84/406 du 30/05/1984, relatif au registre du commerce et des sociétés.

<sup>5</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p95

<sup>6</sup> Jean Claud Montanier, **Les régimes matrimoniaux**, Presses univairsitaires de gronoble, Grenoble, 2 Editions, 1993, p80.

تصرفاتها التي تجرّها<sup>1</sup>، كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي قبل أن يدخل تعديلات على قانونه المدني سنة 1985 عندما ساوى فيها بين الزوجين فيما تعلق بالتصرفات الواردة على الأموال المشتركة.

وقد نحتل التشريعات العربية التي أجازت الاشتراك المالي بما في ذلك القانون التونسي من الإشارة إلى هذه المسألة، ويُرجع بعضهم ذلك إلى أن القانون المتعلق بالسجل التجاري التونسي<sup>2</sup> تم تعديله قبل صدور القانون المتعلق بالاشتراك المالي بين الزوجين، ولم يخضع لتعديل آخر بعد ذلك<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث : مبدأ التضامن في تحمل الأعباء الزوجية

يقوم النظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي إضافة إلى حرية الزوجان في اختيار النظام المالي بمقتضى اتفاق، بوجود قواعد يخضع لها الزوجان بشكل إلزامي، لا يجوز الاتفاق على استبعادها، تسمى بالنظام الأولي أو النظام الأساسي (Régime primaire impératif)، وهو مجموعة من القواعد تركز المشاركة والتضامن بين الزوجين في تحمل تبعات الزواج، وهي متعلقة بشكل أساسي بالتكاليف والأعباء العائلية (les charges du mariage)، والديون المنزلية (les dettes ménagères)، والمسكن العائلي (le logement familial)، ويندرج هذا النظام ضمن دائرة تحقيق المساواة وتعزيز الاشتراك المالي بين الزوجين لأنه يلزم الزوجين بالمشاركة في تحمل أعباء الزواج من نفقات وديون متعلقة بالأسرة والسكن العائلي.

### البند الأول: الأعباء والتكاليف العائلية<sup>4</sup>

كان التشريع الفرنسي فيما سبق يعتمد على مبدأ إلزام الزوج وحده بالأعباء والتكاليف العائلية، إلا أن تغلغل روح المساواة في هذه التشريعات جعلها تغير هذه القاعدة، وتؤسس مبدأ

<sup>1</sup> François Terré, Philippe Simler, Les régimes matrimoniaux, p150

<sup>2</sup> القانون رقم 44 المؤرخ في 1995/05/02 المتعلق بالسجل التجاري التونسي، الرائد الرسمي، ع4.

<sup>3</sup> نزار الحمروني، نظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 35.

<sup>4</sup> التكاليف والأعباء العائلية أو les charges du mariage هو المصطلح المستعمل لدى القانون الفرنسي وهو مصطلح يقترب كثيرا إلى مفهوم النفقة في الفقه الإسلامي.

مساهمة الزوجين في الأعباء والتكاليف الزوجية<sup>1</sup>، وهو ما جسده المشرع الفرنسي بمقتضى التعديل الذي أدخله سنة 1965 جاء بمقتضى القانون الصادر في 13 جويلية 1965<sup>2</sup>، ثم تعديل 1985 بمقتضى قانون 23 ديسمبر 1985، وهو ما نلمسه خاصة في المادة 214 من القانون المدني<sup>3</sup>، وفيما يلي أتناول الالتزام بالمساهمة في التكاليف العائلية ثم الآثار المترتبة عن ذلك.

### أولاً: الالتزام بالمساهمة في التكاليف العائلية.

ويكون شرح هذه الالتزامات بشرح معنى التكاليف العائلية ثم محتوى الالتزام والمساهمة في هذه التكاليف، والآثار المترتبة على هذا الالتزام.

**1/ معنى التكاليف العائلية:** لم يضع المشرع الفرنسي تعريفاً للأعباء والتكاليف العائلية، إلا أنه يمكن القول إن الأعباء والتكاليف العائلية تتعلق بالمعدات المنزلية، وتعليم الأطفال واحتياجاتهم الضرورية، ونفقات التغذية للأطفال، ونفقات التطيب والنقل والترفيه في فترة العطل، والنفقات المرتبطة بإقامة ثانوية، وتشمل أيضاً ديون الضرائب وفق قانون الضرائب الذي يتم حسابه من خلال القسمة العائلية<sup>4</sup>، ويدخل في ذلك أيضاً نفقات المساعدة (le devoir de secours) التي طرحتها المادة 212 من القانون المدني<sup>5</sup>، التي ألزمت الزوجين بالمساعدة في حالة الحاجة الضرورية.

**2/ محتوى الالتزام بالمساهمة في التكاليف العائلية:** أرست المادة 214 من القانون المدني الفرنسي قاعدة مهمة في تحديد محتوى الالتزام بالمساهمة في الأعباء والتكاليف العائلية، فوضعت

<sup>1</sup> نورة بوطاهر، العلاقات، المالية بين الزوجين، ص 46.

<sup>2</sup> Annie Lamboley, Marie hélène, Laurens Lamboley, Droit des régimes matrimoniaux, p12.

<sup>3</sup> المادة 214 من القانون المدني الفرنسي: "

Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile"

<sup>4</sup> Remy Cabrillac, **Droit civil - Les régimes matrimoniaux**, Editins monterestien, Paris, 2000, p31.

<sup>5</sup> المادة 212 من القانون المدني الفرنسي.

قاعدة تكميلية مفادها أنه في حالة عدم وجود اتفاق بين الزوجين فإنه يقع على عاتق الزوجين المساهمة في تحمل هذه الأعباء، حسب قدرته الشخصية ووضعه المادي<sup>1</sup>.

والمساهمة في تحمل الأعباء لا تنحصر في المساهمة المالية فقط، بل يمكن أن تكون في شكل مساعدة الزوج في مهنته (سكرتاريا، استقبال)، كما أن الأعمال المنزلية التي تقوم بها الزوجة تمثل نوعاً من المساهمة في هذه الأعباء<sup>2</sup>.

مع العلم أنه لا يمكن جعل الالتزامات تختفي بين الزوجين حتى ولو كان الزوجان يطبقان نظام انفصال الأموال بل يجب أن يكون هناك حد أدنى من التعاون<sup>3</sup> وهو ما جاءت به المادة 1388 من القانون المدني والتي نصت على أنه لا يجوز الانتقاص من الحقوق والواجبات التي تنتج عن الزواج، أو قواعد السلطة الأبوية والإدارة والوصاية.

### ثانياً: آثار الالتزام بالأعباء العائلية

فيه يجب بيان طرق المساهمة في تحمل الأعباء وكذلك الجزاء المترتب عن تقاعس أحد الزوجين عن قيامه بهذه الأعباء:

1/ طرق مساهمة الزوجين في الالتزام بالأعباء العائلية: يمكن للزوجين في إطار المساهمة في تحمل الأعباء والتكاليف العائلية أن يتفقا فيما بينهما حول توزيع الأدوار والالتزامات المتعلقة بهذه الأعباء، وقد يكون ذلك في مشاركة الزواج، وفي أغلب الأحيان يكون هذا الاتفاق بشكل غير رسمي، ولكل زوجين طريقتهما في ذلك، وفي حالة النزاع يمكن تحديد ذلك باللجوء إلى القضاء.

2/ الجزاء المترتب عن عدم الالتزام بالأعباء العائلية: إذا أحل أحد الزوجين بواجب المساهمة الملقى على عاتقه أو تقاعس عنه يمكن لشريكه اللجوء إلى القضاء حسب ما حددته الفقرة الثانية من المادة 214 من القانون المدني، والتي تسمح للزوج الدائن أن يطلب من قاضي شؤون

<sup>1</sup> Remy Cabrillac, Droit civil - Les régimes matrimoniaux, p32.

<sup>2</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p29.

<sup>3</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p13.



الأسرة تحديد هذه المساهمة وتنفيذها<sup>1</sup>، وحسب المادة 1282 من قانون الإجراءات المدنية فإنه للزوج الدائن أن يرفع طلبه إلى المحكمة الابتدائية من أجل تحديد هذه المساهمة، وتناولت المواد 1283 إلى 1285 من نفس القانون التفاصيل المتعلقة بكيفية تحصيل هذه المساهمة بالقوة، والذي يتم عادة عن طريق التحصيل المباشر، كما يمكن أن يكون عن طريق التحصيل العام أو الحجز لدى الغير على الأجور والمداحيل الأخرى للزوج المدين<sup>2</sup>.

### البند الثاني: الديون العائلية

في إطار الحصول على أفضل نمط من التماسك والتضامن الأسري وإرساء مبدأ التعاون بين الزوجين، نص المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 220 على أنه لكل زوج أن يبرم عقوداً متعلقة باحتياجات الأسرة وتعليم الأطفال، وتكون هذه الديون ملزمة للزوجين بصورة مشتركة، وفي هذا الإطار علينا أن نبين مبدأ التضامن في هذه الديون ومجال التضامن فيها.

### أولاً: مبدأ التضامن في تحمل الديون

إن التفكير في إلزام الزوجين بالمساهمة في الديون التي يبرمها كل زوج، يشكل خطراً يتهدد الزوجين، إلا أنه يشكل من جهة أخرى نوعاً من الترابط والتضامن بين الزوجين فيما تعلق بالصيانة المنزلية وتعليم الأطفال نظراً لأهميتها، لذلك فإن الفقه رأى أنه يجب أن تقتصر الديون على هذين السببين<sup>3</sup> وماعدا ذلك يخرج من دائرة التضامن.

وقد أرست المادة 220 مبدأ المساواة بين الزوجين تجاه الديون وإعطائها ضماناً قوياً للدائن لتحصيل ديونه، وقد تميزت الديون الأسرية في السابق بإعطاء الزوجة حق التعاقد لوحدها مع طرف ثالث وعلى الزوج تحمل هذه الديون في حالة عجزها وفق قاعدة الرضى الضمني للزوج التي أقرها

<sup>1</sup> تنص الفقرة 02 من المادة 214 مدني فرنسي على:

" Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile "

<sup>2</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p29 -30

<sup>3</sup> Anne Sophie, Brun wauthier, **Régimes matrimoniaux**, Groupe larcier, 3eme edition, 2013, p 49

الفقه، وللزوج إلغاء الولاية المذكورة (الرضى الضمني) من خلال إخطار الغير بعدم تحمله لهذه الديون.

وعمقتى التعديلات المحدثه سنتي 1965 و1985، لم يعد بإمكان الزوج التدخل بالإخطار أو السحب، وليس له إلا اللجوء للقاضي على أساس الأضرار بمصالح الأسرة لمنع الشريك من ترتيب هذه الديون<sup>1</sup> وفق ما جاء في المادة 1/220 من القانون المدني.

وما يمكن إجماله أن المادة 220 أرست قاعدتين تكميليتين هما<sup>2</sup> :

1- سلطة كل زوج من إبرام عقود تترتب عنها ديون أسرية، وهي سلطة معطاة لكلا الزوجين على قدم المساواة، وهي نفس السلطة التي أقرها القانون في إدارة الأملاك المشتركة حسب نص المادة 1421، بعد أن كانت هذه السلطة للزوج وحده.

2- الالتزام بالتضامن في الديون المنزلية، وهو التزام يقع على عاتق كلا الزوجين بغض النظر عن يقوم بهذا الالتزام، وهذا النص حسب الفقه يؤسس نظام مثالي بين الزوجين يترجم التضامن الأخلاقي والاجتماعي الذي يتأتى من الزواج<sup>3</sup>.

### ثانيا: مجال التضامن

يتحدد مجال التضامن من الديون المنزلية من خلال تحديد الديون التي تدخل في التضامن والتي لا تدخل

#### 1/ النفقات التي تدخل في باب التضامن: وفي هذا الشأن يجب تحديد مفهوم واضح

للكديون المنزلية لأن حرية تصرف الفرد لا حدود لها، وهي تتعلق بالأساس حول الوجهة التي توضع فيها النفقة، فيجب أن تتعلق بالصيانة المنزلية l'entretien du logement، وتشمل نفقات الصيانة، صيانة المسكن، الإيجار، نفقات العلاج والأدوية، شراء الأثاث والسيارة، وكذلك نفقات تعليم

<sup>1</sup> Anne Sophie, Brun wauthier, Régimes matrimoniaux, p 19 .

<sup>2</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux ,p15 .

<sup>3</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux , p14 .

الأطفال وتشمل الأدوات المدرسية، والتعليم والرياضة والترفيه ورعاية الأطفال القصر والكبار عند الحاجة<sup>1</sup>.

2/ النفقات الخارجة عن التضامن: استثنى المشرع الفرنسي بعض النفقات من مبدأ التضامن ووضحها في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 220 مدني وهي:

أ/ النفقات المفرطة: عندما تتجاوز هذه النفقات الحد المعقول فإن الدائن يفقد حقه في الرجوع على كلا الزوجين، وتقدير الطبيعة المفرطة للدين تتحدد من خلال مراعاة المستوى المعيشي للأسرة، وبالنظر إلى أهمية النفقة للأسرة وحسن أو سوء نية الغير المتعاقد معه، أو أن تكون لأحد الزوجين مصلحة في الصفقة<sup>2</sup>.

ب/ القروض: لا يوجد تضامن بين الزوجين فيما تعلق بالقروض سواء كانت ممنوحة من طرف البائع أو طرف ثالث إلا إذا عقدت من قبل الزوجين معاً، وذلك تجاوزاً لخطورة مثل هذه العمليات خاصة إذا كان أحد الزوجين ضعيفاً، ولا يثبت التضامن إلا إذا كانت القروض بمبالغ متواضعة ولحاجة ملحة للأسرة<sup>3</sup>.

وما يمكن استخلاصه من مبدأ التضامن بين الزوجين الذي أرساه التشريع الفرنسي، أن هذا التضامن يمثل أحد اللبانات الأساسية التي تدفع الزوجين إلى اختيار مبدأ الاشتراك المالي بين الزوجين، ذلك أن اشتراك الزوجين في تحمل التبعات والتكاليف، يدفعهما إلى التفكير في كيفية تأمين مورد

<sup>1</sup> Anne Sophie, Brun wauthier, Régimes matrimoniaux, p50, Isabel Corport, Régimes matrimoniaux , p15.

<sup>2</sup> الفقرتان 2 و3 من المادة 220 مدني:

" La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.

Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage".

<sup>3</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p15.

مالي مشترك للتصدي لهذه التكاليف، وهو يؤسس لمبدأ المساواة بين الزوجين في تحمل الأعباء والتكاليف، إلا أن هذه المساواة وهذه الشراكة التي تبدو براءة عند النظر إليها لأول وهلة، تحمل بين جناحيها بذور النزاع والاختلاف، وهذا راجع لطبيعة النفس الانسانية التي جبلت على الاختلاف في تحديد الأولويات، لذلك فقد يظهر النزاع بين الزوجين حول كيفية تأمين الحاجات الأسرية، وتصنيف ذات الأولوية من غيرها، كما أنها تفتح بابا التحايل بين الزوجين، لأن كل واحد منهما يعد مسؤولاً عن الالتزامات والديون التي يرتبها زوجه.

أما في النظم العربية، فلا نجد فيها هذه مثل هذه النصوص لأنها تقوم على إلزام طرف واحد بتحمل النفقات والتكاليف، لذلك فهي أبعد عن الاشتراك، ويستثنى في ذلك ما ذهب إليه المشرع التونسي الذي أدخل تعديلات على مجلة الأحوال الشخصية، نص فيها صراحة على إدخال مفهوم المشاركة والتعاون بين الزوجين في تحمل الإنفاق على الأسرة إذا كان للزوجة مال، هذا ما نص عليه الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية ما سبق وأن بينا<sup>1</sup>.

كما أن الفصل 93 من مجلة الالتزامات والعقود تم تعديله بموجب القانون 95-93 المؤرخ في 09 نوفمبر 1995 لتصبح الأم مسؤولة على سبيل التضامن عن الفعل الضار الصادر عن طفلها<sup>2</sup>، واشراك الزوجين في تحمل الالتزامات العائلية يمهد لتقبل فكرة الاشتراك، لذلك فإنه من الطبيعي أن يكون المشرع التونسي أقرب لتبني فكرة الاشتراك المالي بين الزوجين، وهو ما تم فعلاً من خلال ميلاد قانون الاشتراك في الممتلكات بين الزوجين الذي تبناه المشرع التونسي سنة 1998.

### البند الثالث: مسكن الزوجية

لا يمكن للأسرة أن تبني حياتها من خلال الاعتماد على أحكام تنظم القيام بالأعباء والتكاليف المنزلية أو الديون المصاحبة لذلك، بل يجب أن يكون لكل زوجين مسكناً يجمعهما معاً، لذلك تظهر أهمية مسكن الزوجية، وأهمية حماية هذا المسكن الذي يوحد الأسرة ويعطيها الأمان

<sup>1</sup> سبق وأن تعرضت لمسألة مساهمة الزوجة في النفقة، راجع ص 237-241.

<sup>2</sup> الفصل 93 من الأمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906 المتعلق بإصدار مجلة الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بموجب القانون 95-93 المؤرخ في 09 نوفمبر 1995.

والحياة المشتركة<sup>1</sup>، وانطلاقاً من هذه الأهمية عمد المشرع إلى إقرار حماية لهذا السكن بطريقة وصل فيها الأمر إلى تقييد حق الفرد بالتصرف في ممتلكاته، وأتناول في هذا المجال حماية السكن العائلي والآثار المترتبة عن ذلك.

### أولاً: حماية السكن العائلي

تعرض المشرع الفرنسي في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 215 للالتزامات الشخصية للزوجين فيما تعلق بالسكن العائلي، وفي الفقرة الثالثة إلى حماية السكن العائلي والأثاث التابع له من خلال الجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذه المسؤولية<sup>2</sup>.

وقبل الحديث عن التصرفات التي حظرها المشرع الفرنسي حماية للسكن العائلي، ينبغي تحديد السكن العائلي والأموال التابعة له.

#### 1/ طبيعة الأموال المحمية: تتقرر الحماية للسكن العائلي والأثاث الموجود به.

أ/ السكن العائلي: السكن العائلي هنا يقصد به السكن الرئيسي ويستبعد المسكن الثانوي<sup>3</sup>، وهو المكان الذي يعيش فيه الزوجان وأطفالهما، بغض النظر إن كان مستأجراً أو مملوكاً وبصورة دائمة<sup>4</sup>، فهذا هو السكن الذي يخضع للحماية، ويخرج بذلك السكن الوظيفي لأنه على الزوجين ترك هذا المسكن بمجرد الاستقالة من العمل<sup>5</sup>.

وتحديد السكن العائلي ليس دائماً بالأمر السهل خاصة عندما يعيش الزوجان منفصلين عن بعضهما، وعندما يكون لهما إقامتين عائليتين، لذلك فإن الاجتهاد القضائي متردد في تحديد السكن العائلي في حالة عدم وجود تحديد اتفاقي لهذا السكن، فمرة يأخذ بالمكان الذي يمكن أن يستأنف فيه الحياة الزوجية وتارة يأخذ بأخر مسكن قبل الانفصال، مما شكل خطراً على صحة التصرفات

<sup>1</sup> Remy Cabrillac, Droit civil - Les régimes matrimoniaux, p34.

<sup>2</sup> المادة 215 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p23, Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p17.

<sup>4</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p17 .

<sup>5</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p49.

واستقرارها<sup>1</sup>، وأما الانفصال المأذون به خلال دعوى الطلاق أو الانفصال الجسماني الذي لا يؤدي إلى اختفاء السكن العائلي، فالسكن العائلي يظل قائماً ومتمتعاً بالحماية طالما أن الحكم القاضي بالطلاق أو الانفصال الجسماني لم يصبح نهائياً<sup>2</sup>.

ب/ الأثاث: حسب المادة 534 من القانون المدني الفرنسي هو الأثاث الذي يزين المسكن العائلي ويتمتع بحماية مماثلة له، بغض النظر عن قيمته وفائدته، شريطة أن يكون خاضعاً للإدارة المشتركة<sup>3</sup>، ويخرج بذلك الأثاث الشخصي عن الحماية حسب ما تقتضيه المادة 222 والمادة 225 من القانون المدني حيث أن لكل زوج حق التصرف فيه بحرية.

وعندما يكون حق السكن مؤقتاً بموجب المادة 215 بعقد إيجار بغض النظر إن كان الإيجار موقعاً من قبل الزوجين أو أحدهما أو كان موقعاً قبل الزواج، فإن إنهاء الإيجار لا يكون إلا بالموافقة المشتركة بينهما<sup>4</sup>.

2/ مظاهر الحماية: تظهر هذه الحماية من خلال إبطال جميع التصرفات التي تجبر الأسرة على مغادرة السكن العائلي حتى ولو كان مملوكاً لأحدهما دون الآخر، فلا يمكن للزوج المالك للسكن التنازل عن حق البقاء في السكن أو بيعه بمفرده أو هبته أو تأجيره أو إعطائه حق الانتفاع<sup>5</sup>، وهذه الأحكام تعد استثناءً على السلطات التي يتمتع بها صاحب حق الملكية، والعقود المتعلقة بالسكن حتى تكون صحيحة فإنه يجب أن تكون بموافقة الزوجين معاً، وإلا أصبحت قابلة للإبطال.

وفيما إذا كان المسكن مستأجراً فإن إيجار السكن يخضع للاشتراك حتى ولو كان مبرماً من أحد الزوجين فقط، أو كان عقد الإيجار سابقاً لعقد الزواج<sup>6</sup>، ويجوز للقاضي أن يمنح حق الإيجار

<sup>1</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p48.

<sup>2</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p25.

<sup>3</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux p17, Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p25.

<sup>4</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p49.

<sup>5</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p18.

<sup>6</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p49, Remy Cabrillac, Droit civil - Les régimes matrimoniaux, p40 .

لأحد الزوجين إذا اقتضت المصالح الاجتماعية والأسرية ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 1751 من القانون المدني.

لذلك فإن المشرع بتصور أن الزوج عندما يبرم عقد الإيجار فإنه يبرمه بصفته الشخصية وبصفته نائبا عن شريكه، والغرض من ذلك حماية مسكن الزوجية في مواجهة تصرفات المؤجر من جهة والزوج من جهة ثانية، وعلى هذا الأساس يلزم المؤجر بتبليغ الزوجين معاً بخصوص كل إجراء يريد اتخاذه يتعلق بالمطالبة بالأداء والإشعار بالإحلاء<sup>1</sup>.

### ثانيا: الآثار المترتبة على حماية المسكن العائلي

وفقاً للمادة 215 من القانون المدني الفرنسي فإن كل سكن عائلي يخضع لحماية خاصة، وكل تصرف على هذا المسكن يجب أن يخضع للموافقة الشئانية للزوجين، سواء كان مملوكاً أو مؤجراً، بغض النظر عن هوية المالك أو المؤجر سواء كان أحدهما أو كليهما، ويكفي الموافقة المسبقة من قبل الشريك لإجراء أي تصرف، ولا يشترط في ذلك أن يكون مكتوباً، ويحق لكل واحد من الزوجين التمسك ببطلان التصرف كأثر مترتب عن عدم موافقته، غير أنه يجوز للزوج الآخر أن يلجأ للقضاء لاستخراج موافقة قضائية<sup>2</sup>، وهذا ما قضت به المادة 217 من القانون المدني.

<sup>1</sup> Annie Lamboley, Marie hélène, Laurens Lamboley, Droit des régimes matrimoniaux, p 29.

<sup>2</sup> Janine Revel, **Les régimes matrimoniaux**, Editions dalloz, Paris, 6eme edition, 2012, p54, Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p19.

### المطلب الثاني: أنواع الاشتراك المالي بين الزوجين ومشروعيته.

أعرض في هذا المطلب إلى أنواع الاشتراك المالي بين الزوجين، ثم بعد ذلك أستعمل هذه المعلومات المحصل عليها من شرح هذه الأنواع للوقوف على الحكم الشرعي للاشتراك، لذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: أنواع الاشتراك المالي بين الزوجين.

الفرع الثاني: مشروعية الاشتراك المالي بين الزوجين.

الفرع الأول: أنواع الاشتراك المالي بين الزوجين.

وفيه أتناول أنواع الاشتراك المالي في القانون الفرنسي، ثم الاشتراك المالي في القانون التونسي وبعده الاشتراك المالي في التشريعين الجزائري والمغربي.

البند الأول: أنواع الاشتراك المالي في القانون الفرنسي.

ويمكن تقسيم أنواع الاشتراك المالي في القانون الفرنسي إلى اشتراك قانوني واشتراك اختياري.

أولاً: نظام الاشتراك القانوني (الاشتراك المقتصر على المكتسبات).

يعني نظام الاشتراك المقتصر على المكتسبات (régime de la communauté réduite aux acquêts)، بالاشتراك بين الزوجين في الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج فقط ولا يمتد إلى الأموال المكتسبة قبله، وهو نظام ذو أهمية خاصة في القانون الفرنسي، لأنه يمثل النظام القانوني والمثالي له، فهو النظام الذي يتم تطبيقه على العلاقات المالية بين الزوجين في حالة سكوتهما عن اختيار نظام مالي خاص بهما<sup>1</sup>، وهو النظام الأكثر رواجاً بين الفرنسيين حيث تشير الإحصائيات أن غالبية الأزواج الفرنسيين يفضلون تطبيق هذا النظام<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p95.

<sup>2</sup> تشير الإحصائيات حول نسبة اقبال الأزواج الفرنسيين على هذا النظام في حدود 75% (حسن بغدادى، نظام الأموال بين الزوجين، ص 175)، وهناك إحصائيات أخرى قدرتها بحدود 98% (محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، ص 207).



وقد كان هذا النظام محل تعديلات من قبل المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 13 جويلية 1965، وقانون 23 ديسمبر 1985 بهدف تحقيق المساواة بين الزوجين في التصرف في الأموال.

وككل اشتراك فإن الاشتراك المقتصر على المكتسبات يتم من خلال الاشتراك في الأصول وهي الجانب الإيجابي في الاشتراك، والخصوم التي تمثل الجانب السلبي للاشتراك (الأعباء).

**1/ أصول الاشتراك المالي :** يقوم هذا النظام على أن هناك مال يخضع للملكية المشتركة للزوجين، وهناك مال يعد من ممتلكات الزوج وحده، ومال آخر تملكه الزوجة لوحدها، لذلك فإن هذا النظام اعترف للزوجة بحقوقها في الملكية والتصرف، بعد أن كان القانون القديم يجعل الزوج هو المالك الوحيد لجميع الأموال الزوجية، سواء كان منه ما هو مملوك للزوجة قبل الزواج أو آلت ملكيته للزوجين فيما بعد، ولا يعد مسؤولاً عن رد شيء إلا البائنة<sup>1</sup>.

وتنقسم أموال الزوجين إلى أصول مشتركة وأصول خاصة، ويتحدد هذا التقسيم وفق معايير متعلقة بمنشأ هذه الممتلكات والأموال، وتاريخ وشروط اكتسابها، وكونها مرتبطة بالشخص أو الممتلكات.

**أ/ الأصول المشتركة:** تبدأ هذه الأصول فارغة عند الزواج، لأنها لم تكن موجودة أصلاً قبله، ثم تبدأ في التكاثر والتوسع<sup>2</sup>، وقد نظمها المشرع الفرنسي في المادة 1401 من القانون المدني وتتكون من:

**1- المكتسبات:** ويتعلق الأمر بالأرباح التي تدرها جميع الأملاك سواء كانت منقولة أو عقارية تم اكتسابها من قبل أحد الزوجين أو كليهما<sup>3</sup>، كما لو تعلق الأمر بمؤسسة تجارية تعمل بشكل فردي أو مشترك، ويدخل في ذلك قيمة عقود الإيجار المبرمة خلال الاشتراك، أو عائدات الانتاج الشخصي التي تشمل كل ما ينتجه أحد الزوجين من أعماله سواء كان بناءً على جهد عضلي أو عقلي، كما هو الحال في عائدات تأليف كتاب أو لوحة فنية.

<sup>1</sup> حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين، ص176.

<sup>2</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p69.

<sup>3</sup> Anne Sophie, Brun wauthier, Régimes matrimoniaux, p141.

2- الرواتب والأجور: وهو ما يمكن أن يطلق عليها عائدات النشاط المهني لكلا الزوجين، ويدخل ضمنها كل تعويض يتلقاه أحد الزوجين كتعويض التسريح عن العمل أو تعويض التقاعد وتعويض العجز عن العمل.

3- ثمار ودخل الممتلكات الخاصة: وتكون مشتركة فقط الثمار التي يتم جمعها مع عدم استهلاكها، والتي يصدق عليها تسمية المدخرات المتأية من أموالها الخاصة<sup>1</sup>.

4- الهدايا والهبات والوصايا: وهي الأموال التي يتلقاها الزوجان خلال فترة الزواج، ما لم يشترط المتبرع خلاف ذلك.

وخلاصة ما سبق، تعد مشتركة كل الأموال التي تم اكتسابها خلال الحياة الزوجية، سواء كانت عائدات للأموال المشتركة أو ثماراً لأموال خاصة لأحدهما أو تبرعات من طرف الغير إذا لم يشترط المتبرع أنها مخصصة لأحد الزوجين على وجه التحديد، لذلك سمي هذا النوع من الاشتراك بنظام الاشتراك المقتصر على المكتسبات.

ب/ الأصول الخاصة: نظمها المشرع الفرنسي، في المواد 1402 إلى 1405 وهي على

الخصوص:

1- الأموال الخاصة بطبيعتها: وهي أموال خاصة تم الحصول عليها أثناء الزواج كالملابس والأغطية المعدة للاستعمال الشخصي لأحد الزوجين، وكذلك أموال التعويض عن الضرر الشخصي أو المعنوي وجميع الممتلكات ذات الطابع الشخصي، وجميع الحقوق المرتبطة بالشخص<sup>2</sup>، وتعد كذلك أموالاً خاصة بطبيعتها أدوات العمل اللازمة لمهنة أحد الزوجين ما لم تكن ملحقة بالأعمال التجارية التي تشكل جزءاً من الاشتراك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Anne Sophie, Brun wauthier, Régimes matrimoniaux, p147.

<sup>2</sup> المادة 1/1404 من القانون المدني الفرنسي

<sup>3</sup> François Terré, Philippe Simler, Les régimes matrimoniaux, p44, Anne Sophie, Brun wauthier, Régimes matrimoniaux, p154.

2- **الأموال الخاصة بسبب أصلها:** ويدخل ضمن هذه الأموال الأملاك التي تملكها الزوجان قبل الزواج، وكذلك الأملاك التي حصل عليها الزوجان مجاناً عند الزواج أو أثناءه بالهبة والوصية والإرث، وكذلك الأملاك المكتسبة باعتبارها ملحقة لأحد الأملاك الخاصة، والزيادات المتعلقة بالأوراق المالية، ويضاف إلى ذلك الأملاك غير المقسمة من الممتلكات الخاصة التي يكون أحد الزوجين شريكاً فيها باستثناء المكافأة المستحقة للاشتراك بالبلغ الذي يمكن أن توفره<sup>1</sup>.

3- **الممتلكات الخاصة عن طريق الحلول:** وهي التعويضات والمكافآت التي تحل محل أخرى كمقابل البيع والتعويض عن التأمين وتعويض نزع الملكية.

2/ **خصوم الاشتراك المالي (الديون):** تكتسي الديون الناشئة عن التزامات الزوجين أهمية بالغة جداً خاصة وأنها بصدد أملاك مقسمة إلى ثلاث أجزاء، مال مشترك بين الزوجين ومال للزوج وآخر للزوجة، وتتجلى هذه الأهمية من خلال الوقوف على مدى تأثير هذه الأجزاء الثلاثة بالالتزامات والديون التي يوقعها أحد الزوجين أو كليهما وكذلك الضمان والائتمان المقدم لدى الدائنين حتى يبرموا صفقات مع أحد الزوجين أو كليهما، لذلك يجب تحديد نطاق الديون التي تتحملها الأموال المشتركة ونطاق الديون التي تتحملها الأموال الخاصة بكل زوج.

وبما أن شركة الأموال الزوجية ليست شخصاً قانونياً مستقلاً فإن التزاماتها تكون ناتجة عن التعاقدات التي يبرمها أحد الزوجين أو كلاهما، لذلك فإن الأموال المشتركة تكون ضامنة لكل التزام قام به الزوجان لصالح الأسرة أو من أجل تحقيق مصلحة شخصية<sup>2</sup>، وقد كانت هذه القاعدة محل نظر وفق القانون القديم الذي يقوم على قاعدة أن للزوج وحده حق الإدارة والتصرف في هذه الأموال المشتركة دون الزوجة، لذلك فإن تعاقدات الزوج تكون ملزمة لأمواله والأموال المشتركة، أما

<sup>1</sup> François Terré, Philippe Simler, Les régimes matrimoniaux, p240.

<sup>2</sup> سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، 1309/3.

تصرفات الزوجة فلا تلزم إلا أموالها الخاصة، ولا تكون الأموال المشتركة ضامنة لها، إلا إذا تصرفت بمقتضى توكيل من الزوج<sup>1</sup>.

ومع التعديل الذي وضعه المشرع الفرنسي، الذي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الزوجين أصبحت الأموال المشتركة للزوجين ضامنة لتصرفات الزوجين معاً من حيث المبدأ.

ولتفصيل أكثر فإن نطاق الديون التي يتحملها المال المشترك والأموال الخاصة هي:

أ/ الديون المتعلقة بالنفقة على الأسرة: نصت المادة 1409 من القانون المدني<sup>2</sup>، على أن الأموال المشتركة تكون ضامنة للنفقة المستحقة التي يرمها أحد الزوجين من أجل صيانة المنزل وتربية الأولاد، وفق ما نصت عليه المادة 220 التي تشترط أن تكون هذه المصاريف مقبولة وغير مبالغ فيها، وأن يتم إنفاقها بحسن نية من قبل أحد الزوجين<sup>3</sup>.

ولأن الديون المتعلقة بالاحتياجات المنزلية والغذائية للأسرة تصنف ضمن الحاجات الحيوية للأسرة، اختار المشرع تصنيفها ضمن الالتزامات المشتركة، التي يحق للدائن فيها المطالبة بالحجز على الأموال المشتركة وكذلك الأموال الخاصة لكل زوج، يعني ذلك اتساع الذمة المالية الضامنة لهذه الديون لتشمل جميع الأموال المملوكة للزوجين سواء كانت مشتركة أو خاصة بغض النظر عن القائم بهذا التصرف سواء كان الزوج أو الزوجة<sup>4</sup> مادامت هذه الديون غير مفرطة وخالية من سوء النية، لذلك فإننا نكون في هذه الحالة أمام حالة دمج تام لذم المالية الثلاث، أو المجاميع الثلاثة لتصنع ذمة واحدة ضامنة لهذه الديون<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> حسن بغدادي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 190.

<sup>2</sup> المادة 1409 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> المادة 220 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>4</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p89.

<sup>5</sup> عمر صلاح الحافظ مهدي الغزاوي، الذمة المالية للزوجين، ص 285.

Remy Cabrillac, Droit civil - Les régimes matrimoniaux, p167.

ب/ الديون المترتبة قبل الزواج والديون المتعلقة بالأموال الإرثية والوصايا: الأصل أن يتحمل هذه الديون المدين أو المالك ولا تستخلص هذه الديون من المال المشترك للزوجين إلا أن التعديل الذي أدخل سنة 1985 أجاز للدائنين استخلاص هذه الديون من المال المشترك عند اختلاط هذه الأموال بشكل يتعذر فرزها<sup>1</sup>، وهذا ما أقرته المادتان 1410 و 1411 عن القانون المدني الفرنسي.

ج/ الديون التي تعاقد عليها أحد الزوجين بشكل منفصل: تتعلق هذه الديون بالالتزامات التي أبرمها أحد الزوجين خلال فترة الحياة الزوجية، والمبدأ الذي نصت عليه المادة 1413 هو أن يتحملها المدين في أمواله الخاصة وكذلك أموال الاشتراك، ولا يستثنى من ذلك إلا أموال الشريك، إلا أن هذه المادة ذكرت استثناءً يرد على هذا المبدأ، يتعلق بحالة الاحتيال من طرف الزوج المدين مع سوء نية الدائن، حيث تعفى الأموال المشتركة من هذا الدين، أما ما تعلق بالسندات والقروض التي يتعهد بها الزوجان، فإنها تسري على الأملاك الخاصة فقط، إلا إذا وجدت موافقة صريحة من طرف القرين، وفي هذه الحالة تكون أموال الزوج محمية من هذه الديون، وهذا ما نصت عليه المادة 1415. ويمكن للمال المشترك أن يتبع الديون التي تحملها من أجل تحقيق مصلحة أحد الشريكين<sup>2</sup>.

### ثانياً: أنظمة الاشتراك الاختياري

ويتكون بدوره من عدة أنواع هي:

1/ نظام الاشتراك التعاقدية: الاشتراك التعاقدية هو نظام لا يختلف كثيراً عن الاشتراك القانوني الذي سبق التطرق إليه، إلا أنه يقوم على جواز إدخال تعديلات عليه من قبل الزوجين بما يتكيف وخصوصياتهما، وهي تعديلات متعلقة بمكونات الاشتراك وإدارة الاشتراك وقسمته وتصفيته، وقد نصت على ذلك المادة 1497 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>1</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p87

<sup>2</sup> المادة 1416 من القانون المدني الفرنسي.

ب/ البنود المتعلقة بمكونات الاشتراك: عادة ما تكون هذه البنود شائعة وتؤدي إلى تمدد الكتلة المشتركة أو تقلصها أو تكون متعلقة بالالتزامات والديون فتعدل في المساهمة في تنفيذها<sup>1</sup>، وهي تنص في الغالب على أن يكون الاشتراك في المنقولات والمكتسبات، أو يكون اشتراكاً تاماً.

### 1- الاشتراك في المنقولات والمكتسبات: ويشمل الاشتراك في هذه الحالة بالإضافة إلى

الممتلكات التي نص عليها النظام القانوني، الممتلكات المنقولة التي حاز عليها الزوجان قبل الزواج وبعده، بما في ذلك الممتلكات الشخصية التي يحصل عليها الزوجان بطريق الإرث أو التبرع، ولا يستثني من الاشتراك إلا الملابس و اللوازم ذات الطابع الشخصي<sup>2</sup>.

وبما أن أصول هذا النظام أكبر مما هو عليه في الاشتراك القانوني فيجب توسعة الالتزامات التي يتحملها أيضاً، مع بقاء ضمان الديون محفوظاً للدائنين من خلال تمكينهم من الاستيلاء على ممتلكات الاشتراك، لأنه من غير المعقول أن يروا تعهدهم يتناقض بسبب الزواج<sup>3</sup>.

وكان هذا النظام في السابق يمثل النظام القانوني، قبل الاصلاحات التي أدخلها المشرع الفرنسي سنة 1965<sup>4</sup>.

### 2- الاشتراك الكامل: لم يكن في السابق لنظام الاشتراك الكامل تطبيق كبير في فرنسا إلا في

الألزاس واللورين، ثم كثر استخدامه بعد ذلك إثر الاصلاحات التي تقرر إدخالها على النظام المالي للزوجين خاصة ما تعلق بحق الزوجين في تغيير النظام المالي<sup>5</sup>، وبدرجة أكبر الأزواج الذين هم في نهاية حياتهم، أو عند إعادة الزواج، أو عندما يكون فارق السن بين الزوجين كبيراً<sup>6</sup>، وهو نظام يتفق فيه الزوجان على أن تكون جميع أموالهم المكتسبة قبل الزواج وبعده مشتركة، وكذلك

<sup>1</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p131.

<sup>2</sup> المادة 1498 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> Remy Cabrillac, Droit civil - Les régimes matrimoniaux, p262.

<sup>4</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p131

<sup>5</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p131

<sup>6</sup> سبق وأن تطرقت لمسألة حق الزوجين في تغيير النظام ص 309.

الأمر بالنسبة للديون الحالية والمستقبلية<sup>1</sup>، لذلك فهو يتحمل جميع الديون التي يمكن أن تترتب على تصرفات الزوجين، ولا يستثنى من الاشتراك إلا الملابس واللوازم الشخصية.

ويُفضّل هذا النظام الأزواج الذين ليس لديهم أطفالاً، والأزواج كبار السن الذين لم يعودوا عرضة للطلاق، والذين يرغبون في حفظ حقوق أراملهم، وهو نظام لا يحرم الأطفال من الميراث ولكنه يجبرهم على انتظار وفاة الوالد الثاني<sup>2</sup>، ولا ميراث إلا بوفاة كلا الزوجين.

ب/ القواعد المتعلقة بإدارة المشترك: أصبح تعديل القواعد المتعلقة بإدارة الأملاك المشتركة سهلاً بعد تعديل 1985 حيث جعل من الإرادة الحرة مبدأً في الإدارة والتسيير، بما يفيد إمكانية الاتفاق على طرق معينة لإدارة المشترك بعيداً عن القواعد العامة للإدارة، بما يسمح بتمثيل كل زوج للآخر في إدارة الأملاك المشتركة بناءً على الثقة المتبادلة بينهما<sup>3</sup>، مع إمكان الاعتماد على الشرط الذي يلزم توفر الإدارة المشتركة في التصرفات الإدارية، وهي نادرة الحدوث في الواقع<sup>4</sup>.

ج/ القواعد المتعلقة بتصفية وقسمة المشترك: من البنود التي يمكن للزوجين الاتفاق عليها نجد إمكانية حصول أحد الزوجين على امتيازات خاصة في مواجهة قرينه كما لو تعلق الأمر بحصوله على ملك مشترك عند القسمة دون المرور على القرعة أو القسمة، سواء كان ذلك بتعويض يدفعه للطرف المقابل أو بدون تعويض<sup>5</sup>.

ويمكن للزوجين أيضاً الاتفاق على القسمة غير المتكافئة في حالة التصفية فيخفف نصيب أحد الزوجين لأقل من النصف، وهذا الشرط يوضع في الغالب مراعاة لمدى مساهمة كل واحد منهما

<sup>1</sup> Remy Cabrillac, Droit civil - Les régimes matrimoniaux, p263, Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p335.

<sup>2</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p132.

<sup>3</sup> تضمنته المادة 1421 والتي تجعل أعمال إدارة من الزوج صحيحة مع تحميله للمسؤولية في حالة التهاون أو التدليس.

<sup>4</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p335, Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, P134, Remy Cabrillac, Droit civil - Les régimes matrimoniaux, p265.

<sup>5</sup> المادة 1521 من القانون المدني الفرنسي.

في تكوين أصول الاشتراك<sup>1</sup>، ومن البنود التي يمكن للزوجين تفعيلها البند المتعلق بالاتفاق على إسناد المشترك إلى الزوج الباقي على قيد الحياة، وليس للورثة الحصول على نصيبهم من الميراث إلا بوفاء هذا الزوج<sup>2</sup>.

## 2/ نظام المشاركة في المكتسبات: عُرف نظام المساهمة في المكتسبات (La participation aux acquêts) في الدول الاسكندنافية، وبعدها استوردته ألمانيا سنة 1957، بعد أن كانت تعتمد

على نظام انفصال الأموال، كما اعتمدهت سويسرا بدلاً من نظام اتحاد الأموال<sup>3</sup>، مع ملاحظة أن كلاً من نظام المساهمة في المكتسبات ونظام اتحاد الأموال متقاربان في الأحكام<sup>4</sup>، وأدخلته فرنسا كنظام اختياري سنة 1965 وهو نفس التوجه الذي تبنته إسبانيا<sup>5</sup>.

## أ/ معنى المشاركة في المكتسبات: هذا النظام تم اعتماده خاصة عند الدول التي كانت

تعتمد على نظام الانفصال في الأموال لتفادي مساوئه، لأنه يضمن الاستقلال المالي خلال الحياة الزوجية، ويضمن المشاركة في المكتسبات المحصلة من قبل الزوجين عند نهاية هذا النظام<sup>6</sup>، لذلك يطلق عليه البعض نظام المشاركة المؤجلة، وهي التسمية الأكثر انسجاماً مع أحكامه<sup>7</sup>، لأنه يتميز بخاصيتين أساسيتين، الأولى تتعلق بالاستقلال المالي لكلا الزوجين وتتجسد عند تكوين النظام،

<sup>1</sup> المادة 1527 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> هذا النص تناولته المادة 1524 من القانون الفرنسي.

<sup>3</sup> نورة بوطاهر، العلاقات المالية بين الزوجين، ص 136.

Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p164

<sup>4</sup> للاطلاع على أحكام نظام اتحاد الأموال، راجع حسن بغدادى، نظام الأموال بين الزوجين، ص 208-226.

يتفق نظام اتحاد الأموال مع نظام المشاركة في المكتسبات أن كلا النظامين يقومان على الاستقلال المالي للزوجين، ويتم اقتسام المكتسبات المترتبة عن قيمة هذه الأموال عند نهاية النظام، ويختلفان في أن نظام اتحاد الأموال يكون الزوج هو المتصرف الوحيد في مال زوجته، على خلاف نظام المشاركة في المكتسبات، يكون كل واحد متصرف في ماله.

<sup>5</sup> نورة بوطاهر، العلاقات المالية بين الزوجين، ص 136،

Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p164

<sup>6</sup> Remy Cabrillac, Droit civil - Les régimes matrimoniaux, p298

<sup>7</sup> عمر صلاح الحافظ مهدي الغزاوي، الذمة المالية للزوجين، ص 314.



والثانية تقوم على الاشتراك في الثمار والمكتسبات المحققة خلال مدة تطبيق هذا النظام ويظهر ذلك عند التصفية.

وينصح بهذا النظام في الغالب عندما يكون أحد الزوجين لا يعمل، كما لو تفرغت الزوجة للعمل المنزلي لكي تستفيد من نمو الذمة المالية المنجزة عبر نشاط زوجها، وكذلك عندما يكون أحد الزوجين أكثر ثراءً من الآخر<sup>1</sup>.

ب/ القواعد المتعلقة بإدارة المشترك: يقوم هذا النظام في إدارة الأموال على مبدأ الاستقلال المالي بين الزوجين، ولا يوجد تشارك أو مساهمة على وجه الإطلاق، حيث يحتفظ كل زوج بأمواله على حدى، فهناك أموال خاصة بالزوج وأموال خاصة بالزوجة، ولكل زوج ذمته المالية، وهاتان الطائفتان من الأموال وهاتان الذمتان تحتفظان بكليانهما دون تداخل أو اندماج، وهو ما تشير إليه المادة 1569 في فقرتها الثانية<sup>2</sup>، وتبقى أموال الزوجين غير متأثرة بقيام الرابطة الزوجية إلى وقت انحلال هذه الرابطة، فإذا تحقق ذلك لأي سبب من أسباب الانحلال فإن الإثراء الذي عاد على الزوجين خلال هذه الفترة يقسم بينهما بالتساوي، وهو ما نصت عليه المادة 1580 من القانون<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نورة بوطاهر، العلاقات المالية بين الزوجين، ص 136.

Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p169 , Remy Cabrillac, Droit civil - Les régimes matrimoniaux, p298

<sup>2</sup> المادة 1/1569 في القانون المدني الفرنسي:

" Quand les époux ont déclaré se marier sous le régime de la participation aux acquêts, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu'il a acquis pendant le mariage à titre onéreux".

<sup>3</sup> المادة 1580 من القانون المدني الفرنسي:

"Si le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite, donnent lieu de craindre que la continuation du régime matrimonial ne compromette les intérêts de l'autre conjoint, celui-ci peut demander la liquidation anticipée de sa créance de participation. Les règles de la séparation de biens sont applicables à cette demande. Lorsque la demande est admise, les époux sont placés sous le régime des articles 1536 à 1541".

يمكن يوصف هذا النظام في فترة الزوج بنظام الانفصال المالي للزوجين، لعدم قيام أي رابطة تشاركية بينهما، فكل واحد منها مسؤول عن إدارة أمواله والتصرف فيها كما هو مسؤول عن ديونه الناشئة التي تترتب عن تصرفاته، ويستثنى من ذلك الديون المشتركة المتعلقة بالالتزامات المنزلية طبقاً لأحكام المادة 220 من القانون المدني، وعند انحلال هذا النظام تبرز خاصية المشاركة في هذا النظام، حيث يكون لدينا مجموع مالي يتكون من الأموال التي اكتسبها الزوجان خلال هذه الفترة، ويستبعد من ذلك الأموال التي تم الحصول عليها عن طريق الميراث والهبة<sup>1</sup>، وتبرير فكرة هذا الاشتراك تنطلق من اعتبار أن ما اكتسبه الزوجان خلال هذه الفترة يعد جهداً مشتركاً لكلا الزوجين لذا يتطلب تقسيمه بينهما بالتساوي<sup>2</sup>.

**ج/ القواعد المتعلقة بتصفية المشترك:** إذا تم حل نظام الاشتراك في المكتسبات بأي طريقة من طرف الحل فإنه يتم تقاسم المكتسبات التي جمعها الزوجان بالتساوي ويكون ذلك من خلال<sup>3</sup>:

1- تحديد مكتسبات كل زوج ويكون ذلك بطرح الممتلكات الأصلية التي كان عليها الزوجان عند بداية النظام من الممتلكات النهائية للزوجين.

الممتلكات النهائية-الممتلكات الأصلية=المكتسبات.

2- تحديد الفائض من الإثراء بين الزوجين، ويكون ذلك من خلال طرح الإثراء الأقل من الإثراء الأعلى.

إثراء الزوج الأول-إثراء الزوج الثاني=الفائض.

3- قسمة الفائض من الإثراء على إثنان لنحصل على القيمة التي يدفعها صاحب الإثراء الأعلى

إلى صاحب الإثراء الأقل، ويخضع تقسيم المشترك الذي يمثل الفائض إلى مبدئين أساسيين:

أولهما مبدأ أولوية التسوية النقدية على التسوية العينية، ولا يلجأ إلى التسوية العينية إلا إذا

<sup>1</sup> عمر صلاح الحافظ مهدي الغزوي، الذمة المالية للزوجين، ص 316.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 316.

<sup>3</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p171.

واجه الزوج المدين صعوبات في التسوية بالنقود، أو كان هناك توافقاً بين الزوجين، أما المبدأ الثاني فينص على أولوية التسوية الودية على التسوية القضائية<sup>1</sup>.

ولتفادي التصرفات الاحتياطية والغش الذي قد يلجأ إليه أحد الزوجين، فإن المشرع الفرنسي قرر أن أموال التصرفات التبرعية التي يقوم بها أحد الزوجين دون موافقة الزوج الآخر، يتم إضافتها إلى الأصول النهائية عند القيام بالقسمة<sup>2</sup>، كما أجاز المشرع طلب أحد الزوجين إنهاء الشراكة إذا ثبت سوء إدارة قرينه وسوء تصرفاته بما يضر بمصالح الزوج الآخر<sup>3</sup>.

ويبدو أن إقرار المشرع الفرنسي لهذا النظام ومن ورائه النظم القانونية الجرمانية والاسكندنافية، كان الهدف منه تحقيق الاستقلالية المالية أثناء الحياة الزوجية من جهة، وتحقيق المساواة بين الزوجين من خلال الاستفادة من الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية من جهة أخرى، وهي في الحقيقة مساواة واهية وليست حقيقية، لأن المجهود المبذول من طرف الزوجين ليس متكافئاً، ثم يتم إقتسام هذه المكتسبات منصفة، مما يؤدي إلى إثراء أحد الطرفين على حساب الآخر، وهو مناقض للاستقرار الأسري لأنه قد يؤدي إلى سعي أحد الزوجين إلى إنهاء هذا النظام ولو عن طريق فك الرابطة الزوجية ما دام إنهاء هذا النظام يخدمه ويمكنه من الحصول على بعض من أموال زوجته، وهو خطر على اقتصاد الأسرة من خلال تشجيع ثقافة التواكل والكسل والعزوف عن الادخار، لأن كل زوج يعلم أن المال الذي يوفره قد يكون لزوجته نصيب منه عند انحلال هذا النظام.

وإذا كان هذا النظام يقدم خدمة لبعض الأزواج من خلال إثرائهم، كحالة الزوجة المتفرغة للعمل المنزلي أو حالة الزوج الذي يكون شريكه ذا غناً فاحش فإن هناك طرفاً متضرراً وناقماً عن هذا الوضع.

<sup>1</sup> Remy Cabrillac, Droit civil - Les régimes matrimoniaux, p309.

<sup>2</sup> المادة 1574 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> المادة 1580 من القانون المدني الفرنسي.

إن فرض مثل هذا النظام في مجتمعنا وقد يؤدي إلى العزوف عن الزواج وتشجيع العزوبية والزهدي في الحياة الزوجية فتكثر العنوسة في المجتمع<sup>1</sup>، وفي هذا الإطار يتحدث محمد التاويل عن أضرار تطبيق مثل هذا النظام على المجتمع فيقول: "فإنها ستحول كثيراً من الأسر عندنا إلى حقول ألغام وبراكين تتهتز تحت أقدامها، وتمحو من ذاكرتها شيئاً اسمه المودة والرحمة"<sup>2</sup>.

3/ نظام البائنة (الدوطة): نظام الدوطة أو البائنة أو المهر هي تسميات لنظام مأخوذ من الإرث الروماني، كان سائداً بكثرة في الجنوب الفرنسي، وهو نظام بائد تخلى عنه المشرع الفرنسي بمقتضى القانون الصادر في 31 جويلية 1965<sup>3</sup>، وما زالت بعض الطوائف في الدول العربية تطبقه كما هو الحال بالنسبة للطائفة الكاثوليكية في لبنان، وفق ما جاء في قانون الأموال الشخصية لهذه الطائفة<sup>4</sup>.

ونظراً للحاجة إلى بيان جميع طرق الاشتراك الممكنة من جهة، والوقوف على مدى قبولها من وجهة نظر الفقه الإسلامي فإنه ينبغي علينا التطرق لهذا النظام ولو بشكل موجز، في تكوينه وإدارته وإرجاعه ثم حكمه الشرعي.

أ/ تكوين البائنة: يقصد بالبائنة كل مال تقدمه الزوجة أو أقرباؤها لمصلحة الزوج، ويخصص للإنفاق على شؤون الأسرة، فالبائنة هي مال يتم التبرع به من قبل الزوجة وأقاربها ليكون مخصصاً لأغراض الزوجية<sup>5</sup>، والقاعدة في ذلك أن كل ما للزوجة من مال يحمل على أنه ملكها الخاص إلا إذا أُعلن صراحة في العقد أنه مهر (بائنة)، وكل ما أعطي من شخص آخر (أقارب الزوجة عادة) فهو مهر إلا ما استثني بنص صريح<sup>6</sup>، وقد كان العرف في بعض أجزاء فرنسا يقضي بإلزام الوالدين بالتبرع

<sup>1</sup> محمد التاويل، اشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، ص 92.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 92.

<sup>3</sup> محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، ص 196.

<sup>4</sup> عمر صلاح عبد الحافظ مهدي الغزاوي، الذمة المالية للزوجين، ص 301.

<sup>5</sup> سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، 1347/4، حسن بغداداي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 135.

<sup>6</sup> سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، 1348/4.

للأولاد عند الزواج، وشاع أن ما يقدمه الوالدان للبنت عند زواجها يدخل في ما يسمى بالبائنة أو الدوطة، وهو ما يعبر عن نصيب البنت من الميراث (ميراث معجل)<sup>1</sup>.

والأمر الجوهري في البائنة أنها تقدم على سبيل التبرع إلا أنها لا تعامل معاملة التبرعات، بل هي تصرف من طبيعة خاصة، فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أنها وفاء بالتزام طبيعي تفرضه الروابط العائلية والاعتبارات الاجتماعية من جهة، وأنها تبرع يقابله التزام من الزوج بإنفاقه في شؤون الأسرة<sup>2</sup>.

وقد انتقد هذا النظام بأنه يجعل الأزواج أكثر إقبالاً على الموسرات اللاتي يكون بوسع آبائهن وأمهاهن تقديم بائنة تكفل ثروة للزوج<sup>3</sup>.

وبعض النظر عن إيجابيات هذا النظام وسلبياته، فإنه هذا النظام يقوم على مبدأ الاستقلال المالي للزوجين، فكل زوج له أموال مستقلة عن الآخر، بينما ينحصر الاشتراك فيه على البائنة فقط، فهي مال مملوك للزوجة، يوضع تحت يد الزوج لإدارته واستغلاله، من أجل التصدي للاحتياجات الأسرية.

**ب/ إدارة البائنة والتصرف فيها:** للبائنة نظام خاص، بما يتوافق مع الغرض الذي وجدت من أجله، وهو القيام بنفقات المنزل، وللزوج إدارة هذه الأموال والتمتع بها وليس له حق التصرف فيها، لذلك فإنه لا يجوز رهن هذه الأموال أو التنازل عنها، ولا يجوز الحجز على هذه الأموال من طرف دائني الزوج، لأن ملك البائنة يبقى للزوجة ويعتبر من الإدارة تحصيل الإيرادات وقبض رأس المال وإيجار العقار ومباشرة القضايا المتعلقة بالبائنة، ويكون الزوج ضامناً لغلطه وخطئه في الإدارة، ويعود للمحكمة تقدير الخطأ ومقدار التعويض عنه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حسن بغدادي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 138.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 140.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 139.

<sup>4</sup> حسن بغدادي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 149، سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، 4/1349.

وبناءً على ما سبق فإن نظام الدوطة يحقق مزية هامة هي حبس أموال هامة وجعلها في نطاق الحفظ لاستخدامها في الاتفاق الزوجي رغم ما يطرأ على المراكز المالية للزوجين، إلا أنه يعاب عليها أنها تحد من حرية التصرف على نحو قد يفوت مصالح الزوجين<sup>1</sup>.

وفي حالة ما إذا أهمل الزوج الدوطة أو تصرف فيها بما لا يحقق الغرض منها، فللزوجة طلب تفريق الأموال القضائي الذي بمقتضاه تحل الزوجة محل زوجها في إدارة الدوطة والانتفاع بها<sup>2</sup>.

**ج/ إرجاع البائنة:** سبق البيان أن البائنة هي أموال مملوكة للزوجة وضعت تحت إدارة للزوج من أجل التصدي للنفقات الزوجية، لذلك فإنه متى حدث أي سبب من أسباب انحلال النظام المالي جاز للزوجة استرجاع مهرها (البائنة)، كما لو تعلق الأمر بانحلال الزوجية بموت أحد الزوجين أو الطلاق، أو تعلق الأمر بالتفريق الجسماني أو الغيبة أو تفريق الأموال القضائي، وفي هذا الإطار تلزم الزوجة بتقديم الإثباتات اللازمة المتعلقة بقيمة البائنة وأن تثبت أن الزوج قد قبضها<sup>3</sup>.

**د/ الحكم الشرعي للبائنة:** بما أن البائنة نظام مالي متبع لدى الملل غير المسلمة فإن احتكاك المسلمين بهذه الطوائف أدى إلى انتقال هذه العادة إلى الأسر المسلمة في بعض البقاع، وهو ما جعل المجتمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي يتناول هذه المسألة<sup>4</sup> بعد الخطاب الموجه له من قبل عبد القادر الهندي والشيخ أبي الحسن الندوي، وقد قرر الجمع بشأنه أن هذه العادة سيئة منكرة وبدعة قبيحة مخالفة لعمل المسلمين في جميع أزمانهم، وناشد العلماء والأعيان وغيرهم محاربة هذه العادة السيئة وأن يجتهدوا في إبطالها وإزالتها لأنها مخالفة للشرائع السماوية والعقول السليمة والنظم المستقيم، كما عمد البيان إلى التذكير بالمضار التي قد تنجم عن مثل هذه المشاركة والمتعلقة

<sup>1</sup> حسن بغدادي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 145.

<sup>2</sup> سيد عبد الله على المقارنات التشريعية، 1355/4.

<sup>3</sup> سيد عبد الله على حسين، المقارنات التشريعية، 1357/4، عمر صلاح الحافظ الغزاوي، الذمة المالية للزوجين، ص 299.

<sup>4</sup> راجع النص الكامل للقرار المجتمعي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في ندوته السابقة بمكة المكرمة بتاريخ: 11-16 ربيع الآخر 1404 هـ الموافق لـ 15-20 جانفي 1984م (قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دوراته العشرين، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، الإصدار الثالث، ص 153-158، علي أحمد السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة، الدوحة، 1996، ص 854-857).

أساساً بجنوح الشباب إلى التزوج من بنات الأغنياء دون الفقراء وغلبة الأطماع المالية في الزواج على أسباب الزواج الأخرى.

### البند الثاني: نطاق الاشتراك في القانون التونسي

يمكن تصنيف نطاق الاشتراك في القانون التونسي أيضاً إلى الاشتراك في الأصول وهو الجانب الإيجابي للاشتراك، واشتراك في الخصوم وهو الجانب السلبي للاشتراك.

#### أولاً: أصول الاشتراك

اعتمد المشرع التونسي على تخيير الزوجين بين طريقتين لتحديد الأملاك الخاضعة للاشتراك طريقة حددها القانون، تمثل الحد الأدنى للاشتراك وتعبّر عن المفهوم الضيق للاشتراك، وطريقة أخرى يستطيع من خلالها الزوجان إلحاق بعض الأملاك أو كلها وجعلها تابعة للاشتراك، وتمثل المفهوم الواسع للاشتراك.

**1/ المفهوم الضيق للاشتراك:** ويمثل الحد الأدنى للاشتراك والذي يمثل نواة الاشتراك، ويقتصر فيه الاشتراك على العقارات السكنية إلا ما استثناه القانون.

**أ/ مشمولات الاشتراك:** ينصب الاشتراك في الأملاك على العقارات ذات الطابع السكني فقط، ويكون بتحقيق شرطين هما:

**1- أن يكون العقار مكتسباً بعد الزواج أو بعد إبرام عقد الاشتراك:** نص الفصل 10 من

قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين على أن الأملاك الخاضعة للاشتراك هي فقط العقارات المكتسبة بعد إبرام الزواج أو إبرام عقد الاشتراك، وما دون ذلك لا يعد عقاراً مشتركاً، ويضاف إليها توابع العقار وغلته مهما كانت طبيعتها<sup>1</sup>، لذلك فإن العقارات المكتسبة قبل الزواج لا تدخل في الاشتراك إذا تم الاتفاق على إعمال نظام الاشتراك عند

<sup>1</sup> سامي الدايش، مشمولات الأملاك المشتركة بين الزوجين، الملتقى الجهوي بعنوان نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، محكمة الاستئناف، قابس، تونس، 1999/01/29، ص 17.

العقد، أما إذا تم الاتفاق على الاشتراك بعد الزواج فإن الاشتراك يسرى على العقارات المكتسبة بعد الاتفاق فقط، إلا إذا اتفق الزوجان على سريان الاشتراك ابتداءً من الزواج، ويبدو أن سبب الاقتصار على ذلك هو افتراض المشاركة في امتلاك يتدأ بالزواج أو بعده، ولا يتصور أن هناك مساهمة قبل ذلك.

2- أن يكون العقار مخصصاً للسكن: حدد الفصل 10 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين شرطاً متعلقاً بنوعية العقارات التابعة للاشتراك، وهو أن تكون هذه العقارات مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها سواء كان الاستعمال مستمراً أو موسمياً أو عرضياً.

ولتحديد المقصود من تخصيص العقار للعائلة ولمصلحتها، جاء في الفصل 11 من القانون ما يلي: "تعد عقارات مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، العقارات التي تكون لها صبغة سكنية، كتلك الموجودة بمناطق سكنية أو المقتناة من بائعين عقاريين مختصين في إقامة محلات السكن أو الممولة بقروض سكنية، أو العقارات المنصوص في عقود اقتنائها على أنها ستستعمل للسكن أو التي ثبت أنه وقع استغلالها فعلاً لسكن العائلة، ويمكن إثبات خلاف ذلك بجميع الوسائل، لذلك أمكن القول أن أساس الاشتراك في القانون التونسي هي العقارات الخاصة بالعائلة أو ذات الطابع العائلي.

وما يمكن استنتاجه مما سبق أن كل عقارٍ له صبغة سكنية بناءً على أحد الاعتبارات السابق ذكرها يمثل قرينة تفيد أن هذا العقار مشترك، وعلى كل من يدعي خلاف ذلك أن يقدم ما يثبت دعواه وبجميع الوسائل، كأن يثبت أحد الزوجين أن هذا العقار يستعمله كمحل لمهنته رغم وجوده في منطقة سكنية، أو حصل عليه بطريق الإرث أو الوصية.

ويرى بعض الشراح أن الدافع الذي جعل المشرع التونسي يتبنى اعتماد المسكن العائلي كنواة أولى في الاشتراك مرتبط بما كشفه الواقع من خلال مساهمة الزوجين في إعداد هذا السكن وتجهيزه، وكذلك كثرة حالات النزاع حول المكتسبات العائلية في حالة الفراق وما يسود هذه المنازعات من



صعوبة في الإثبات<sup>1</sup>، وهو تفسير يمكن تقبله خاصة إذا علمنا أن ملحقات العقار وتوابعه وغلته داخل في الاشتراك<sup>2</sup>.

ب/ العقارات المقصاة من الاشتراك: قد تكون هناك عقارات تتوفر فيها شروط الاشتراك إلا أنها لا تدخل في الاشتراك لأسباب تتعلق بأصل الملكية أو بوظيفته وهي:

1- العقارات المتأتية عن طريق الإرث أو الوصية أو الهبة: ذكرها المشرع في الفصل 10 من القانون وأخرج مثل هذه العقارات من دائرة الاشتراك، وهو موقف اقتضته طبيعة التملك التي تفترض خصوصيته لأحد الزوجين، لذلك استبعدت من الاشتراك تماماً كما فعل المشرع الفرنسي.

2- العقارات المعدة للاستعمال المهني: لا يقتصر الإقصاء على العقارات المتأتية من الإرث والوصية والهبة بل أضاف المشرع إلى ذلك العقارات المعدة للاستعمال المهني إلا إذا اتفق الزوجان على غير ذلك، وهو موقف شبيه بما انتهى إليه المشرع الفرنسي عندما أخرج أدوات العمل اللازمة لمهنة أحد الزوجين<sup>3</sup>، وإبعاد العقارات المعدة للاستعمال المهني لأحد الزوجين مرجعه إلى أن في ذلك مساس بوحدة المؤسسة عند القسمة وعرقلة للنشاط الاقتصادي لأحد الزوجين<sup>4</sup>.

2/ الاشتراك بمفهومه الواسع: بعد أن حدد المشرع التونسي الحد الأدنى لمجال الاشتراك وربطه بالعقارات المعدة للسكن، أعطى للزوجين مساحة من الاختيار لتعزيز هذا الاشتراك، ليشمل أملاكاً أخرى حسب رغبة الزوجين، ويتمثل ذلك في:

<sup>1</sup> نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 66.

<sup>2</sup> الفصل 2/10: "... كما تعد مشتركة بالتبعية توابع ذلك العقار وغلته مهما كانت طبيعتها".

<sup>3</sup> محمد أنور الرجيسي، نظام الاشتراك في الملكية بين الزوجين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوسط، سوسة، تونس، 2012/2013، ص 13.

<sup>4</sup> شيماء التليلي، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين، ص 117.

أ/ تحسين العقارات الخاصة بأموال مشتركة: تعرض المشرع التونسي في الفصل 02 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين إلى مسألة إدخال تحسينات على أملاك عقارية خاصة بأحد الزوجين باستعمال أموال مشتركة، تكون فيه قيمة الأموال المشتركة تساوي أو تزيد على قيمة العقار الأصلية عند قيام الاشتراك، ففي هذه الحالة يصبح هذا العقار مشتركاً بين الزوجين، أما إذا كانت قيمة هذه التحسينات تقل عن قيمة العقار الأصلية عند قيام الاشتراك فإن العقار يبقى لصاحبه ويبقى المالك مدينًا بما أخذ من أموال من عند الشريك، وهو ما يعني أن الإقدام على تمويل عقار بأموال مشتركة بحيث تكون قيمة هذه الأموال تساوي أو تزيد عن قيمة العقار وقت الاشتراك يعبر عن رغبة الزوجين في جعل هذا العقار يدخل في دائرة الملك المشترك.

ب/ تجاوز الطبيعة السكنية العقار المشترك: أعطى المشرع التونسي في إطار حرية الاتفاقات الزوجية للزوجين إمكانية توسيع نطاق الإملاك المشتركة المقتصر على العقارات ذات الطابع السكني، ليشمل كل العقارات مهما كانت طبيعتها سكنية أو غير سكنية، مكتسبة أثناء الزواج أو قبله، حتى ولو كانت مكتسبة عن طريق الإرث أو الوصايا، وهو ما بينه المشرع في الفقرة الخامسة من الفصل 10 بقوله: "... كما يمكنها الاتفاق على جعل الاشتراك شاملاً لجميع عقاراتها، بما فيها تلك المكتسبة ملكيتها قبل الزواج وتلك المتأتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية".

ج/ تجاوز الطبيعة العقارية للمشارك: لم يتكلم المشرع التونسي على إمكانية إدراج المنقولات ضمن الأملاك المشتركة للزوجين، إلا أن شراح القانون استنتجوا إمكانية ذلك<sup>1</sup>، من بناءً على أن الأملاك العقارية المشتركة يمكن أن تدر أرباحاً وغلالاً، مهما كان نوعها، سواء كانت ثمناً للإيجار أو محاصيل زراعية وغيره، وقد أقر المشرع بخضوع هذه المداخيل والغلال للاشتراك.

<sup>1</sup> نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 70-71، شيماء التليلي، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين، ص 133، محمد أنور الرجسي، نظام الاشتراك في الملكية بين الزوجين، ص 23.

كما أن المشرع أشار في الفصل 12 على أن المداخيل المشتركة الموظفة من أجل تحسين أو زيادة في عقار أحد الزوجين قد يجعله عقاراً مشتركاً، وهو أيضاً يعبر عن إمكانية قيام الاشتراك في المنقولات.

### ثانياً: خصوم الاشتراك

اكتفى المشرع بتنظيم الديون المتعلقة بملكية الأملاك المشتركة وتسييرها دون أن ينظم الديون المرتبة عن النفقة الأسرية، وربما أراد المشرع بذلك أن يحيل إلى أحكام مجلة الأحوال الشخصية في النفقة وخاصة وأن الفصل 23 منها قد نص على إمكانية مساهمة الزوجة في النفقة إن كان لها مال وقد سبق وأن تعرضت إلى هذه المسألة في حينها<sup>1</sup>.

### البند الثالث: نطاق الاشتراك في القانونين الجزائري والمغربي.

يقوم النظام المالي للزوجين في القانونين الجزائري والمغربي على مبدأ استقلال الذمة المالية لكلا الزوجين، أما الاشتراك فيخضع لمبدأ حرية الاشتراط بين الزوجين التي آمن بها التشريعان لذلك فإن أصول الاشتراك وخصومه محددة على الشكل الآتي:

### أولاً: أصول الاشتراك

يتميز التشريعان الجزائري والمغربي بعدم وجود أحكام مفصلة للاشتراك المالي، فاقصر دور المشرع في هذه العملية على الإشارة إلى إمكانية قيام اشتراك بين الزوجين، وترك تحديد نطاق الأموال التي تدخل في دائرة الاشتراك لإرادة الزوجين، وهو ما يستدل عليه بما جاء في أحكام المادة 2/37 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منها" ولا يختلف هذا الحكم على ما جاء به المشرع المغربي في المادة 1/49، التي نصت على: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها".

<sup>1</sup> راجع الفرع الأول من المطلب الأول التابع للمبحث الثاني من هذا الفصل، ص 237.

ويتبين من النصين السابق ذكرهما ثلاث نتائج أساسية هي:

- 1- أن الشراكة المالية بين الزوجين متعلقة بالأموال التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية فقط، ويستبعد قيام شراكة في الأموال التي اكتسبها الزوجان قبل بدء الحياة الزوجية لذلك فإن النظام المالي بهذه الطريقة يمكن أن نطلق عليه اسم المشاركة بين الزوجين المقتصرة على المكتسبات.
- 2- إن نصيب كل شريك في المال المشترك لا يخضع لمبدأ المناصفة التي فرضها التشريعان التونسي والفرنسي، وإنما تكون حسب الاتفاق بينهما والذي يكون في الغالب محددًا حسب نسبة مساهمة كل منهما في المال المشترك.
- 3- إن تحديد المال المشترك يكون بناء على الاتفاق بين الزوجين ولا يخضع للتحديد القانوني، فمجال الاشتراك قد يضيق وقد يتسع حسب اتفاق الزوجين، لكن يبقى دائماً محصوراً في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية.

#### ثانياً: خصوم الاشتراك

اقتصر الاشتراك على الجانب الإيجابي المتمثل في المكتسبات المالية التي يتم جمعها خلال الحياة الزوجية دون الإشارة إلى الأعباء المالية خاصة ما تعلق بالنفقات الأسرية بما فيها النفقة الزوجية والنفقة على الأبناء وهو ما يعني أن الأصل فيها خضوعها للأحكام العامة التي جاءت في قانوني الأسرة للبلدين والتي تجعل كل هذه الأعباء على كاهل الزوج دون الزوجة.

#### الفرع الثاني: مشروعية الاشتراك المالي بين الزوجين

يمكن أن يتولد الاشتراك المالي بين الزوجين في صورة شروط مقترنة بعقد الزواج، فتترتب على هذه الشروط الأحكام المتعلقة بالشروط الاتفاقية لعقد الزواج، ويمكن أن تكون في شكل عقد مستقل غير مرتبط بعقد الزواج، فتسري عليه أحكام عقد الشركة، لذلك فإن الحديث عن مشروعية الاشتراك المالي بين الزوجين ومدى توافقه مع أحكام الفقه الإسلامي يجزنا للحديث عن مشروعيته

كشروط مقترن بعقد الزواج، أو مشروعيته كعقد شركة بين الزوجين فيخضع لأحكام الشركة في الفقه الإسلامي.

### البند الأول: خضوع الاشتراك المالي لأحكام الشروط الاتفاقية في الزواج

من خلال دراستنا لأنواع الاشتراك المالي بين الزوجين تبين لدينا أنها تقوم على التنوع، وهذا التنوع يجعلنا نتطرق إلى تكييف هذه الشروط لنعرف أحكامها، فهل هي موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية أم مخالفة لها؟

#### أولاً: مبدأ تنوع الشروط في الاشتراك المالي بين الزوجين.

من خلال دراستنا لأنواع الاشتراك المالي بين الزوجين في الفرع السابق، يمكننا الخروج بملاحظة هامة هي أن الاشتراك المالي بين الزوجين يأخذ عدة أشكال وأن هذه الأشكال تتغير من دولة لأخرى، وعلاوة على ذلك فإن الغالب على هذه النظم المالية أنها مرنة تسمح للزوجين بإدخال شروط اتفاقية على النظام المالي لتغير من أحكامه بطريقة تراعي ظروف الزوجين ورغبتهما.

ويزداد التنوع والاختلاف بين هذه النظم المالية إذا قمنا بعقد مقارنات بين هذه النظم المالية في عدة دول، فعلى سبيل المثال تختلف الأنظمة المالية للزوجين الموجودة في فرنسا والدول الفرنكوفونية مع ما هو موجود في ألمانيا والدول الجرمانية، وما هو موجود في الدول الانجلوساكسونية<sup>1</sup>.

لذلك فإن تعدد النظم المالية للزوجين يفرز لنا تنوعاً واختلافاً في المشاركات المالية التي يقوم عليها كل عقد مالي بين الزوجين، وقد استعرضت فيما سبق بعض أنواع هذه النظم التي تقوم على

<sup>1</sup> النظم المالية للزوجين في فرنسا هي نظام الاشتراك المقنن على المكتسبات كنظام قانوني ونظام الانفصال المالي ونظام الاشتراك التعاقدية ونظام المساهمة في المكتسبات كنظم اختيارية أما النظم الجرمانية فهي تعتمد على نظام المساهمة في المكتسبات كنظام قانوني (بعد أن تخلت على نظام اتحاد الأموال) أما النظم الاختيارية فهي نظام الاشتراك في الأموال ونظام فصل الأموال، بينما تقوم النظم الأنجلوساكسونية على جعل نظام فصل الأموال كنظام أساسي غالب على النظم الأخرى، وهناك في دول أخرى توجد نظم مالية وسطى بين الفصل والاشتراك، بل هناك أيضاً في كل دولة نظم فرعية تستمد مقوماتها من نظامين أو أكثر (راجع: حسن بغدادي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 104، نورة بوطاهر، العلاقات المالية بين الزوجين، ص 133، 121).

الاشتراك فوجدنا أن الاشتراك قد يكون متعلقاً بالمكتسبات المحصلة خلال فترة الزوجية دون غيرها من الأموال، أي الثمار والمداحيل المحصلة خلال هذه الفترة، وقد يكون الاشتراك موسعاً ليشمل الأموال الأخرى كالمنفقات، وقد يكون شاملاً لجميع الأموال مهما كان مصدرها.

وقد يكون الاشتراك مخففاً كما لو تعلق بالأموال ذات الطابع العائلي مثلما هو الحال في تونس أين يكون الاشتراك مقتصرًا على العقارات المعدة للسكن، أو متعلقاً بفترة معينة من الأموال كما هو الشأن في نظام البائنة الذي تحلى عنه المشرع الفرنسي، ولكنه مازال مطبقاً في بعض البقاع من العالم، كما هو الحال لدى الطائفة الكاثوليكية في لبنان<sup>1</sup>.

وقد يكون الاشتراك نظاماً انفصالياً في الإدارة والتسيير، واشتراكياً في المكتسبات المحققة أثناء فترة الزواج أو ما يعرف بنظام المساهمة في المكتسبات، وفي إطار هذه النظم المتنوعة يمكن للزوجين أن يضيفا بنوداً وشروطاً حسب ما يريانه مفيداً لتنظيم حياتهما المالية أثناء الزواج لذلك فإن مشروعية الاشتراك المالي بين الزوجين يجب أن يأخذ في الحسبان هذا التنوع في الشروط.

### ثانياً: تكييف شروط الاشتراك المالي

بعد أن وصلنا في ما سبق إلى أن نظم الاشتراك المالي بين الزوجين هي عبارة عن مشارطات يخضع لها الزوجان بإرادتهما فإن مشروعية هذه المشارطات يخضع لأحكام الشروط الاتفاقية للزوجين.

والقاعدة التي يجمع عليها الفقهاء أن مجال سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي يقتصر على إنشاء العقد أو التصرف، ولا تتعداه إلى ترتيب آثاره<sup>2</sup>، والشارع الحكيم هو الذي يرتب على كل عقد أو تصرف آثاره، لذلك حرص الشارع على تحديد مقتضى العقد كنظام أساسي له لا يجوز المساس به أو مناقضته، وعلى هذا الأساس يمكن أن يعتري هذه الشروط الأحكام الثلاثة.

فقد يكون ضمن هذه الشروط المالية شروطاً يقتضيها العقد ولا تخالف نظام الزواج وشروطه، كما لو تضمنت شرطاً يلزم الزوج بالمهر أو النفقة الزوجية، أو أن يكون التوارث بينهما وفق الأحكام

<sup>1</sup> عمر صلاح عبد الحافظ مهدي الغزوي، الذمة المالية للزوجين، ص 301.

<sup>2</sup> فتحي الدرني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 369/2.

التشريعية الاسلامية، فمثل هذه الشروط مكملة لحكمة المشروط عاضدة لها بحيث لا يكون فيها منافاة على حال<sup>1</sup>.

وقد تكون شروطاً مناقضة لمقصود عقد الزوج ومقتضاه فيكون حكمها البطلان والمثال المشهور في هذا المجال نظام الدوطة (البائنة)، وقد سبق التعرض إلى أحكامه وموقف المجمع الفقهي الاسلامي منه، بأن اعتبره عادة سيئة منكرة وبدعة قبيحة مخالفة لكتاب الله وسنة رسوله وإجماع العلماء<sup>2</sup>.

ويدخل في ذلك أيضاً المشاركات المؤثرة في أحكام الميراث والمثال الذي يمكن الاستشهاد به أدرج بند في العقد يقضى بإعطاء امتيازات للزوج الأرملة من خلال عدم إجراء القسمة حتى وفاته، وإجبار الورثة على الانتظار<sup>3</sup>.

أما الشروط التي لا تتنافى مع العقد وليست مما يقتضيه، فقد اختلف العلماء في حكمها بين منكر لها ومسقط للوفاء بها معتبراً إياها شروطاً باطلة، كما هو الشأن لدى الشافعية<sup>4</sup>، ومن يعتبرها شروطاً فاسدة يجوز الوفاء بها اختياراً وهو مذهب الفقهاء الأحناف<sup>5</sup>، أما المالكية فقد اعتبروا الوفاء بها يكون على وجه الاستحباب<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الشاطبي، الموافقات، 438/1.

<sup>2</sup> قرار المجمع الفقهي الاسلامي في دورته الـ20، رابطة العالم الاسلامي، مكة المكرمة، ص 153-158، علي أحمد السالوس، الاقتصاد الاسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، ص 854-857

<sup>3</sup> يمثل هذا الشرط أحد بنود الاشتراك الكامل في القانون الفرنسي، راجع: (Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p132)

<sup>4</sup> الشيرازي، المهذب، 447/2، النووي، المجموع شرح المهذب، 250/16، ابن حزم، المحلى بالآثار، 123/9.

<sup>5</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 297/2، ابن نجيم، البحر الرائق، 171/3، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 104/3.

<sup>6</sup> الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 296/3، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 238/2، ابن رشد (الجد) المقدمات والمهدات، 206/3.

وعلى خلاف الآراء السابقة حكم فقهاء الحنابلة بإلزامية الوفاء بهذه الشروط<sup>1</sup>، وهو ما أخذت به التشريعات الوضعية في زماننا، والغالب على المشاركات المالية التي يقوم عليها الاشتراك المالي بين الزوجين أنها تدخل تحت هذا الباب.

وظاهر موقف المشرع الجزائري أنه أخذ بمبدأ أن تنظيم الأموال المكتسبة يدخل ضمن الشروط الاتفاقية المقترنة بعقد الزواج بناء على إمكان تضمين هذا الشرط في عقد الزواج، وهو موقف ينطوي على خطورة كبيرة لأن عدم الالتزام بهذا الاتفاق من طرف أحد الزوجين يميز للزوج الآخر طلب التطليق<sup>2</sup>، وفق أحكام المادة 53 من قانون الأسرة، مما يجعل منازعات الاشتراك المالي خطراً يهدد عقد الزواج ككل، وإلى نفس الاتجاه ذهب المشرع المغربي من خلال تنظيمه للاتفاق المالي بين الزوجين تحت عنوان الشروط الإرادية لعقد الزواج وآثارها، أما المشرع التونسي فقد جعل الاشتراك المالي عقد مستقلاً عن الزواج وعدم التزام أحد الأطراف يؤدي إلى انحلال العقد المالي دون أن يؤثر ذلك على عقد الزواج<sup>3</sup>.

وما أراه في هذا الجانب أن كلا المشرعين الجزائري و المغربي قد جانبا الصواب، وكان الأجدر بهما أن لا يجعلوا الاشتراك المالي شرطاً مقترناً بالعقد لأن عدم الوفاء به يميز طلب الطلاق، كما لا يفوتني أن أحذر من المبالغة في مثل هذه الشروط لانعكاساتها الخطيرة على الحياة الزوجية، وهو تخوف تغذيه طبيعة الحياة الزوجية من جهة، وطبيعة المعاملات المالية من جهة أخرى، فالزواج يقوم على المكارمة وعلى البذل والعطاء بين الزوجين، أما المعاملات المالية فتقوم على المشاحة والأثرة، خاصة وأن المشاركات المالية بين الزوجين تقوم على تحقيق شراكة دائمة بين الزوجين، ومساهمتهما في هذه الشركة غير منضبطة فيهن تصرف الزوجين في أموالهما مدى الحياة الزوجية<sup>4</sup>، فتظهر خطورة

<sup>1</sup> ابن قدامة، المعني، 93/7، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 147/6.

<sup>2</sup> فاطمة الزهراء لقشيري، العقد المالي بين الزوجين، ص 798.

<sup>3</sup> الفصل 20 من نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين: "إذا ما تصرف أحد الزوجين في الأملاك المشتركة أو إدارتها بشكل يمكن أن يعرض مصالح قرينه ومصالح العائلة إلى التلف، فللزوج الآخر أن يطلب من المحكمة الحكم بإنهاء حالة الاشتراك".

<sup>4</sup> فاطمة الزهراء لقشيري، العقد المالي بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، عدد 11، جوان 2017، ص 796.



هذه الشروط من خلال إمكان الغبن الكثير فيها<sup>1</sup>، بسبب عدم المساواة في المساهمة المالية للاشتراك فينعكس ذلك على استقرار الحياة الزوجية ووقوع النزاعات بين الزوجين، بل إن تحديد النظام المالي للزوجين قد يكون مبرراً لقبول الزواج ورفضه للمقدمين على الزواج، فيصبح الزواج وفق هذا المنطق عبارة عن صفقة مالية تحتمل الربح والخسارة، فيحيد الزواج عن الغرض الذي شرع له.

لذلك فإن التماذي في قبول مثل هذه الشروط قد ينتج وضعاً غير مألوف لا يتماشى مع المبادئ التي بنيت عليها الأسرة المسلمة، فيصبح المال هو أساس الاختيار في الزواج، وهو سبب الانكسار والانفصام فيه، كما أن الشراكة المالية قد تكون محاولة لتطويع التشريع الاسلامي وتقريبه من التشريع الغربي، خاصة في ظل قوانين تمنع الطلاق إلا بموجب حكم قضائي، وتمنع تعدد الزوجات، وتلغي دور الولي<sup>2</sup>.

وقد يكون الاشتراك المالي بين الزوجين عرضة للتحايل والتهرب من حق الإرث الشرعي، لأن الغبن الذي يصيب أحد الزوجين قد يتعداه إلى الورثة، أو من خلال وضع بنود تمنح امتيازاً للزوج الباقي على قيد الحياة، فيصبح بذلك نظام الزواج يحمل اسم الاسلام، ومضمونه غربي.

### البند الثاني: الاشتراك المالي بين الزوجين كعقد شركة.

اعتبار الاشتراك المالي عقد شركة في الشريعة الاسلامية يفرض علينا قياس الاشتراك المالي على أحكام الشركة وبيان الصور التي يجب أن يأخذها الاشتراك لنحكم عليه أنه عقد شركة.

#### أولاً: مدلول الشركة ومشروعيتها

##### 1/ مدلول الشركة:

<sup>1</sup> علة تحريم بعض الشروط المقترنة بالعقد هو الغبن الكثير فيها، ومجانبة العدل في المعاملات (فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الاسلامي وأصوله، 2/369).

<sup>2</sup> راجع موقف الدكتور عبد الناصر أبو البصل من الاشتراك المالي بين الزوجين الذي أورده خليفة علي الكعبي في الملحق (خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين، ص 261).

أ/ معنى الشركة لغةً: الشركة بفتح السين وكسر الراء، هي الاختلاط أو خلط المالكين أو المالكين، أو مخالطة الشريكين واشترائهما في شيء واحد<sup>1</sup>.

ب/ معنى الشركة اصطلاحاً: تباينت تعاريف الفقهاء للشركة فعرفها المالكية ب: "إذن من كل واحد من المتشاركين للآخر في التصرف في ماله، مع بقاء تصرف أنفسهما"<sup>2</sup>.

وعرفها الحنابلة ب: "الاجتماع في الاستحقاق والتصرف"<sup>3</sup>.

وقال عنها الشافعي بأنها: "ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوع"<sup>4</sup>.

أما الحنفية فقد عرفوها بأنها: "عقد بين المتشاركين في الأصل والربح"<sup>5</sup>.

والملاحظ في هذه التعريفات أن ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية هو الاعتماد على الأثر المترتب على الشركة في تعريفهم والمتعلق بثبوت الحق في الأصل وجواز التصرف، بينما ركز المالكية والحنفية على أحكامها<sup>6</sup>.

2/ مشروعية الشركة: الشركة مشروعة من الكتاب والسنة والاجماع، أما من الكتاب قوله

تعالى: ﴿ فَهَمَّ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ [النساء: 12]، وقوله: ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي

بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ ﴾ [ص: 24] والمراد بالخلطاء

الشركاء<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، 2250/25.

<sup>2</sup> الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، 72/6.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 3/5.

<sup>4</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 221/3.

<sup>5</sup> ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 299/4.

<sup>6</sup> رشاء حسن خليل، الشركات في الفقه الاسلامي، دار الرشيد للنشر والتوزيع، ط3، 1401هـ/1981م، ص17.

<sup>7</sup> القرطبي، تفسير القرطبي، 179/15.

ومن السنة الحديث القدسي الذي رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله عز وجل يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانته خرجت من بينهما"<sup>1</sup> ففي الحديث حثٌ على التشارك، وعدم الخيانة والتحذير منها. والمسلمون يجمعون على جواز الشركة، وإنما الاختلاف واقع في أنواع منها<sup>2</sup>.

### ثانياً: مدى قياس الاشتراك المالي على عقد الشركة

من خلال دراستنا للاشتراك المالي للزوجين والوقوف على أنواعه المختلفة، نخرج بنتيجة هي وجود مال أو ملك مشترك بين الزوجين يتم إدارته والتصرف فيه من أجل تنميته من جهة واستخدامه لسد النفقات اليومية للأسرة، لذلك فإن الطبيعة الشرعية الأقرب إلى هذا الاشتراك هو نظام الشركة في الفقه الإسلامي، وعليه فإننا نعتمد في الحكم على مدى شرعية الاشتراك المالي بين الزوجين من خلال قياسه على أحكام الشركة في الفقه الإسلامي.

والاشتراك المالي هو نوع من الشركات تصنف ضمن الشركات المدنية وفق التقسيم القانوني، ولكن لها أحكاماً خاصة بها لا تعم الشركات العادية<sup>3</sup>، خاصة ما تعلق بالهدف والغاية من الشركة، فالشركة بوجه عام قائمة على تحقيق الربح المالي، أما الاشتراك المالي بين الزوجين فإنه يهدف إلى تنمية الأموال والانفاق على الأسرة وسد احتياجاتها<sup>4</sup>، وفي هذا الإطار يقول حسن بغدادي: "يختلف الاشتراك في الأموال عن ملكية الشركات لأموالها ففي الشركة يبغى الشركاء من نشاط الشركة تحقيق الربح، أما نظام الاشتراك في الأموال الزوجية فليس المقصود هو تحقيق الربح، وإنما

<sup>1</sup> رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الشركة، رقم 3383، 256/3، الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، رقم 2933، 442/3، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشركة، باب الأمانة في الشركة وترك الخيانة، رقم 11424، 130/6، وصححه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع رقم 2322، 60/2، وضعفه الألباني في إرواء الغليل 288/5 لجهالة يحيى بن سعيد وللإختلاف في وصله.

<sup>2</sup> ابن قدامة، المغني، 03/5، ابن رشد، بداية المجتهد، 35/4.

<sup>3</sup> سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، 1303/3.

<sup>4</sup> سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، 130/3، حسن بغدادي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 179، خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين، ص 156.

المقصود بذلك هو الإنفاق على شؤون الزوجية، وتربية الأولاد والقيام على مستقبلهم، وهذا غرض يختلف كل الاختلاف عن أغراض الشركة<sup>1</sup>.

والشركة العادية يحدد طرفاها الإدارة والتصرف بحرية تامة بخلاف الاشتراك المالي بين الزوجين فإن القانون هو الذي يحدد سلطات الزوجين<sup>2</sup>، بالإضافة إلى وقت انحلال الاشتراك<sup>3</sup>، حيث نجد أن القانون يحدد الحالات التي ينتهي فيها الاشتراك، أما الشركة العادية فانتهائها يحدده الشركاء<sup>4</sup>، فنقول إن انحلال الاشتراك يخضع للقانون، أما انحلال الشركة العادية فيخضع لاتفاق الشركاء، لذلك فإن قياس الاشتراك المالي بين الزوجين على عقد الشركة غير صحيح.

وفي سبيل تحديد طبيعة الاشتراك المالي ذهبت دار الافتاء المصرية إلى جعل هذا الاشتراك من ضمن العقود المستحدثة التي لا تستظل بأصل فقهي فقالت: "الاشتراك المالي بين الزوجين معاملة حديثة وعقد جديد بدأ في الانتشار والانتقال إلى المجتمع الاسلامي من تعاملات غير المسلمين، القائمة على مبدأ ديني يقوم عندهم على أساس أبدية الحياة الزوجية... ولا نستطيع أن نجعل هذا العقد مستظلاً بأصل فقهي من الأصول الموروثة، ولا أن نرجعه إلى العقود المسماة كالشركة أو الهبة أو الوكالة أو غير ذلك، وهذا يضطرنا في ظل بحث الفقيه عن استقرار المجتمع وتصحيح معاملاته قدر الامكان أن نقول برأي المميزين لاستحداث عقود جديدة غير المسماة، تكون مرجعيتها هي المقاصد العامة للشريعة التي ترمي إلى حفظ المال والبعد عن الضرر والظلم وعدم الاضرار بالغير، وحفظ الحقوق وأداء الواجبات..."<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 179.

<sup>2</sup> سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، 1303/3.

<sup>3</sup> للاطلاع على الأحكام المتعلقة بانحلال الاشتراك المالي بين الزوجين راجع المطلب الثالث من هذا البحث ص 365.

<sup>4</sup> سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، 1303/3.

<sup>5</sup> راجع: حكم الاشتراك المالي بين الزوجين، موقع موسوعة الفتاوى، [www.fatawa.com](http://www.fatawa.com)، تاريخ الاطلاع:

2019/07/02.

وبمناسبة الحديث عن الضرر والاضرار بالغير في عقود الاشتراك المالي بين الزوجين، نجد من الفقهاء من ذهب إلى عدم جواز مثل هذه العقود لأنها مليئة بالجهالة والضرر وضياع الحقوق المالية بسبب الخلط الفاحش في المنقولات والعقارات القديم منها والحديث مما يفضي إلى النزاع<sup>1</sup>.

ومعلوم أن كل جهالة أو غرر في العقد تؤدي إلى فسادها وفي ذلك الإمام السرخسي: "كل جهالة تفضي إلى المنازعة فهي مفسدة للعقد"<sup>2</sup>، وفي هذا السياق تشدد فقهاء الشافعية تجاه بعض أنواع الشركات كشركة الأعمال وشركة المفاوضة، وحكموا بطلانها بحجة الجهالة والغرر<sup>3</sup>.

ومن أمثلة الغرر البين في عقود الاشتراك المالي إمكان أن يشتمل الاشتراك كل أموال الزوجين بما في ذلك الوصايا والهبات والموارد التي يتلقاها الزوجان خلال حياتهما والتي نص عليها المشرع الفرنسي ضمن الاشتراك الكامل<sup>4</sup>، وأخذ بها المشرع التونسي من خلال جواز توسيع الاشتراك ليشمل كل الأملاك الزوجية<sup>5</sup>، وقد نص فقهاء الحنابلة أنه "إذا أدخل الشريكين في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو هبة أو ما يجده من لقطة وركاز<sup>6</sup> وغير ذلك، كما يلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش<sup>7</sup> وجناية وضممان غصب وقيمة متلف وغرامة ضمان وكفالة فحكمه عدم الجواز لما فيه من الغرر"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> خليفة هلي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين، ص 177.

<sup>2</sup> السرخسي، المبسوط، 131/12.

<sup>3</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 223/3، النووي، المجموع شرح المهذب، 74/14.

<sup>4</sup> راجع أحكام الاشتراك الكامل في القانون الفرنسي، ص 336.

<sup>5</sup> راجع الفصل 3/10 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

<sup>6</sup> الرّكاز: هو ما ركزه الله تعالى في الأرض من المعادن في حالتها الطبيعية وهو الكنز والمال المدفون قبل الاسلام (مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، 369/1).

<sup>7</sup> الأرش: يقصد به دية الجراحات (الفيومي، المصباح المنير، ص 12).

<sup>8</sup> ابن قدامة، المغني، 22/5، البهوتي، شرح منتهى الارادات، 232/2.

ومن بين الاشكالات التي يثيرها الاشتراك المالي وفق النظرة الغربية هو تعارضه مع مبدأ استقلال الذمة المالية لكلا الزوجين، كما أنها تتعارض مع تعدد الزوجات الذي تبيحه الشريعة الإسلامية، فما هو مصير الذمة إذا كان للزوج أربع زوجات؟<sup>1</sup>.

مما سبق نخلص إلى أن الاشتراك المالي بين الزوجين صنعة غربية يتوافق مع مبادئ الأسرة الغربية ولا يتماشى مع الأسرة المسلمة، خاصة ما تعلق بأبديّة الحياة الزوجية التي يؤمن بها الغرب، وفي سبيل تعزيز هذه الأبديّة وتقويتها شجّعوا الأزواج على اختيار الشراكة المالية ظناً منهم أنها تسهم في تحقيق هذه الغاية، والقول بهذا الكلام لا يعني أنه لا يمكن قبول الاشتراك المالي بين الزوجين في تشريعاتنا الوطنية وإنما يمكن قبوله بشروط تتوافق والنظرة الإسلامية، من خلال تخليصه من كل المؤاخذات التي سبق الإشارة إليها، أي قيام اشتراك وفق نظرة الإسلامية، وهو ما سنبحثه فيما يأتي:

### ثالثاً: صور الاشتراك المالي بين الزوجين في الفقه الإسلامي

حتى نكون أمام صورة مقبولة في الفقه الإسلامي من الاشتراك المالي بين الزوجين، ويجب أن يكون هناك اشتراكاً متفقاً مع قواعد الشركة في الفقه الإسلامي، وهو المبدأ الذي دافع عليه المجيزون لهذا النوع من الاشتراك<sup>2</sup>، من خلال إخضاع الشراكة المالية بين الزوجين للأحكام نفسها التي تطبق على الشركة لغير الأزواج، واحترام مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين، لذلك فإن صور الاشتراك المالي بين الزوجين ويكون حسب أنواع الشركات في الفقه الإسلامي وآراء العلماء فيها وهي:

<sup>1</sup> كان هذا رأي الدكتور عبد الناصر أبو البصل في فتوى له نقلها خليفة علي الكعبي (خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي، ص 169).

<sup>2</sup> ذكر الدكتور خليفة علي الكعبي أنه اتصل ببعض العلماء لاستفتائهم حول مشروعية الاشتراك المالي بين الزوجين وقد جاءت ردود بعض هؤلاء العلماء بمجيزة لهذا الاشتراك على أساس أنه عبارة عن شركة تخضع لما نص عليه الفقهاء في هذا الشأن، ومن بين الفقهاء الذين ذهبوا إلى هذا الرأي: الدكتور وهبه الزميلي، الدكتور محيي الدين القرّة داغي، الدكتور نوح علي سليمان القضاة، الدكتور أحمد بن عبد العزيز الحداد: وللاطلاع على هذه الفتاوى راجع ملحق البحث للدكتور خليفة الكعبي (راجع: خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين، ص 257-272).

1/ شركة العنان: شركة العنان<sup>1</sup> هي عقد يلزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يدفع كل واحد منهم حصة معينة في رأس المال لاستعماله في التجارة على أن يكون الربح بينهم على حسب نسبة يتفقون عليها<sup>2</sup>، وقد أجمع الفقهاء على جواز هذا النوع من الشركات<sup>3</sup>، ويكون نفاذ التصرفات في أموال الشركة بناءً على موافقة جميع الشركاء أو أن يعطى لكل شريك حق التصرف باسم الشركة، وفي هذه الحالة فإن المالكية يرون أن ذلك يؤدي إلى تحويل الشركة من عنان إلى مفاوضة<sup>4</sup>.

ويمكن تصور قيام شركة عنان بين الزوجين من خلال تقديم كل زوج رأس مال معين لتكوين شركة تجارية ونحو ذلك، وفي حالة قيام شركة العنان على النحو الذي ذكرناه، فإنه من بين المسائل التي اختلف فيها الفقهاء بشأن هذه الشركة ما تعلق بتقسيم الأرباح، فقال الحنفية إنه يمكن إقتسامها بالتساوي أو المفاضلة، لأن تقسيم الأرباح يكون بالاشتراط والاتفاق<sup>5</sup>، أما فقهاء المالكية فاشتروا أن يكون الربح تابع لرأس المال، فيكون بالتساوي إن تساوت رؤوس أموالهم، وبالتفاضل حسب نسبة رؤوس أموالهم إن تفاوتت رؤوس أموالهم، ولا يصح أن يشترط لأحد الشركاء في الربح زيادة على ما يوافق رأس ماله منه وإلا فسد العقد<sup>6</sup>، فتفسد شركات الأموال بين الزوجين القائمة على التساوي في تقسيم الأرباح دون مراعاة التساوي في المساهمة فيها وهو حال الاشتراك المالي في غالب الأنظمة.

2/ شركة المفاوضة: اختلف الفقهاء في حكم شركة المفاوضة، وهو اختلاف نابع من مفهومها وشروطها، فالحنفية يقولون إن تسمية هذا النوع من الشركة "مفاوضة" لاعتباره المساواة في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك، وقيل لأن كل واحد من الشريكين يفوض التصرف لصاحبه

<sup>1</sup> سميت بهذا الاسم لأنها من المعاينة وهي المعارضة، لأن كل واحد من الشريكين يعرض على شريكه بمثل ماله، وقيل أنها مأخوذة من عنان الدابة لأن عنان الدابة طاقتان متساويتان (ابن منظور، لسان العرب، 3140/35).

<sup>2</sup> عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1994م، 30/2، علي الحفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1430هـ/2009م، ص 42.

<sup>3</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 35/4، ابن قدامة، المغني، 13/5.

<sup>4</sup> الزرقاني، حاشية الزرقاني على مختصر خليل، 80/6.

<sup>5</sup> السرخسي، 156/11، الكاساني، بدائع الصنائع، 65/6.

<sup>6</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 36/4، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 228/3.

في كل حال<sup>1</sup>، وهو عند المالكية أن يفوض كل واحد من الشريكين لصاحبه حرية التصرف في رأس المال الشركة غيباً وحضوراً، بيعاً وشراءً وكراءً واكتراءً وضمانة وكفالة وتوكيلاً واستقراضاً وتبرعاً، وما فعله أحدهما من ذلك يلزم صاحبه<sup>2</sup>، لذلك فإن شركة المفاوضة قوامها إطلاق التصرف للشريكين دون التوقف على إذن الآخر، فإن خلت من إطلاق التصرف كانت شركة عنان، وحكمها الجواز لدى المذهبين وفق شروطها.

أما الحنابلة ففرقوا بين أن يكون التفويض متضمناً أن يكون لكل شريك حق البيع والشراء والمضاربة والتوكيل والمسافرة بالمال والارتهان والضمان إلا أن يدخل كسباً نادراً أو غرامة، وبين أن يدخل الشريكين في الشركة ما يحصل لكل واحد منهما من ميراث وهبة أو ما يجده من لقطة وركاز وغير ذلك، وكل ما يلزم من أرس وجناية و ضمان غصب وقيمة متلف وغرامة ضمان وكفالة، فالأولى صحيحة والثانية غير جائزة عند الحنابلة لما فيه من الغرر<sup>3</sup>.

أما مذهب الشافعية فهو عدم جواز شركة المفاوضة مطلقاً، وفيها نقل عن الشافعي قوله: "لا أعرف من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة"<sup>4</sup>.

وإسقاط أحكام شركة المفاوضة على الشراكة المالية للزوجين، يفيد إمكان تكييف بعض الشركات الزوجية على أنها شركة مفاوضة خاصة الاشتراكات التعاقدية التي تنص على تمثيل كل زوج للآخر في الإدارة والتسيير كما هو الشأن في الاشتراك التعاقدية الذي يقوم على الاتفاق بين الزوجين، وهو نفس النظام الذي يسمح بتوسيع الاشتراك إلى حد الغرر الذي نبه إليه فقهاء الحنابلة

<sup>1</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، 58/6.

<sup>2</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 37/4، الصاوي، حاشية الصاوي، 463/3، الخرشبي، شرح مختصر خليل، 43/6.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 22/5، البهوتي، شرح منتهى الارادات، 232/2.

<sup>4</sup> الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 223/3، النووي، المجموع شرح المهذب، 74/14.



بإمكانية توسيع الاشتراك ليشمل الميراث والوصايا التي يتلقاها الزوجان في حياتهما، وهو نظام يمكن تصوره حتى لدى المشرع التونسي عندما يتبنى الزوجان مبدأ الاشتراك الموسع<sup>1</sup>.

ومما سبق فإنني أرى أنه يجوز قيام شركة زوجية في هذا الإطار إذا كانت لا تتضمن شروطاً تدعو إلى حصول الغرر الذي لا تقبله الشريعة الإسلامية.

3/ شركة الأعمال (الأبدان): تسمى شركة الأعمال أو شركة الأبدان لأنها شراكة تعتمد على الجهد البدني للشركاء، وهي أن يشترك إثنان أو أكثر في عمل معين ويكون ما يكتسبانه مشتركاً بينهما بحسب الإتفاق، كأن يشترك طبيبان في فتح عيادة أو خياطان أو نجاران ونحو ذلك<sup>2</sup>.

وشركة الأعمال جائزة عند جمهور الفقهاء<sup>3</sup> من الحنفية والمالكية والحنابلة بناءً على حديث عبد الله بن مسعود حول اشتراكه مع سعد وعمار يوم بدر<sup>4</sup> وإجماع الناس على التعامل بها في سائر الأمصار، والقياس على شركة المضاربة التي تنعقد بالعمل، وهذا الرأي يرححه بعض الفقهاء المحدثين<sup>5</sup>.

وقال فقهاء الشافعية والظاهرية بعدم جوازها لأن الشركة تقوم على اختلاط الأموال والاختلاط لا يتحقق في الأعمال، وأنها تفضي إلى الغرر وإلى أكل المال بالباطل<sup>6</sup>، واشترط المالكية في شركة الأعمال اتحاد الصنعة كأن يكون الشريكين مهندسين أو طبيين ونحو ذلك واتحاد المكان وحصول التعاون بينهما ولم يشترط الحنفية والحنابلة ذلك.

<sup>1</sup> جاء في الفصل 3/10 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين: "يمكن للزوجين إن صرحا بذلك في العقد، اعتبار الاشتراك شاملاً للعقارات التي تم اكتسابها بداية من عقد الزواج كما يمكنهما الاتفاق على جعل الاشتراك شاملاً لجميع عقاراتهما بما في ذلك تلك المكتسبة ملكيتها قبل الزواج وتلك المتأتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية".

<sup>2</sup> عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية، 35/2.

<sup>3</sup> السرخسي، السيوط، 151/11، ابن رشد، بداية المجتهد، 38/4، ابن قدامة المغني، 04/5.

<sup>4</sup> عن عبد الله بن مسعود قال: "اشتركت أنا وسعد وعمار يوم بدر فيما نُصيب فلم أجدني أنا ولا عمار بشيء، وجاء سعد برجلين" رواه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب الشركة المضاربة، رقم 2288، 768/2 وهذا الحديث وضعه الألباني (الألباني، إرواء الغليل، 295/5).

<sup>5</sup> عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية، 41/2.

<sup>6</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، 479/6، ابن حزم، المحلى بالآثار، 413/6.

وافترض قيام الشراكة بين الزوجين في الأعمال واقع بشدة في وقتنا الحاضر خاصة عندما يكون الزوجان موظفان لدى الدولة فيشتركان في راتبهما الشهري، حكم هذه الشركة الجواز عملاً بمذهب الحنفية والحنابلة .

4/ شركة المضاربة: المضاربة أو القراض أو المعاملة هي عقد على شركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر على أن يكون الربح بينهما، أما الخسارة فهي على رب المال وحده، ولا يتحمل العامل المضارب من الخسران شيئاً وإنما يخسر عمله وجهده، وهي شركة جائزة بأدلة وشواهد من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والاجماع والقياس، لذلك يمكن قيام شراكة بين الزوجين على أن يكون أحدهما مالكاً للمال والآخر قائماً بالعمل والجهد، كأن يكون المال من الزوجة والاتجار به من قبل الزوج.

### المطلب الثالث: أحكام الاشتراك المالي بين الزوجين

نتناول تحت هذا العنوان كيفية تسيير وإدارة أموال الاشتراك والأحكام المتعلقة بانقضاء هذا النظام من خلال الحالات التي تستدعي ذلك وكيفيات التقسيم والإدارة في فترة الأزمة لذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: إدارة وتسيير أموال الاشتراك.

الفرع الثاني: انقضاء الاشتراك المالي بين الزوجين.

#### الفرع الأول: إدارة وتسيير أموال الاشتراك

وفيه أبدأ باستعراض الأحكام المتعلقة بالتسيير و الإدارة لهذه الأموال وفق القانون الفرنسي ثم القانون التونسي.

#### البند الأول: إدارة وتسيير أموال الاشتراك في القانون الفرنسي

ينبغي أولاً قبل الخوض في مسألة التسيير والإدارة للأموال وفق القانون الحالي أن أنبه إلى أن القانون المدني خضع لتطور كبير في هذه المسألة بالتحديد، خاصة التعديلات التي جاء بها قانون 23 ديسمبر 1985، ففي السابق كان الزوج هو المسؤول عن إدارة أملاكه والأملاك المشتركة، بحيث تكون له السلطة المطلقة كمالك حقيقي، ولا يجوز منعه من إدارة هذه الأموال ولو بشرط في عقد المشاركة المالية للزوجين وهو غير مسؤول عن الإدارة السيئة أو الإسراف والتبذير الذي يمارسه على هذه الأموال<sup>1</sup>.

ومن خلال التعديل الذي أقره المشرع سنة 1985، فإنه أسس لمبدأ المساواة بين الزوجين في تسيير الأموال المشتركة، وفيما يلي أتعرض إلى كيفية إدارة الأموال المشتركة ثم الأموال الخاصة.

<sup>1</sup> سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، 1318/3، حسن بغدادي، نظام الأموال بين الزوجين، ص 192-193.

## أولاً: تسيير الأموال المشتركة

يمكن أن تخضع الأموال المشتركة إلى ثلاثة أنواع من التسيير هي: مبدأ الإدارة المنفردة، مبدأ الإدارة الحصرية، ومبدأ الإدارة المشتركة (الثنائية).

في ما يلي أناقش الحالات الثلاث.

1/ الإدارة المنفردة للمشارك: أقر القانون مبدأً عاماً في إدارة الأموال المشتركة أرسته المادة 1/1421، وفيه أن لكلا الزوجين سلطة إدارة الأموال المشتركة، بناءً على مبدأ الثقة المتبادلة بينهما والعمل لصالح تنمية هذه الأموال، لذلك فإن المبدأ الأساس في تسيير المشارك هو حرية التصرفات التي يجريها كل زوج<sup>1</sup>، وفي مقابل هذه الحرية يكون الزوج مسؤولاً عن الأخطاء التي يرتكبها، أما إذا كان هناك غش فإنه يكون محل معارضة من شريكه فيجعله موضع مساءلة أو يعيق تنفيذ تصرفاته<sup>2</sup>.

وتسيير المال المشترك في ظل هذه السلطات الواسعة يجب أن يكون له حالات خاصة تشكل استثناءً على المبدأ المذكور، وتتعلق أولى هذه الحالات بما جاء في المادة 1423 التي نصت على أن كل زوج تكون وصاياه في المال المشترك لا تتعدى حصته من المال، وهو عمل تبرعي لا يتم تنفيذه إلا بعد وفاة الموصي، لذلك فإن تنفيذها يكون بعد انحلال الاشتراك وتصفيته.

أما الحالة الثانية فهي مستمدة من المادة 1832 مكرر<sup>2</sup>، التي تمنع استخدام الأملاك المشتركة من طرف أحد الزوجين للمساهمة في شراكة أو الحصول على أسهم غير قابلة للتداول دون علم الزوج الآخر، وتسري هذه الأحكام فقط بالنسبة للمشاركات التي تكون أسهمها غير قابلة

<sup>1</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p193, Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p97.

<sup>2</sup> المادة 1/1421 من القانون المدني الفرنسي:

" Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer , sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre... "

للتداول<sup>1</sup>، ويضاف إلى ذلك التصرفات الخطيرة التي تشترط علم الزوج القرين والتي تتطلب موافقة الزوجين معاً، والتي سأتناولها بمناسبة الحديث عن الإدارة الثنائية للمال المشترك.

**2/ الإدارة الحصرية:** يقصد بالإدارة الحصرية استئثار أحد الزوجين بالإدارة والتصرف في مال مشترك دون الزوج الآخر، ومن خلال ما نص عليه المشرع الفرنسي فإنه حدد حالتين للإدارة الحصرية للمال المشترك وتمثل في:

**أ/ الإدارة الحصرية لأداء الأعمال اللازمة للمهنة:** هذه السلطة نص عليها القانون المدني الفرنسي في المادة 2/1421<sup>2</sup>، والتي تعتبر أن الزوج الذي يمارس مهنة منفصلة يكون هو الوحيد الذي يختص بأعمال الإدارة والتصرف اللازمة، والتي تندرج ضمن الحرية والاستقلالية عبر ترسيخ مبدأ عدم تدخل أحد الزوجين في النشاط المهني لزوجه<sup>3</sup>، وأي تدخل من طرفه يعد تجاوزاً للسلطة وفق أحكام المادة 1427، ولتطبيق أحكام المادة 2/1421 يشترط أن لا يكون الزوجان يمارسان نفس المهنة<sup>4</sup>.

**ب/ الإدارة الحصرية للمال المشترك بحكم قضائي:** وتحقق هذه الإدارة عند إخلال أحد الزوجين بواجباته المتعلقة بمبدأ حسن التصرف عند إدارة الأموال بشكل دائم أو أن إدارته غير كفاءة أو يستخدم طرق احتيالية، ففي هذه الحالة للزوج الآخر أن يقاضيه ويمكن الحكم بالاستعاضة عنه في تسيير المشترك، أو أعمال أحكام المواد 1445 من القانون المتعلقة بالفصل بين الممتلكات، وهذا ما نصت عليه المادة 1426 من القانون.

**3/ الإدارة الثنائية للمال المشترك:** استثنى القانون الفرنسي بعض التصرفات من التسيير الفردي واشترط فيها التسيير الثنائي للزوجين من خلال اشتراط موافقة الزوجين معا على هذه

<sup>1</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux p128.

<sup>2</sup> المادة 2/1421 من القانون المدني الفرنسي:

"L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci"

<sup>3</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux., p186.

<sup>4</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p98.

التصرفات، وليس لأحدهما أن ينفرد بمثل هذه التصرفات دون موافقة الطرف الآخر<sup>1</sup>، وفي ما يأتي أبين هذه الحالات، والجزاءات المترتبة عليها في حالة إهمال موافقة أحد الزوجين.

أ/ حالات التسيير المشترك: وتكون في صورتين هما:

1- التبرع بالمال المشترك: نصت المادة 1422 على اشتراط حصول التصرفات التبرعية من المال المشترك للزوجين التي يقوم بها أحد الزوجين على موافقة الزوج الآخر، ويستثنى من هذه التبرعات الهدايا العرفية والتبرعات ذات القيمة الضئيلة وغير المهمة<sup>2</sup>، فيتم فيها الاكتفاء بحصول التصرف من أحد الزوجين.

2- العقود المكلفة بنص القانون: تحدثت عنها المادتان 1424 و 1425، وحددت حالات الإدارة المشتركة التي تستلزم موافقة الزوجين، بالإضافة إلى نص المادة 02 من قانون 10 جويلية 1982 المتضمن قانون المناطق الريفية.

فنجد أن المادة 1424 تنص على ضرورة إبرام هذه التصرفات من قبل الزوجين معاً، أو من قبل أحدهما وموافقة الآخر عندما يتعلق الأمر بتصرف قد يترتب عنه إهمال أو مخاطرة بحقوق عقارية أو محلات تجارية، واستغلال ممتلكات اجتماعية غير قابلة للتداول خاضعة للاشتراك بين الزوجين<sup>3</sup>.

ومن العقود المعنية هنا البيع والتبادل والمساهمة في شركه، ويشكل عام فإن هذه العقود تدخل ضمن:

- العقود التي تمنح الحق للتواصل مع طرف ثالث.

- العقود التي تؤدي إلى حذف الحقوق أو التخلي عنها بالنسبة للمشارك.

<sup>1</sup> Annie Lamboley, Marie hélène, Laurens Lamboley, Droit des régimes matrimoniaux, p141.

<sup>2</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p100.

<sup>3</sup> المادة 1424 من القانون المدني الفرنسي.

وقد أضافت المادة 1425 حالة أخرى وهي أنه لا يمكن لأحد الزوجين دون الآخر تأجير أرض ريفية أو محل تجاري أو صناعي أو حرفي.

ب/ الجزاءات المترتبة: إذا أساء أحد الزوجين التصرف وفق ما ورد سابقاً بأن تجاوز صلاحياته أو كان مذنباً باستخدامه طرقاً احتيالية، جاز للقرين وفق أحكام المادة 1427 طلب إبطال تصرفه، على أن يمارس هذا الحق خلال مدة سنتين من العلم بهذا التصرف.

ونظام البطلان ليس العقوبة الوحيدة الممكنة إذ يمكن اللجوء إلى أحكام المواد 220 مكرر1، 220 مكرر2، 220 مكرر3، المتعلقة بالتدابير الاستعجالية الخاصة بمثل هذه الحالات قصد حماية الأموال المشتركة، بالإضافة إلى أحكام المادة 1426 المتعلقة برفع يد الزوج عن الإدارة والتصرف في الأموال المشتركة دون استبعاد مسؤولية الزوج المخالف حسب المادة 1/1421، لذلك فإن الجزاء المترتب عن إخلال الزوج بمسؤوليته عند إدارة الأموال المشتركة والتصرف فيها تأخذ طابعين هما البطلان أو عدم تنفيذ العقد:

### 1- البطلان عقوبة الخطأ في التصرف: عندما يقوم أحد الزوجين بمفرده بفعل لا يملك الحق

في القيام به أو يتجاوز صلاحياته فإن العقوبة المتكبد هي البطلان، وهو الحال أيضاً عندما يقوم أحد الزوجين بتصرف من اختصاص الزوج الآخر لكونه يدخل ضمن السلطة الحصرية لهذا الزوج باعتبار المهنة<sup>1</sup>، أو عندما يقوم بتصرف يستلزم موافقة الزوج الآخر.

والبطلان في مثل هذه الحالات بطلان نسبي قد يمارسه الزوجان المعنيان خلال مدة سنتين من العلم بالتصرف القانوني، ولا يمكن للطرف الثالث طلب ضمان في ذلك<sup>2</sup>.

### 2- عدم التنفيذ عقوبة للاحتيال: أشار القانون المدني الفرنسي إلى الاحتيال وسوء النية في

تسيير الأموال المشتركة في المواد 1413، 1421، 1426، دون أن ينص على عقوبتها بوضوح، وعلى الرغم من ذلك فإن مثل هذه التصرفات التي يقوم بها أحد الزوجين قد تعرض

<sup>1</sup> المادة 2/1421 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> راجع المواد 1422، 1424، 1425 من القانون المدني الفرنسي.

تصرفه للبطلان وعدم التنفيذ، خاصة إذا كان هذا الاحتيال موجه لانتهاك حقوق الزوج الآخر أو المال المشترك، وفي مثل هذه الحالات يمكن تطبيق عقوبة التعويض للطرف الثالث إذا كان حسن النية<sup>1</sup>.

أما عن مسؤولية الزوج في حالة وقوعه في خطأ فتتنص المادة 1421 على أن الزوج قد يكون مسؤولاً عن كل خطأ يرتكبه بمناسبة إدارته للمال المشترك ويتوجب عليه تحمل الأضرار التي يرتكبها والتعويض عنها، وهذه من قواعد المسؤولية.

### ثانياً: إدارة وتسيير الأموال الخاصة

وفيه أتطرق إلى القواعد العامة التي يمكن أن تدار بها الأموال الخاصة للزوجين، ثم الاستثناءات الواردة التي تكون بسبب حالات خاصة:

**1/ قواعد إدارة الأموال الخاصة:** وتكون هذه الإدارة من طرف المالك أو من قبل زوجه وتكون الإدارة بناء على تدخل قضائي.

**أ/ إدارة الأموال الخاصة من قبل المالك:** الوضع الطبيعي أن ينفرد كل شخص بأعمال الإدارة والتصرف في أمواله الخاصة بكل حرية، دون تدخل من الزوج، وهو وضع أكدته المادة 1428 من القانون المدني الفرنسي، والتي نصت على أن لكل زوج أن يتمتع بأمواله الخاصة ويتصرف فيها بكل حرية.

والواضح من هذا النص أن الأصل العام عدم جواز تدخل أحد الزوجين في إدارة وتسيير الزوج الآخر إلا أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات.

**ب/ تدخل الزوج في إدارة الأموال الخاصة لزوجه:** ويمكن أن يكون تدخل الزوج بناءً على توكيل صريح أو ضمني، ويكون التدخل بناءً على توكيل صريح من الزوج الآخر، سواء كان هذا

<sup>1</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p142.



التوكيل متعلقاً بكل أمواله أو بعضها، ويجوز الرجوع عن هذا التوكيل من قبل الزوج الموكل في أي لحظة<sup>1</sup>.

أما الوكالة ضمنية عندما يتولى أحد الزوجين إدارة أملاك زوجه بمعرفة هذا الأخير، ودون معارضة من جانبه، وفي هذه الحالة يكون مسؤولاً عن المداخل الضائعة والمهملة من قبله وفقاً لما جاء في المادة 1432 من القانون المدني.

**ج/ التدخل القضائي في إدارة الأموال الخاصة:** إذا كانت الأموال الخاصة لأحد الزوجين عرضة لسوء التسيير فإنه يمكن اللجوء إلى القضاء لحمايتها، لأن في ذلك حماية لمصالح الأسرة كذلك<sup>2</sup>، يكون ذلك وفق المادة 220 مكرر<sup>1</sup> التي تسمح باتخاذ تدابير استعجالية لحماية الملكية، ووفق المادة 1429 من القانون المدني<sup>3</sup> التي حددت الحالات التي يمكن من خلالها أن يطلب أحد الزوجين من القضاء منع زوجه من إدارة أمواله والتصرف فيها والآثار المترتبة عن ذلك.

#### 1- حالات التدخل القضائي: حسب ما جاء في المادة 1429 فإن التدخل القضائي لمنع الزوج

المالك من إدارة أملاكه والتصرف فيها بحرية يكون بناء على عجزه وبشكل دائم في التعبير عن إرادته، أو أن يكون هناك تعريض مصالح الأسرة للخطر، سواء بتبديد أمواله الخاصة أو تبديد المداخل والثمار المتأتية منها، لذلك جاز التدخل برفع يد المالك عن التصرف في أمواله.

#### 2- الآثار المترتبة عن التدخل القضائي: إذا ثبت عجز الزوج المالك الدائم في التعبير عن

إرادته أو تعريض مصالح الأسرة للخطر، فإنه يحكم بنقل سلطة الزوج المالك في أمواله إلى زوجه أو إلى متصرف قضائي إذا كان ذلك ضرورياً، كما لو كان الزوج المالك يمارس نشاطاً

<sup>1</sup> المادة 1431 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p109.

<sup>3</sup> المادة 1429 من القانون المدني الفرنسي.

يتطلب مهارات لا يتقنها زوجها<sup>1</sup>، وتكون سلطات الزوج المتدخل أو المتصرف القضائي محصورة في إدارة هذه الأموال فقط دون التصرف فيها.

### البند الثاني: إدارة وتسيير الأموال المشتركة في القانون التونسي

يبدو تأثر المشرع التونسي واضحاً في تسيير وإدارة الأموال المشتركة بما هو عليه الحال في القانون الفرنسي ويظهر ذلك من خلال التأكيد على حق الإدارة المنفردة لكلا الزوجين وغل يد الزوج الذي يسيء الإدارة أو يُعَرِّض المشترك للخطر، وكذلك الإدارة الثنائية للمال المشترك في حالة العقود المهمة والمصيرية للمال المشترك وكذلك عقود التبرع.

### أولاً: الإدارة المنفردة للمال المشترك

1/ مجال الإدارة المنفردة للمال المشترك: اعتمد المشرع التونسي على مبدأ المساواة بين الزوجين في أعمال الإدارة والحفظ للمال المشترك، فأعطى هذه السلطة لكلا الزوجين على قدم المساواة، هذا الحكم أقره القانون التونسي من خلال الفصل 16 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، لذلك فإن أي تصرف يقوم به أحد الزوجين يكون نافذاً في حق الزوج الآخر حتى ولو كان ليس طرفاً فيه<sup>2</sup> أو دون علمه، تأسيساً بالمشرع الفرنسي عندما قرر هذا الحق في المادة 1421 من القانون المدني.

والأعمال التي يستطيع كلا الزوجين القيام بها بصفة منفردة هي الأعمال الرامية إلى حفظ الأملاك المشتركة وإدارتها والانتفاع بها، والقيام بجميع الأعمال النافعة التحسينية، إلا أن هذا الوضع الذي أوجده المشرع يثير إشكالاً لم يُجِبْ عليه المشرع، وهو متعلق بإمكانية تعارض هذه الأعمال التي يقوم بها الزوجان، لذلك فإنني أتساءل في هذا الجانب حول إمكانية قيام كلا الزوجين بأعمال متعلقة بحفظ العقار وإدارته في آن واحد إلا أن أهدافها وغاياتها متعارضة فكيف يتم حل هذا الإشكال؟ فالوضع شبيه بالسفينة التي يقودها ربانان أحدهما يوجهها للمشرق والثاني يوجهها

<sup>1</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux , p140.

<sup>2</sup> شيماء التليلي، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين ص 164.

لمغرب، والمشرع لم يضع حلاً لهذا الإشكال واقتصر اهتمامه بحالة سوء الإدارة وتبديد المشترك التي قد يقوم بها أحد الزوجين في تسيير المال المشترك.

والحقيقة التي يجب أن لا تغيب عنا ونحن نناقش مسألة الإدارة المشتركة أن تعارض إرادة الزوجين عند تسيير المشترك واقع لا محالة طال الزمان أو قصر، وأن اللجوء للقضاء لحل النزاع لا يحل المشكلة إلا في حدود معينة فقط، كما أن سوء النية التي يبديها أحد الزوجين في إدارته للمال المشترك يصعب إثباتها في كثير من الأحيان، لذلك فإن إدارة المال المشترك يظل من بين أهم العقبات التي تعترض نظام الاشتراك المالي وتهدده بالفشل.

## 2/ حدود الإدارة المنفردة للمشارك: بما أن صلاحية إدارة الأموال المشتركة منحت لكلا

الزوجين في إطار إدارة الملك المشترك والمحافظة عليه، فإن إخفاق أحد الزوجين في هذه المهمة أو تعريض هذا المال المشترك للخطر من خلال سوء التصرف أو التبديد، يتيح للطرف الآخر رفع الأمر للقضاء والمطالبة برفع يد هذا الزوج ومنعه من الإدارة، وهذا ما قرره القانون في الفقرة الثانية من المادة 16<sup>1</sup> وهو موقف شبيه بما قرره المشرع الفرنسي<sup>2</sup>.

وتأخذ إجراءات رفع يد الزوج سيء الإدارة أو المبدد للأموال طابع الاستعجال تفادياً للإضرار بالملك المشترك، ولم يُحمّل القانون التونسي هذا الزوج المسؤولية في الإضرار اللاحقة بالملك المشترك واكتفى بتحميله مسؤولية تلك الأعمال لوحده دون شريكه<sup>3</sup>، غير أنه وبالرجوع إلى أحكام الفصل 26 فإنه في حالة تصفية المشترك وكانت قيمة الديون تجاوزت قيمة المشترك وكان أحد الزوجين قد تسبب في نشوء جملة الدين أو بعضه بتقصيره أو تدليس، فلصاحبه الرجوع عليه بما لا يلزمه.

<sup>1</sup> الفقرة الثانية من الفصل 16 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين: "...غير أنه يجوز لكل واحد منها أن يصدر حكماً استعجالياً قاضياً برفع يد قرينه موقفاً عن الإدارة من ثبت سوء تصرفه أو تبديده..."

<sup>2</sup> المادة 1426 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> الفقرة الثالثة من الفصل 16 من القانون المذكور: "...وليس على الزوج القائم بتلك الأعمال أن يحاسب قرينه على ما قام به..."

ويكون رفع اليد لمدة زمنية محددة وبعدها يسترجع هذا الزوج سلطاته، إلا أن المشرع لم يحدد مفهوم رفع اليد المؤقت، فهل يكون هذا التحديد جزافياً يمتنع من خلاله مباشرة أعمال الإدارة ثم يستعيدها بنهاية هذه المدة؟ كما لم يحدد الجزء المترتب على الزوج الذي حكم عليه برفع اليد ولم يمثل للحكم، وإذا كان رفع اليد ليس إلا إجراءً وقتياً لمواجهة سوء تصرف الزوج ولا يمكن أن يكون متواصلاً<sup>1</sup>، فإنه يجوز أيضاً للزوج المتضرر أن يطلب من المحكمة الحكم بإنهاء حالة الاشتراك.

### ثانياً: التصرف الثنائي في المال المشترك

نظراً لأهمية بعض التصرفات التي ترد على الملك المشترك وخطورتها على الذمة المالية للمشارك، اشترط المشرع رضا الزوجين، وهو ما ورد في الفصل 17 من قانون الاشتراك في الأملاك التونسي، لذلك كان حرياً بنا بيان مجال هذه التصرفات وحدودها.

#### 1/ مجال التصرف الثنائي في الملك المشترك: أوجب المشرع التونسي على غرار ما هو

عليه لدى العديد من القوانين المقارنة وأخص بالذكر هنا القانون الفرنسي في المواد 1422 و1424 و1425 رضا الزوجين بالنسبة للتصرفات التي لها تأثير مباشر على الحقوق الواردة على الملك المشترك، لأنها تفرض انتقال حق من هذه الحقوق المشتركة إلى الغير، سواء كان ذلك بمقابل أو بدونه.

ويدخل في مجال التصرفات التي تقتضي الرضا الثنائي للزوجين ما ذكره المشرع التونسي في الفصل 1/17 من القانون<sup>2</sup>، والتي من بينها التفويت في المشترك كالبيع ونحوه، والحقوق الواردة عليه كالهون، وعقود الكراء التي تتجاوز مدتها ثلاث سنوات، أو تجديد الكراء مما يجعل مدة الكراء تتجاوز ثلاث سنوات.

<sup>1</sup> نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 99.

<sup>2</sup> الفقرة 1 من الفصل 17: "لا يصح التفويت في المشترك ولا إنشاء الحقوق العينية عليه ولا كراؤه للغير لمدة تفوق الثلاثة أعوام ولا تجديد كرائه مما يجعل مجمل مدة الكراء يتجاوز الثلاثة أعوام إلا برضا كلا الزوجين...".

وقد احتاط المشرع لإمكانية تعذر الحصول على موافقة أحد الزوجين، أو أنه ثبت عليه سوء تصرفه أو تبديده، فقد يسعى إلى عرقلة مثل هذه التصرفات خدمة لسوء نيته، بأن يسمح لقرينه باستصدار حكم استعجالي للإذن له بإجراء أحد الأعمال المذكورة في الفقرة الأولى من الفصل 17 دون توقف على رضاه .

ومن التصرفات التي يشترط فيها موافقة الزوجين التصرفات التبرعية، وقد أوردتها المشرع في الفقرة الثالثة من الفصل المذكور<sup>1</sup>، إلا أنه فصلها عن التصرفات التي ذكرها في الفقرة الأولى، بما يفيد أن الإذن القضائي الذي ذكره في الفقرة الثانية خاص بالتصرفات المذكورة في الفقرة الأولى فقط، ولا يدخل التبرع ضمن التصرفات التي يشترط فيها موافقة الزوجين، ولا يجوز اتخاذها عن طريق إذن قضائي<sup>2</sup>.

ولم يوضح المشرع التونسي هل يجب أن يكون الرضا صريحاً، أم أنه يكفي أن يكون ضمناً وهل يجب أن يكون التعبير عن الرضا بصفة سابقة عن التصرف أم يكفي أن يكون بصفة لاحقة خاصة وأن الاكتفاء بالموافقة الضمنية أو الموافقة اللاحقة قد يثير شبهة استئثار أحد الزوجين بسلطة التصرف<sup>3</sup>، ويبدو سكوت المشرع هنا يفيد إمكانية العمل بالموافقة الضمنية والموافقة اللاحقة للتصرف متأثراً بالمشرع الفرنسي من جهة، ونظراً لطبيعة العلاقة الزوجية، التي تفترض التفاهم بين الزوجين<sup>4</sup>، والعمل من أجل تحقيق مصلحة الأسرة.

وفي حالة استئثار أحد الزوجين بسلطة التصرف والإساءة فيه، فإنه للقرين أن يطلب إبطالها مع تحميل هذا الزوج مسؤولية التصرف، ولكن على الرغم من ذلك كان على المشرع التونسي أن يبين ذلك بشكل صريح خاصة وأن استقرار المعاملات يتطلب ربط حق الزوج الراغب في إبطال

<sup>1</sup> الفقرة 03 من الفصل 17: "...ولا يصح التبرع بالمشترك أو بشيء منه إلا برضا كلا الزوجين".

<sup>2</sup> نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 102.

<sup>3</sup> شيماء التليلي، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين، ص 188.

<sup>4</sup> نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 106، شيماء التليلي، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين، ص 198.

تصرفات قرينه لعدم الموافقة بمدة زمنية معينة كما فعل المشرع الفرنسي بأن جعله في حدود سنتين من تاريخ العلم بالتصرف<sup>1</sup>.

**2/ حدود التسيير الثنائي للملك المشترك:** الأصل في التصرفات الواقعة على الملك المشترك أن تكون باتفاق الزوجين مادامت إرادة الزوجين تسعى لتحقيق مصلحة العائلة، إلا أن توافق الإرادتين قد تعثره عوامل تجعل من وقوعها متعذراً أو صعباً، مما قد يؤثر على مصلحة العائلة في تنمية الملك المشترك والتصرف فيه، لذلك فإنه لحماية أملاك الأسرة يقتضي الأمر عدم انتظار موافقة القرين وطرح الأمر على القضاء الاستعجالي في هذه الحالة، وهو ما اهتدى إليه المشرع التونسي من خلال الفقرة الثانية من الفصل 17 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

ومن بين الحالات التي تقتضي استصدار حكم استعجالي للإذن بالقيام بتصرف قانوني الأصل فيه الموافقة الثنائية حالة تعذر التصريح بالإرادة من قبل أحد الزوجين، ويكون ذلك لأسباب متعددة كحالة الغياب وحالة الحجر، وكذلك قضاء عقوبة السجن<sup>2</sup>، كما يمكن أن يكون السبب متعلق بامتناع أحد الزوجين عن إجراء التصرف نكاهة في قرينه، أو قصد الإضرار بمصلحة العائلة خصوصاً إذا كانت هناك مشاكل زوجية<sup>3</sup>، وقد ذكرها المشرع الفرنسي في المادة 217، ويكون مبرراً اللجوء إلى القضاء الاستعجالي في حالة ثبوت سوء تصرف أحد الزوجين.

وعلى العموم فإن اللجوء إلى القضاء الاستعجالي بمناسبة إبرام تصرفات قانونية خاصة بالأملاك المشتركة للزوجين هو استثناء دعت إليه الضرورة المتعلقة بالمحافظة على المال المشترك، نظراً لعدم إمكان الحصول على الموافقة الثنائية للزوجين على هذه التصرفات.

وفي الأخير فإنه ينبغي الإشارة إلى أنه في حالة عدم التزام أحد الزوجين بالشروط الوارد ذكرها في الفصل 17 المتعلق بالتصرف الثنائي في المشترك أو اللجوء إلى القضاء الاستعجالي إن تطلب الأمر

<sup>1</sup> المادة 1427 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> شيماء التليبي، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين، ص 206.

<sup>3</sup> رشيد ناجي، إدارة الأملاك المشتركة والتصرف فيها، أعمال ملتقى جهوي بعنوان نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، محكمة الاستئناف بقابس، تونس، 23/01/1999، ص 29.

ذلك فإن هذا التصرف يكون قابلاً للإبطال وهو نستشفه من العبارات المستعملة بنص الفصل المذكور، كقوله: "لا يصح التفويت في المشترك ولا إنشاء الحقوق العينية عليه..." وقوله: "...ولا يصح التبرع بالمشترك..."، وهي عبارات تفيد البطلان النسبي ولا تفيد البطلان المطلق، والتي عادة ما يستخدم فيها المشرع عبارة "يقع باطلاً" ونحو ذلك<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: انقضاء الاشتراك المالي

انقضاء الاشتراك نتيجة طبيعية ينتهي إليها الاشتراك بتحقيق محل الاشتراك، يأتي بعدها مرحلة تصفية الاشتراك ثم قسمته.

### البند الأول: انحلال الاشتراك المالي

وفيه أعالج أسباب انحلال الاشتراك والآثار المترتبة عنه

#### أولاً: أسباب انحلال نظام الاشتراك المالي

هناك عدة أسباب تؤدي إلى توقيف العمل بنظام الاشتراك المالي القائم بين الزوجين، وهي أسباب متشابهة إلى حد بعيد إذا أجرينا مقارنة بين التشريعين الفرنسي والتونسي، لذلك سأقوم بدراسة هذه الأسباب بالحديث عما قرره التشريعان في آن واحد تفادياً للتكرار.

وما يميز حالات حل الاشتراك هو إمكانية تقسيمها إلى صنفين، الصنف الأول متعلق بانتهاء الرابطة الزوجية، وأما الثاني ففيه ينتهي الاشتراك مع بقاء الرابطة الزوجية.

#### 1/ حل الاشتراك نتيجة لحل الزواج

يتحقق حل الاشتراك المالي بين الزوجين نتيجة لانتهاء العلاقة الزوجية وفقاً لما جاء في المادة 1441 من القانون المدني الفرنسي، وأعلن عنه المشرع التونسي في الفصل 18 من القانون المنظم للاشتراك في الأملاك بين الزوجين وتمثل حالات انتهاء العلاقة الزوجية في:

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص 31.

أ/ وفاة أحد الزوجين أو فقدان أحدهما: ففي كلتا الحالتين تنتهي الرابطة الزوجية وينتهي عقد الاشتراك، ومع ذلك فإن الاشتراك لا ينتهي بمجرد الوفاة أو الفقد<sup>1</sup>، بل تظل حالة الاشتراك قائمة حتى تتم تصفية الأملاك المشتركة<sup>2</sup>.

ب/ الطلاق: الطلاق بين الزوجين يعبر على عدم التوافق بين الزوجين الذي يؤدي إلى تفكيك الرابطة الزوجية، ولا جدوى من بقاء الاشتراك المالي في هذه الحالة.

ج/ بطلان الزواج: على الرغم أن النصوص القانونية لم تتطرق لهذه الحالة إلا أن الفقه يجعل منها أحد الحالات التي ينقض بها الاشتراك المالي بين الزوجين، لأن الاشتراك لا يقوم إلا بقيام علاقة زوجية صحيحة<sup>3</sup>.

## 2/ حل الاشتراك دون حل للرابطة الزوجية

هي حالات أشارت لها المادة 1441 من القانون المدني الفرنسي والفصل 18 من نظام الاشتراك في الأملاك وهي:

أ/ الإنهاء الاتفاقي: وفيها يقدم الزوجان على تغيير النظام المالي بناء على اتفاق بينهما، إلا أن هذا التغيير للنظام المالي لا يكون إلا بمرور سنتين كاملتين من تطبيقه<sup>4</sup>، وهو يخضع لنفس الاجراءات الشكلية التي تم اتباعها عند إبرام الاتفاق المتعلق بالإشهار<sup>5</sup>.

ب/ الإنهاء القانوني (الانفصال الجسماني): وهي حالة تبقى فيها الرابطة الزوجية على حالها مع تضيق في الالتزامات الزوجية ويدخل ضمن هذا التضيق إنهاء الاشتراك المالي ليعوض بشكل الزامي بنظام الفصل في الممتلكات<sup>6</sup>، ويكون إقرار الانفصال ابتداءً من تاريخ تقديم طلب

<sup>1</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p116.

<sup>2</sup> الفصل 19 من نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين: "تظل حالة الاشتراك قائمة حتى يتم تصفية الأملاك المشتركة".

<sup>3</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p269.

<sup>4</sup> المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي، الفصل 21 من نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين التونسي.

<sup>5</sup> شيماء التليلي، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين، ص258.

<sup>6</sup> المادة 302 من القانون المدني الفرنسي.



الفصل الجسماني أي بأثر رجعي، وفي حالة استئناف الحياة الزوجية بعد ذلك يظل نظام الفصل في الممتلكات هو السائد مع إمكانية تغييره.

**ج/ الإنهاء القضائي:** يكون اللجوء للإلغاء القضائي لحالة الاشتراك بناءً على رغبة أحد الزوجين عندما يكون الفصل بين أموالهما علاج لخطر يتهدد الاشتراك، هو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1443 من القانون المدني، والمشرع التونسي في الفصل 20 من نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ويتحقق الإنهاء القضائي للاشتراك المالي بتحقيق أسبابه واتباع إجراءات معينة.

**1- أسباب الإنهاء القضائي:** يكون اللجوء للفصل بين أموال الزوجين نتيجة لتصرفات أحد الزوجين، كعدم الكفاءة في إدارة الأموال وسوء السلوك كالزنا والفجور<sup>1</sup>، مما يعرض مصالح الزوج للخطر ويؤثر على الأموال المشتركة والخاصة في آن واحد، لذلك جاز للطرف الآخر أن يطلب فصل الأموال.

**2- إجراءات الإنهاء القضائي:** يتم تقديم طلب فصل الأموال من طرف الزوج الضحية إلى المحكمة التي يوجد بها مقر الزوجية أو إقامة الزوجين، وهو حق أصيل له لا يملكه غيره سواء كان دائناً أو ورثياً، إلا أنه يجوز للدائنين التدخل أثناء سير الدعوى من أجل حفظ حقوقهم<sup>2</sup>، باعتبار أنه يمكن لفصل الأموال بين الزوجين أن يكون له أثر على حقوقهم بل وقد يكون تحايلاً عن حقوقهم، لذلك جاز لهم تقديم الاعتراض على حل الاشتراك.

### ثانياً: آثار حل الاشتراك

هذه الآثار تتعلق بتحديد نقطة البداية التي ينشأ فيها الانفصال، ثم تقسيم الأموال المشتركة بين الزوجين.

<sup>1</sup> المادة 1/220 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> اتفق المشرعان الفرنسي والتونسي على عدم أحقية الدائنين في رفع دعوى فصل الأموال إلا أنه حماية لحقوقهم التي قد تتأثر بهذا الفصل أجاز لهم التدخل أثناء سير الدعوى لحماية هذه الحقوق، وهو ما عبر عنه المشرع الفرنسي في المادتين 1446 و1447 من القانون المدني الفرنسي والمشرع التونسي في الفصل 23 من نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

1/ **تحديد بداية الانفصال:** يختلف تحديد تاريخ بداية الانفصال المالي للزوجين في القانون الفرنسي حسب سبب الحل، ففي الطلاق والفصل الجسماني يكون تاريخ حل الاشتراك هو تاريخ الاستدعاء للمحكمة، وإذا كان طلاقاً بالتراضي يكون في اليوم المحدد للاتفاق، وفي حالة وجود طرف ثالث منظم الدعوى يتم تأخير هذا الأثر إلى غاية اكتمال الاجراءات الشكلية، مع العلم أنه إذا حدث تغيير للنظام المالي فإن الآثار تترتب بين الزوجين ابتداءً من تاريخ صدور الحكم، أما الطرف الثالث فإنها تسري عليه بعد ثلاثة أشهر من الاشارة على هامش الزواج، وإذا تعلق الأمر بالفصل القضائي فإن هذه الآثار تبدأ من يوم تقديم الطلب<sup>1</sup>.

هذا وينبغي الإشارة إلى أن المادة 1442 من القانون المدني الفرنسي نصت على استثناء ينص بجواز طلب الزوجين أو أحدهما تأجيل حل المشترك إلى تاريخ التوقف عن التعايش بينهما، ويستثنى من ذلك الزوج المسؤول عن الخطأ فلا يملك ذلك.

2/ **التقسيم بعد الاشتراك:** وفيه يتم تحديد الكتلة المشتركة من حيث المحتوى والإدارة.

أ/ **تكوين الكتلة المشتركة:** يتجمد الجانب الإيجابي للاشتراك المتكون من الأملاك المشتركة القائمة على الشيوع ابتداءً من اليوم المعلن عنه أعلاه المحدد لميلاد الانفصال، وفي الجانب السلبي للاشتراك يتمثل في المسؤولية التي تقع على عاتق الملك المشترك والذي يمكن أن تزداد ديونه بسبب إجراءات التقسيم<sup>2</sup>.

ب/ **إدارة الكتلة المشتركة:** المبدأ الذي تقوم عليه إدارة الأملاك المشتركة هو بطلان كل تصرف يقوم به أحد الشركاء دون موافقة الشريك الثاني، ويستثنى من ذلك التصرفات التحفظية، ويمكن التخفيض من وطأة هذا المبدأ من خلال الترخيص أو التفويض القضائي الذي يعطى لأحد

<sup>1</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p145, Anne Sophie, Brun wauthier, Régimes matrimoniaux, p215.

<sup>2</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p145.

الشريكين، ويمكن أن يتلقى الشريك المرخص له بالإدارة في هذه الحالة أجراً عن ذلك، وتطبق على هذا الشريك قواعد المسؤولية جراء أخطاء التسيير<sup>1</sup>.

والملاحظة الأساسية والهامة التي خرجت بها من دراستي لهذا الفرع المتعلق بأسباب حل الاشتراك والآثار المترتبة عنه هي أن هذا النظام يتأثر تأثيراً كبيراً بالخلافات الزوجية ولا يقوى على مواجهتها، بدليل أن هذا النظام يكون عرضة للحل كلما ظهرت أزمة بين الزوجين واللجوء إلى نظام الانفصال المالي كنظام بديل عنه، وهذا ما رأيناه خاصة عند الخلاف حول تسيير المشترك كأن تكون طريقة إدارة أحد الزوجين للمال المشترك تتم عن عدم الكفاءة في التسيير أو الغش والاحتيال، وقد يكون حل الاشتراك مترتباً عن الفصل الجسماني للزوجين وفي هذه الحالة يتم حل الاشتراك مع أن الخلاف بين الزوجين لا يتعلق بسوء إدارة المال المشترك وفي حالة إعادة استئناف الحياة الزوجية من جديد فإنه يتم تطبيق نظام الانفصال المالي.

وبناءً على ما سبق أقول إن الاشتراك لا يصلح إلا في حالة التفاهم التام بين الزوجين وأي خلاف بينهما يعتبر خطراً يهدده ويعرضه للانتكاسة، فهو لا يصلح عند حدوث الأزمات، وعلى النقيض من ذلك فإن نظام الانفصال المالي يبقى صالحاً للتطبيق في جميع الحالات ولا يستعاض عنه إلا باتفاق الزوجين.

### البند الثاني: تصفية المشترك

تتم إجراءات التصفية من خلال حصر الكتلة القابلة للاشتراك، ثم تقاسم الكتلة المشتركة فعلياً.

### أولاً: مكونات الكتلة المشتركة

هناك عمليتان مهمتان يتم اتخاذهما عند مباشرة إجراءات التصفية لتحرير الكتلة المشتركة من الكتلة الخاصة وهما استرداد الأملاك الخاصة وإنشاء حسابات المكافآت.

<sup>1</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p146.

1/ استعادة الأملاك الخاصة: وهي عملية هامة جداً من الناحية التطبيقية يراد بها إعادة تنظيم الأملاك المشتركة للزوجين من خلال السماح لكل واحد منها باسترداد الأملاك الخاصة به في الواقع قبل الشروع في الاشتراك، فمن الضروري عزل الكتلة المشتركة من خلال إزالة الممتلكات الخاصة من الكتلة المقابلة للاشتراك، وإذا لم يقيم كل زوج باسترداد ذلك المال اعتبر مالياً مشتركاً، ويقسم على أساس أنه مشترك<sup>1</sup>.

2/ حسابات المكافآت: تقوم حسابات المكافآت على فكرة تفادي الإثراء بلا سبب<sup>2</sup>، لذلك فإن الهدف منها هو تصحيح حركات القيمة بين الأموال المشتركة والأموال الخاصة واستعادة التوازن بينها<sup>3</sup>، ذلك أن طبيعة الحياة الزوجية تفترض إمكانية تنمية أموال خاصة مملوكة لأحد الزوجين اعتماداً على الأموال المشتركة بينهما، وكذلك إمكانية استفادة الأموال المشتركة من الأموال الخاصة، وهو ما يدخل ضمن الإثراء بلا سبب، فتأتي هذه المكافآت كحل يراد به منع هذا الإثراء من خلال استفادة الطرف الذي ساهم في الثراء من تعويض أو مكافأة مالية موافقة لما قدمه، لذلك نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1468 على ضرورة أن يقوم كل زوج بإنشاء حساب المكافآت التي يدين بها المال المشترك له وسداد ما عليه من دين تجاه المال لمشارك<sup>4</sup>.

وعلى هذا الأساس نحتاج إلى بيان الحالات التي يوجد فيها مجال للمكافآت وكيفية تحديد قيمة هذه المكافآت.

أ/ الحالات التي يوجد فيها مجال للمكافآت: وتتمثل في صورتين هما:

<sup>1</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p146, Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p121.

<sup>2</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p147.

<sup>3</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p115.

<sup>4</sup> المادة 1468 من القانون المدني الفرنسي.

**1- المكافآت المستحقة لأحد الزوجين:** تنشأ المكافأة الخاصة لأحد الزوجين في كل مرة

يستفيد فيها المال المشترك من حقوق خاصة لهذا الزوج لذلك نص المشرع في المادة

1/1433 أنه يجب على المال المشترك مكافأة الزوج كلما استفاد من ممتلكاته الخاصة<sup>1</sup>.

ولتوضيح ذلك أكثر يمكن الاستعانة بأمثلة منها:

\_\_ حالة الاقتراض الكلاسيكي من للمال المشترك من قبل أحد الزوجين<sup>2</sup>.

\_\_ اقتناء أموال مشتركة بفضل أموال خاصة كحالات المادتين 1407 و 1436.

\_\_ قيام أحد الزوجين بدفع ديون مشتركة كنفقات تعليم الأطفال أو صيانة المنزل.

\_\_ الحفاظ على مال مشترك أو تنميته باستخدام مال خاص.

**2- المكافآت المستحقة للمشارك:** ويظهر المبدأ العام المحدد لمثل هذه المكافآت من خلال

المادتين 1416 و 1437 من القانون المدني الفرنسي، مع وجود حالات أخرى هي:

\_\_ قيام المال المشترك بتسديد ديون شخصية ويدخل في هذا السياق ما نصت عليه المواد

1412، 1416 و 1437.

\_\_ التصرفات التي يراد من ورائها الحفاظ على الأموال الخاصة وتنميتها كما لو تعلق الأمر

بتحسين عقار لأحد الزوجين عن طريق الميراث، أو اقتناء أدوات العمل الخاصة بأحد

الزوجين<sup>3</sup>.

\_\_ الاستهلاك الاحتياطي أو إهمال الثمار والمداخيل من قبل أحد الزوجين<sup>4</sup> وتحدد المكافأة من

خلال تحديد النقص في الأرباح.

<sup>1</sup> المادة 1/1433 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> المادة 1/1433 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> المادة 2/1433 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>4</sup> المادة 3/1403 من القانون المدني الفرنسي.

التبرع بممتلكات مشتركة من قبل أحد الزوجين بصفة شخصية.

ب/ قيمة المكافآت: تم تنظيم قيمة المكافأة وفق مبدأ عام هو أن المكافأة تساوي المبلغ الأدنى من المصروفات التي يتم بذلها والربح الذي يتم تحقيقه<sup>1</sup>، مع استثناءين من هذه القاعدة.

يتعلق الاستثناء الأول بعدم إمكانية نزول قيمة المكافأة عن قيمة المصاريف التي تحققت عند الضرورة، وفي هذه الحالة يتم تحديد حد أدنى للمبلغ الذي تم انفاقه بغض النظر عما إذا كان الربح أقل أو غير موجود<sup>2</sup>.

والاستثناء الثاني مفاده أنه لا يمكن أن تكون المكافأة أقل من الربح المتبقي عند استخدام المبلغ المقترض<sup>3</sup>.

### البند الثالث: قسمة المشترك

قسمة المشترك هي العملية النهائية التي يخلص إليها انقضاء نظام الاشتراك المالي، والتي يمنح من خلالها لكل واحد من الزوجين منابه من المال المشترك، وتخضع القسمة لأحكام تضمنتها المادة 1475 من القانون المدني الفرنسي، وأحالتها المشرع التونسي إلى أحكام الفصول 116 إلى 130 من مجلة الحقوق العينية بناءً على ما نص عليه الفصل 24 من نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين<sup>4</sup>.

وتقسيم المشترك يتضمن جانبيين هما الأصول والخصوم:

<sup>1</sup> المادة 1/1469 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> المادة 2/1469 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> المادة 3/1469 من القانون المدني الفرنسي.

وحتى تتضح الصورة جيداً ينبغي إعطاء أمثلة على كيفية حساب هذه المكافآت وللحصول على ذلك ينصح بالاطلاع على المرجع:

Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux , p151-152

<sup>4</sup> الفصل 24 من نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين: "تخضع قسمة المشترك وتصفيته إلى أحكام الفصول 116 إلى 130 من مجلة الحقوق العينية، في ما لا يتخالف مع أحكام هذا القانون.

### أولاً: مقاسمة أصول المشترك

مقاسمة الأصول (الأموال المشتركة) بين الزوجين ضرورة بعد فصل نظام الاشتراك، وتزداد الحاجة إلى هذه القسمة إذا دخل الورثة كشركاء بوفاة أحد الزوجين<sup>1</sup>، هذه القسمة تخضع لمبدأ عام وهو مبدأ المناصفة حسب ما جاء في المادة 1475 من القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup>، والقسمة هنا تنصب على المال المشترك بعد عملية التصفية، والتي قد يترتب عنها زيادة في الأصول، نظراً لكون المشترك دائماً أو بسبب المكافآت، قد يترتب عنها النقصان بفعل الديون المترتبة عليه وإجراءات التصفية.

وتخضع القسمة بين الزوجين إلى مبدأ أولوية القسمة الودية، مع ضرورة توثيق ما تم الاتفاق عليه، وتكون عملية التوثيق إلزامية إذا اشتمل المشترك على عقارات، ويمكن أن تكون القسمة بمساعدة المصفي أو الخبرة القضائية إذا كان التقييم غير دقيق<sup>3</sup>. وإذا كان تعلق الأمر بقسمة عقار وكان هذا العقار الخاضع للاشتراك عبارة عن ملحق لعقار مملوك لأحد الزوجين أو متصل به جاز أن ينسب لهذا الزوج باعتباره تابعاً لحصته بدفع قيمته<sup>4</sup>، وكل تعدي على الأموال المشتركة يقوم بها أحد الزوجين سواء بإخفاء أشياء ثمينة أو اختلاس أموال أو التقليل من القيمة يؤدي إلى حرمانه من هذه الأموال، مع إمكانية الحكم عليه بالتعويض<sup>5</sup>.

وقد أحال المشرع التونسي قسمة الأملاك المشتركة بين الزوجين<sup>6</sup> إلى الأحكام العامة المتعلقة بالشفعة التي نظمها المشرع في مجلة الحقوق العينية، في الفصول 116 إلى 130<sup>7</sup>، وهي إما قسمة رضائية وإما قسمة قضائية، وقد ألزم قانون الأملاك المشتركة على ضرورة المصادقة على هذه القسمة وهو إجراء غير معمول به في الأحكام العامة لانقضاء الشفعة<sup>8</sup>، مع إعطاء الزوجين حق الإبقاء على

<sup>1</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p225.

<sup>2</sup> المادة 1/1475 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p225

<sup>4</sup> المادة 2/1475 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>5</sup> المادة 1477 من القانون الفرنسي.

<sup>6</sup> الفصل 24 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

<sup>7</sup> قانون عدد 05 لسنة 1965 مؤرخ في 12/02/1965 المتعلق بمجلة الحقوق العينية.

<sup>8</sup> الفقرة 04 من الفصل 23 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

الاشتراف وفق ما تقتضيه مصلحة العائلة<sup>1</sup>، خاصة وأن اللبنة الأولى في الاشتراك هو المسكن العائلي، لذلك جاز تأجيل القسمة لأسباب عائلية، ولا يحق لدائني الزوجين طلب إنهاء الاشتراك إلا أنه يجوز لهم التدخل لحفظ حقوقهم إذا رفعها أحد الزوجين للقضاء<sup>2</sup>.

وتكون القسمة بين الزوجين مناصفة بعد خلاص الديون، ويبدو أن المشرع التونسي قد جعل المناصفة في القسمة من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته، وتكون القسمة عيناً فإذا تعذر ذلك اجتهدت المحكمة في اسنادها لأحد الزوجين أو لورثته مع دفع تعويض نقدي للطرف الآخر وإن تعذر ذلك يتم اللجوء إلى بيع المشترك<sup>3</sup>.

وتقييم الحلول التي وضعها التشريعان الفرنسي والتونسي، نجد أن المشرع الفرنسي حاول تفادي إمكانية الاثراء بلا سبب الذي يمكن أن يستفيد منه أحد الزوجين بالاستفادة من أموال الاشتراك لتنمية أمواله أو الاستفادة من أموال الاشتراك المنمأة من أموال الشريك وذلك باللجوء إلى فكرة المكافآت قبل تقسيم المشترك، وبعدها تأتي قسمة المشترك مع احترام مبدأ المناصفة، وهدف من وراء ذلك إلى محاولة إيجاد توازن بين مساهمة كل زوج ومنابه قبل إجراء القسمة، إلا أن هذا التوازن وهذه المساواة تبقى جزافية وغير دقيقة لعدم إمكانية وضع ضابط دقيق يمكن من خلاله تحديد قيمة المكافآت التي يحصل عليها كل زوج أو تلك التي تؤول للمال المشترك خاصة إذا كان انحلال الاشتراك جاء بعد مدة زمنية طويلة، كما أن قسمة المشترك تخضع لمبدأ المناصفة ولا تكون حسب الجهد المبذول.

أما المشرع التونسي فلم يحاول أن يضع حلولاً لإمكانية الاثراء التي قد يستفيد منها أحد الزوجين ولم يُعَنَّ بالمكافآت، وربما كان سبب تعقيب المشرع التونسي لمثل هذا الإجراء هو انطلاقه من فكرة حرية الزوجين في إبرام المشاركة المالية وبالتالي مراعاة المساواة في المساهمة المالية للاشتراك والتي يترتب عليها المساواة في المقاسمة، خاصة إذا اعتمد الزوجان على الاشتراك البسيط المقصر على

<sup>1</sup> نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، ص 147.

<sup>2</sup> الفصل 23 من نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

<sup>3</sup> الفصل 25 من نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.



المسكن العائلي، إلا أن هذا التبرير يسقط في الماء إذا رغب الزوجان في توسيع الاشتراك وجعله شاملاً لجميع العقارات، بما في ذلك الأملاك التي تم اكتسابها بطريق الهبة والإرث.

لذلك أمكن القول أن أهم عورات نظام الاشتراك المالي هو إمكانية إثراء أحد الطرفين على حساب الآخر خاصة وأن نهاية الاشتراك آتية لا محالة لأي سبب من الأسباب التي سبق ذكرها، وهو ما قد يؤثر حتى على الأنصبة الإرثية للورثة، ذلك أن نظام الاشتراك المالي يقوم على المساواة في المال المشترك ولا يقوم على المساواة في الجهد المبذول عند جمع هذا المال، وهي خاصية تدفع الأزواج للاتكال والركون إلى الراحة والدعة، كما أنها تجعل من غنى الزوج وفقره عنصراً حاسماً في اختياره شريكاً في الحياة.

### ثانياً: المساهمة في الديون

لا بد من التذكير في هذا المقام أن الاشتراك لا يتمتع بالشخصية القانونية، لذلك فإن الديون التي يتكبتها تبقى مسؤولية الزوجان الشخصية قائمة في ذلك<sup>1</sup>، وتخضع مساهمتها في تحمل هذه الديون لقواعد المساهمة التي يمكن دراستها.

هناك نوعان من الديون، ديون متعلقة بالمال المشترك، وديون شخصية لأحد الزوجين، هذه الأخيرة هي ديون منفصلة لا يمكن تحصيلها من المشترك إلا بعد التقسيم<sup>2</sup>، أما الديون المتعلقة بالمشترك فقد أرسى المشرع الفرنسي مبدأً مفاده عدم جواز تتبع الزوج بأكثر من نصف الدين الذي اقتضه قرينه عند التصفية وهذا ما نصت به المادة 1/1483 من مدي<sup>3</sup>، أما الزوج الذي كان سبباً في تحمل المشترك للدين فيمكن متابعته في الدين بشكل كامل<sup>4</sup>، لذلك فإن الحل والقسمة للمشارك لا يحرم الدائنين من تتبع حقوقهم تجاه الزوج الذي تعاقد معه في كل الدين، وإمكانية تتبع قرينه في حدود نصف الدين.

<sup>1</sup> Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, p157.

<sup>2</sup> Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, p122.

<sup>3</sup> المادة 1/1483 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>4</sup> المادة 1482 من القانون المدني الفرنسي.

وما يُقال عن الديون التي تترتب بسبب تصرف أحد الزوجين لا ينطبق على الديون المترتبة عن القسمة والتصفية وكل الأعمال الممهدة لحل المشترك إذ يساهم في هذه الأخيرة كل زوج بمقدار النصف من الدين<sup>1</sup>، وإذا دفع أحد الزوجين أكثر من النصف جاز له الرجوع على قرينه لاسترداد المبلغ الزائد الذي دفعه ولكن ليس له الرجوع على الدائن<sup>2</sup>.

أما المشرع التونسي فقد جعل لسداد الديون أولوية على قسمة الملك المشترك فلا قسمة إلا بعد خلاص الدين، وإذا تجاوزت الديون قيمة المشترك فعلى كل واحد من الزوجين أن يساهم في خلاص ما بقي من الدين الذي لم يسدد حسب نسبة استحقاقه من المشترك وهو النصف<sup>3</sup>، غير أنه إذا كان أحد الزوجين قد تسبب في تحمل ديون بسبب تقصيره أو تدليس، فلقرينه الرجوع عليه بما لا يلزمه<sup>4</sup>، هو حكم أراد به المشرع حماية الزوج من قرينه المهمل أو سيء النية.

<sup>1</sup> المادة 1485 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, p317.

<sup>3</sup> الفصل 25 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

<sup>4</sup> الفصل 26 من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

## خلاصة الفصل:

إذا كان المبدأ القائم في النظم القانونية المستمدة من الفقه الإسلامي في مجال الأسرة هو اعتماد الانفصال المالي كنظام مطبق على العلاقات المالية بين الزوجين فإن طبيعة الحياة المشتركة بين الزوجين التي اختلطت ببعض النوازل الفقهية وبعض التغييرات التي طرأت على المجتمع أوجدت واقعاً جديداً، هذا الواقع عزز فكرة الاشتراك المالي بين الزوجين، والذي أخذ صورتين.

الصورة الأولى يكون فيها هناك اشتراك مالي على مستوى الواقع الفعلي دون أن يكون هناك قانون ينظم هذا الاشتراك على شاكلة ما هو موجود في النظم الغربية، ويبرز هذا الاشتراك من خلال مساهمة الزوجة في تحمل الالتزامات والأعباء العائلية إلى جانب زوجها، أو من خلال المساهمة والمشاركة في مكتسبات الزوج خلال فترة الزواج.

فبخصوص مساهمة الزوجة في النفقة وتحمل الأعباء المالية العائلية، نسجل ظهور معطاً جديداً متعلق بدخول الزوجة مجال العمل الكسبي وبشكل متزايد مع تناقص القدرة الشرائية للزوج فاحتاج هذا الواقع إلى أن ييث فيه أهل العلم فاضطرت للمساهمة في النفقة، وقد كانت مواقف العلماء متباينة بشأن هذه النازلة بين من يؤكد على مبدأ مقتضى العقد الذي يلزم الزوج وحده بتحمل هذه الأعباء، وبين من يرى أن خروج الزوجة للعمل يؤدي إلى نقص الاحتباس أو التمكين التام الذي هو أساس إلزام الزوج بالنفقة، فيلزم ذلك الزوجة بالمساهمة في النفقة بمقدار نقص الاحتباس الذي ترتب عن خروجها للعمل، ومن الفقهاء من شجع فكرة اللجوء إلى الشروط الاتفاقية في العقد لتنظيم هذه المسألة، وهو رأي يشجعه الموقف القانوني الذي يرجح رأي الحنابلة في هذا الشأن، هذا إذا استثنينا موقف المشرع التونسي الذي كان واضحاً من خلال إلزام الزوجة بالمساهمة في النفقة متى كان لها مقدرة مالية على ذلك.

أما عن مشاركة الزوجة لزوجها في الأموال والممتلكات التي جمعها خلال فترة الحياة الزوجية فقد شكل نظام الكد والسعاية عرفاً فريداً في بعض المناطق من المغرب الشقيق يؤسس لقيام شراكة مالية بين الزوجين، ورغم شذوذ الفتوى بمشروعية هذا العرف فإنه أسال لعاب بعض العلمانيين

والمنظمات النسائية للدفع من أجل تعميمه، وهو ما تحقق في مدونة الأسرة الجديدة سنة 2004م، ولم يكتف القضاء المغربي بتطبيق نظام الكد والسعاية الذي يشترط مساعدة الزوجة لزوجها في الاعمال الكسبية فقط بل راحت بعض المحاكم تجعل من العمل المنزلي للزوجة جهداً تستحق الزوجة على إثره أن تكون شريكة في أموال زوجها التي جمعها خلال فترة الزوجية.

أما عن الصورة الثانية للاشتراك فهي الاشتراك الذي يكون بمقتضى قانون ينظمه بطريقة تحاكي ما هو موجود في النظم القانونية الغربية، وقد كان للمشروع التونسي السابق بين كل الدول العربية في حوض هذه التجربة، نظام الاشتراك المالي وفق هذه الصورة يقوم على أسس أهمها حرية المشاركات المالية، ويكون ذلك من خلال وضع المشروع لعدة نماذج للاشتراك لتلبية رغبات الزوجين، والتي تتأثر بالسن ونوع العمل والوضع الاجتماعي الذي يعيشه الزوجان، ومبدأ التضامن بين الزوجين في تحمل النفقات والأعباء المالية للأسرة، هذا المبدأ بشجع على اختيار الاشتراك المالي من خلال انصراف الإرادة المشتركة للزوجين في تأمين هذه الأعباء بشكل مشترك، أما الأساس الثالث لهذا الاشتراك فيتعلق بضرورة إفراغ النظام المالي الذي اختاره الزوجان في محرر رسمي مع ضرورة إشهاره في دفاتر الحالة المدنية والسجلات العقارية التجارية، ليعلمه الغير الذي يتعامل مع أحد الزوجين أو كليهما.

ويتميز نظام الاشتراك المالي بأحكام بالغة التعقيد متعلقة بإدارة وتسيير الأموال الزوجية سواء تعلق الأمر بالأموال المشتركة أو الأموال الخاصة، هذا التعقيد يمتد ليشمل أيضاً انقضاء الاشتراك وتصفية الأملاك المشتركة، والذي يمكن اللجوء إليه بتوفر أسباب عديدة من بينها عدم الكفاءة والتسيير والاحتيايل، كما أن الخلافات الزوجية قد تؤثر على هذا النظام إذا وصلت لحد الانفصال الجسماني، لذلك فإن نجاح الاشتراك يتوقف على درجة عالية من التفاهم بين الزوجين.

وفي الأخير فإن تطبيق مثل هذا النظام في الدول الإسلامية يتوقف على تكييفه مع أحكام الشريعة الإسلامية والتعاضلي عن الأحكام التي تخالفها.

خاتمة

## خاتمة:

في خاتمة هذا البحث خرجت بمجموعة من النتائج والمقترحات التي توصلت إليها وهي:

## أولاً: النتائج

1- النظام المالي للزوجين باعتباره مجموعة قواعد تنظم العلاقات المالية للزوجين ليست وليدة الساعة وإنما كانت محل اهتمام من قبل المجتمعات البشرية على مدى العصور، وأحكامها ليست على نسق واحد لدى هذه المجتمعات، وهذا الاختلاف مرده اختلاف الثقافات وطريقة العيش والبيئة الاجتماعية والاقتصادية، وكذلك المعتقدات المنتشرة والديانات المعتمدة من قبل هذه المجتمعات.

2- يبدأ الاختلاف في وجهات النظر بين الفقه الإسلامي والنظم الغربية حول النظام المالي للزوجين من خلال نظرتهم للذمة المالية، فالذمة المالية في الفقه الإسلامي محل تقديري افتراض الشارع وجوده لتشغله الحقوق، وهي لصيقة بالشخص لا يتصور انفصالها عنه فلكل شخص ذمة مالية واحدة، وهي في الفقه الغربي مجموعة أموال مخصصة لتحقيق غرض معين، لذلك أمكن تعددها لدى الشخص الواحد، وينعكس هذا الاختلاف على النظام المالي للزوجين بأن يكون لكل زوج ذمة مستقلة عن زوجه في الفقه الإسلامي، بينما يُتصور قيام ذمة أخرى مستقلة عن ذمتي الزوجين خاصة بالأموال المشتركة في النظم الغربية.

3- تنظر الشريعة الإسلامية إلى نظام الزواج بأنه عقد ينظم علاقة شخصية بين الزوجين، قوامه المودة والرحمة، وهو منزه عن الارتباط بالمطامع المالية وأعمال الربح والخسارة، كما لا يُمثل المال بأي حال هدفاً أو غاية في العقد، لا ينبغي ربطه بعقد آخر فينشأ عقدان في عقد واحد كما هو الحال في ربط عقد الزواج باشتراك مالي بين الزوجين، وغاية الشريعة الإسلامية من ذلك أن لا يجيد الزواج عن غايته وهدفه، فيكون عبارة عن صفقة تجارية، لذلك كان النظام المالي للزوجين وفق أحكام الشريعة الإسلامية هو نظام الانفصال المالي.

4- إن فلسفة التشريع الإسلامي القائمة على فك الارتباط بين عقد الزواج والجانب المالي، الهدف منها إبعاد العلاقة الزوجية عن التأثيرات المحتملة للشراكة المالية للزوجين على العلاقة الزوجية، فقد تكون هذه الشراكة سبباً لإثارة النزاعات بين الزوجين، وقد تكون هذه الشراكة مبرراً لاستدامة العلاقة الزوجية رغم استحالة العشرة بينهما مراعاة لهذه الشراكة المالية، وهذا ما تأباه الشريعة الإسلامية، هذه الفلسفة تختلف عن وجهة نظر النظم الغربية التي تحرص على ألبدية العلاقة الزوجية، لذلك فإن هذه النظم ترى أن تعزيزها بالشراكة مالية يزيد من فرص الوصول هذا الهدف حتى ولو كان على مضض.

5- يتميز المركز المالي للزوجين وفق أحكام الفقه الإسلامي باستقلال الذمة المالية للزوجين وهو مبدأ يتيح استقلال كل زوج بأمواله وحرية التصرف فيها، أما على مستوى الالتزامات فإنها تخضع لمبدأ تحميل الزوج كل الأعباء المالية المتعلقة بالأسرة من مهر ونفقة ومتعة، ولا مشاركة للزوجة فيها.

6- إن الأهداف والغايات التي بنت عليها الشريعة الإسلامية موقفها عندما جعلت الالتزامات المالية للزواج على عاتق الزوج وحده هي إضفاء نوعاً من التوازن بين هذه الالتزامات والحقوق والواجبات المترتبة عن الزواج من قوامة وطاعة واحتراس وطلاق، يضاف إليها التنبيه إلى الأهداف والغايات التي يتأتى من ورائها إعزاز المرأة وإكرامها أو جبر خاطرهما، ليكون هذا التوازن وسيلة لتحقيق التماسك الأسري وديمومة العلاقة الزوجية.

7- يوفر نظام الانفصال المالي للزوجين مزايا هامة أهمها حماية أموال كل زوج من التصرفات اللامسؤولة من قبل زوجه بمناسبة إدارة أموال الاشتراك، وبفضل هذه الخاصية يمكن تفادي الإفلاس الذي يصل مداه إلى أموال الزوجين معاً في حالة الاشتراك، ويتمنع التحايل بين الزوجين أو تجاه الغير، لأن تصرفات كل زوج ليس لها أثر إلا على أمواله، كما أن أحكامه تمتاز بالبساطة والوضوح.

8- الإشكالات التي يثيرها البعض ويرى من خلالها أن نظام الانفصال المالي يقف عاجزاً أمامها، وأنه ينبغي الاستعانة بنظام الاشتراك لا تقف على حجج دامغة، ومن ذلك إشكالية

عمل الزوجة وكيفية التصرف في راتبها التي أسالت الكثير من الحبر في الآونة الأخيرة، وما صاحبها من تطور طراً على المجتمع من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية، خاصة ما تعلق بمشاركتها في الانفاق والممتلكات الأسرية، تناقض المبدأ الكلاسيكي القائم على تقسيم العمل بين الزوجين بأن يكون للزوج الخدمة الظاهرة ويكون للزوجة الخدمة الباطنة، هو أمر يجد له حلاً في الاتفاقات الثنائية بين الزوجين، ولا يرقى إلى أن يعد مبرراً كافياً لاعتماد الاشتراك المالي.

9- نظام الاشتراك المالي بين الزوجين هو نظام معمول به في النظم القانونية الغربية، وقد صيغت أحكامه بما يلائم البيئة الغربية ويتوافق مع فلسفة الزواج عندهم القائم على الأبدية ومساهمة الزوجين على قدم المساواة في تحمل الالتزامات والأعباء العائلية، فيكون بذلك الاشتراك المالي خادماً لهذه المبادئ، وهو موضوع جديد في الفقه الإسلامي وغريب على عن حياة المسلمين، يحتاج إلى دراسة تأصيلية من الناحية الشرعية لمعرفة أحكامه، كما ينبغي دراسته اجتماعياً واقتصادياً لتقرير انعكاساته على الأسرة والمجتمع المسلم.

10- عملت النظم الغربية في سبيل تشجيع الزوجين على اختيار نظام الاشتراك بإيجاد عدة نماذج للاشتراك بهدف تمكينهما من اختيار أحد هذه الأنظمة بما يتناسب مع رغباتهما وواقعهما الاجتماعي والمالي، ومن هذه الأنظمة نجد في فرنسا مثلاً نظام الاشتراك المقتصر على المكتسبات ونظام الاشتراك التعاقدية ونظام المساهمة في المكتسبات، وهذه الأنظمة تختلف من دولة لأخرى في أحكامها وقد تتفرع عنها أنظمة أخرى توجد في بعض الدول ولا توجد في دول أخرى.

11- يقوم النظام المالي للزوجين في النظم الغربية على مبدأ حرية المشاركات المالية بطريقة تسمح بتمكين الزوجين من اختيار أحد الأنظمة التي اقترحها المشرع، على أن يوثق الاتفاق ويشهر نظراً لأهمية هذا الاتفاق لدى الزوجين ولدى الغير كذلك، ولا يستثنى من الاتفاق إلا ما تعلق بتحمل الأعباء العائلية والديون المترتبة عنها وما تعلق بالسكن العائلي التي تبقى خاضعة لمبدأ التضامن بين الزوجين فهي بعيدة عن أي اتفاق.



- 12- يحرص نظام الاشتراك المالي في تعديلاته القانونية الأخيرة على تحقيق مبدأ المساواة بين الزوجين في إدارة المال المشترك والتصرف فيه من خلال إقرار الإدارة المنفردة لكلا الزوجين والتصرف الثنائي عندما يتعلق الأمر بتصرف ذا أهمية، ورغم وجاهة هذا التقسيم إلا أن تطبيقه يفرز صعوبات تتعلق بالمصالح والأهداف ويشير المطامع الشخصية والاحتيايل والأناية ليفتح باباً للنزاع بين الزوجين، ويؤثر على الزوجية فتكثر النزاعات بينهما.
- 13- يقوم الاشتراك المالي في الدول الغربية على مبدأ المناصفة عند التصفية واقتسام المال المشترك، ولا يراعي الجهد المبذول من طرف الزوجين في سبيل تجميع هذا المال، وهو ما من شأنه أن يشجع الزوجين على التبذير وثقافة الاتكال والركون للراحة، كما أن الزواج بهذه الطريقة عبارة عن صفقة تجارية قد يترتب عنها غنى أو فقر أحد الزوجين.
- 14- الشريعة الإسلامية لا تعارض مبدأ الشراكة المالية بين الزوجين من حيث المبدأ، إلا أنها تشترط لقيامها توفر أحكام وشروط الشركة، وهي شركة تخضع للأحكام العامة للشركة التي تحدث عنها العلماء، والتي يجب أن تتحقق في كل شركة بين شخصين، لذلك فإن الشركة المالية بين الزوجين لا تخضع لأحكام خاصة.
- 15- خلاصة مقارنتي للنظام المالي للزوجين القائم على انفصال الأموال ذو التوجه الإسلامي ونظام الاشتراك المالي الذي تطبقه النظم الغربية، نجد أن نظام الانفصال المالي بسيطاً في أحكامه وأكثر سلاسة عند تنفيذه على أرض الواقع، وهو نظام مرن يتعايش مع ظروف الزوجين سواء كانا على اتفاق أو على خلاف، بينما يتميز نظام الاشتراك المالي بالتعقيد سواء في تكوينه أو أحكامه أو عند انقضائه، وهو نظام لا يقوى على مقاومة الخلافات سواء تعلق الأمر بسوء إدارة الأموال أو كانت خلافات زوجية محضمة، مما قد يؤدي إلى إنهاء الاشتراك وتطبيق نظام الانفصال بدلاً عنه، لذلك فإن نظام الاشتراك لا يصلح للأزمات.

## ثانياً: المقترحات

- 1- أنادي بالتشبيث بالأحكام الإسلامية المنظمة للعلاقات بين الزوجين ومن بينها اعتماد مبدأ الانفصال المالي، لأنه نظام يتماشى مع الطبيعة الاجتماعية والاقتصادية للأسرة المسلمة وأكثر مرونة خاصة في تسيير الأزمات التي قد تعترى الحياة الزوجية.
- 2- أَدْعُو إلى عدم الانسياق وراء الشعارات البراقة التي تسوقها المؤتمرات والمنظمات الدولية، والتي بدأت بعض تشريعاتنا تتأثر بها، خاصة ما تعلق بمبدأ المساواة بين الزوجين ورفع التمييز ضد المرأة، وهي في حقيقتها كالسراب الذي يحسبه الظمان ماءً، فتحت هذا الشعار تكون الزوجة الخاسر الأكبر بإلزامها بالأعباء المالية العائلية، وتضطر للخروج للعمل على حساب تفرغها لبيتها ولأبنائها، وعلى المستوى الأسري يختل التوازن في العلاقات الزوجية وتتأثر الحقوق المتعلقة بها من قوامة وطاعة واحتباس وحق في الطلاق.
- 3- إذا كان الاشتراك المالي لا بد منه في بعض الحالات، فإن هذا الاشتراك يجب أن يتقيد بالأحكام الإسلامية، فلا يكون بين أحكامه ما يخالف الشريعة الإسلامية، خاصة ما تعلق بالأحكام العامة للشركة.
- 4- يجب أن تكون المشاركات المالية التي يقوم عليها الاشتراك موافقة لقواعد الشريعة الإسلامية، وقد رأينا أن هذه المشاركات متعددة ومتنوعة، وفيها ما يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي.
- 5- لا ينبغي أن يكون الاشتراك المالي ملاذاً للتهرب من الالتزامات العائلية التي أقرتها الشريعة الإسلامية، فلا تكون مبرراً لإسقاط المهر أو النفقة أو المتعة، كما لا يمكن أن تؤدي للتحايل عن أحكام الإرث سواء بتأجيل ترتيب هذا الحق أو تبديل أحكامه، فكل هذه الالتزامات العائلية هي من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته.
- 6- يجب اقتسام الأموال المشتركة عند نهاية الاشتراك يراعي الجهد المبذول في تحصيل هذه الأموال ولا يكون وفق قواعد المناصفة، لما فيها من الضرر الذي قد يلحق أحد الزوجين وربما يتعدى إلى الورثة أيضاً، كما يمكن أن يؤدي ببعض الأزواج المستفيدين من الوضع إلى التحايل وافتعال المشاكل لتحقيق امتيازات مالية أكثر.

7- يمكن في إطار تنظيم الاشتراك المالي بين الزوجين إصدار قانون خاص به يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية ويراعي خصوصيات الأسرة المسلمة ليكون دليلاً للزوجين اللذان يرغبان في تفعيل شراكة مالية بينهما.

بهذا أكون قد أنهيت هذه الأطروحة بحمد الله ومنه وواسع فضله حسي أي بذلت الجهد، واستغرقت الوسع ، لا أدعي الكمال ولا العصمة، فالكمال لله والعصمة لرسوله، فإن أصبت فمن الله وحده وذاك المأمول ، وإن كانت الأخرى فمن نفسي ومن الشيطان، أسأل الله أن يقبل عثرتي ويغفر زلتي، إنه جواد كريم ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

جامعة الأمير

# الفهارس العامة

عبد العزيز للعلوم الإسلامية

فهرس الآيات

الصفحة	رقمها	طرف الآية
سورة البقرة		
91	196	وَأْتُمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ
226، 130، 114، 112، 111	228	وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ
229، 142، 86، 82	229	أَلطَّلِقَ مَرَّتَانِ فِيمَسَّاكُ بِمَعْرُوفٍ
229	231	وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ
245، 233، 83، 70، 69	233	وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ
113، 111	234	وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا
99، 97، 95، 93، 44، 36 108، 107، 105، 104، 103	236	لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ
209، 205، 141، 129، 53	237	وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ
99، 98، 97، 96، 93، 92 104	241	وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ
228، 189، 81	280	وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ
83	286	لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا
سورة آل عمران		
159	195	فَأَسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَمَلٍ

سورة النساء		
،148 ،142 ،130 ،35 ،33 205	4	وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقْتِهِنَّ حِلَّةً
141 ،129	6	وَأَبْتَلُوا الَّتِي تَمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ
359 ،193 ،142	12	يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ
142 ،73	19	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ
269 ،142 ،54 ،49 ،39	20	وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ
54	21	وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ
91 ،49 ،39 ،38 ،33	24	وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ
35	25	وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا
257	29	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ
293 ،269 ،257 ،159	32	وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ
252 ،136	34	الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ
سورة الأعراف		
182 ،150	199	خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ
سورة التوبة		

08	10	لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَّلَا ذِمَّةً
159	71	وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ
سورة يوسف		
176	17	قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ
91	65	وَلَمَّا فَتَحُوا مَتَاعَهُمْ وَجَدُوا بِضْعَتَهُمْ رُدَّتْ إِلَيْهِمْ
سورة الاسراء		
63	100	قُلْ لَوْ أَنْتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَائِنَ رَحْمَةِ رَبِّي
سورة طه		
267	15	إِنَّ السَّاعَةَ آتِيَةٌ أَكَادُ أَحْفِيهَا
سورة الانبياء		
176	111	وَإِنْ أَدْرَى لَعَلَّهُ فِتْنَةٌ لَكُمْ
سورة النور		
176	29	لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ
163	31	وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَرِهِنَّ
سورة القصص		
159	23	وَلَمَّا وَرَدَ مَاءَ مَدْيَنَ

سورة الأحزاب		
99، 98، 94	28	يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلٌّ لِأَزْوَاجِكَ
158	33	وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ
96، 94	49	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ
ص		
356	24	قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجْتِكَ إِلَىٰ نَعَاجِهِ
سورة النجم		
293، 269	39	وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ
سورة الطلاق		
126، 118، 116، 114	01	يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ
113، 112، 111	04	وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ دَسَائِكُمْ
116، 115، 114، 73، 72 244، 120، 118، 117	06	أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ
228، 104، 78، 68، 67	07	لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ



## فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
258	أحق الشروط أن توفوا به...
230	خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير ...
144	أو فعلت"؟ قالت: نعم، قال: "أما أنك لو أعطيتها أخوالك...
214	ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك...
39، 34	التمس ولو خاتماً من حديد...
160	بلى فجذني نخلك فإنك عسى أن تصدقي أو تفعلي معروفا
182، 179	البينة على المدعي واليمين على من أنكر
132	تصدقوا تصدقوا تصدقوا...
143، 131	تصدقن ولو من حليكن...
138	تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها...
152	جهز رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة...
245، 85، 78، 68	خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف...
143	خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم العيد وصلى ثم خطب
82	أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى...
08	ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم...
161	غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع غزوات
160	كنا نغزو مع النبي صلى الله عليه وسلم ونخدمهم..
137	لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها...
137	لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها...
138	لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها، فهل استأذنت كعبا..
288	لو كنت امرأة أحد أن يسجد لأحد..

53	من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق...
50، 45	قضى رسول الله في بروع بنت واشق...
258	المسلمون على شروطهم...
234	هن حولي كما ترى يسألني النفقة..
253	وواستني بما لها...
111	لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تعتد....
111	اعتدي في بيت ابن أم مكتوم...
119، 114	إنما النفقة والسكن للمرأة..
119، 114	انظري يا ابنة قيس...
118	ليس لك عليه نفقة
119	ليس لها سكن ولا نفقة...
124	امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله
161	لك أجر ما أنفقت عليهم...
193	نفس المؤمن معلقة بدينه..
253	صدق ابن مسعود، زوجك وولدك أحق به عليهم
293	لا تنفق المرأة من بيتها شيئاً إلا بإذن زوجها...
357	إن الله عز وجل يقول أنا ثالث الشريكين...

فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	إسم العلم
09	البهوتي
09	القرافي
09	عبد العزيز البخاري
09	العز بن عبد السلام
10	الحموي
10	محمد أبو زهرة
35	الدسوقي
44	معقل بن سنان
45	بروع بنت واشق
46	أبو الوليد الباجي
54	زرارة بن أوفى
60	الماوردي
64	ابن عرفة
69	النووي
69	الأذرعي
77	الكرخي
77	الكاساني
77	الشيرازي
82	أبو الزناد
94	محمد رشيد رضا
94	محمد عبده

104	القدوري
111	فاطمة بنت قيس
124	فريضة بنت مالك
137	عمرو بن شعيب
138	خيرة زوجة كعب بن مالك
141	الخرقي
143	ميمونة بنت الحارث
160	الربيع بنت معوذ
161	أم عطية
161	رائطة بنت عبد الله
172	ابن عابدين
180	القرافي
184	الحسن البصري
184	ابن أبي ليلى
184	ابن شبرمة
199	البعوي
224	السرخسي
230	القرطي
234	بنت خارجة
243	ابن المواز
275	الخرشي
287	الجوزجاني
287	الفيقيه أبو الليث

## فهرس المصادر والمراجع

### القرآن الكريم

#### ----- كتب تفسير القرآن الكريم -----

- 1- ابن العربي (محمد عبد الله أبي بكر بن العربي) أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ/ 2003م.
- 2- ابن كثير (أبو الغداء إسماعيل بن كثير القرشي)، تفسير القرآن العظيم، تح: سامي محمد بن سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1420هـ/ 1990م.
- 3- البغوي (أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي)، معالم التنزيل في تفسير القرآن، تح: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1420 هـ.
- 4- الجصاص (أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي)، أحكام القرآن، تح: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/ 1994م.
- 5- الشنقيطي (محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الشنقيطي)، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت - لبنان، 1415 هـ / 1995 م.
- 6- الشوكاني (محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني)، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق - بيروت، ط1، 1414هـ.
- 7- الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م
- 8- الطبري (محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري)، جامع البيان في تأويل القرآن المعروف بتفسير الطبري، تح: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420 هـ/ 2000م
- 9- القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي)، الجامع لأحكام القرآن، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ/ 1964م.
- 10- محمد رشيد رضا، تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990م.

11- وهبه الزحيلي، التفسير الوسيط، دار الفكر، دمشق، ط1، 1422 هـ.

----- كتب الحديث الشريف شروحه -----

12- ابن أبي شيبة (أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسي العبسي)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تح: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409 هـ.

13- ابن الملقن (ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي)، التوضيح الشرح الجامع الصحيح، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، دار النوادر، دمشق، سوريا، ط1، 1429 هـ / 2008 م.

14- ابن بطلال (ابن بطلال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك)، شرح صحيح البخاري، تح: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، دار النشر: مكتبة الرشد، الرياض - السعودية، ط2، 1423 هـ / 2003 م.

15- ابن حجر (أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379 هـ.

16- ابن عبد البر (أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي)، الاستذكار، تح: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421 هـ / 2000 م.

17- ابن ماجه (ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني)، سنن ابن ماجه، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، دط، دت.

18- أبو داود (سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني)، سنن أبو داود، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، دت، دط.

19- الألباني (أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني)، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، دار المعارف، الرياض، ط1، 1412 هـ / 1992 م.

20- الألباني (أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني)، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، دار المعارف، الرياض، ط1، 1412 هـ / 1992 م.

21- الألباني (محمد ناصر الدين الألباني)، إرواء الغليل أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405 هـ / 1985 م.

- 22- الألباني (محمد ناصر الدين الألباني)، صحيح سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1417هـ/1997م.
- 23- الألباني (ناصر الدين الألباني)، صحيح الجامع الصغير وزياداته، دار المكتب الإسلامي، بيروت، 1420هـ.
- 24- الأمام أحمد، مسند الإمام أحمد (أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل)، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ/2001م.
- 25- الباجي (أبو الوليد سليمان بن خلف بن القرطي الباجي)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، القاهرة، ط1، 1332 هـ.
- 26- البخاري (محمد بن إسماعيل أبو عبدالله)، صحيح البخاري، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، دط، 1422هـ.
- 27- البيهقي (أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي)، السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424 هـ/2003م.
- 28- الترمذي (محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى سنن الترمذي)، سنن الترمذي، تح: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998 م.
- 29- الحاكم (أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري المعروف بابن البيع)، المستدرک علی الصحيحین، تح: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/1990م.
- 30- الدار قطني (أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي الدارقطني)، سنن الدار قطني، تح: شعيب الأرنؤوط ومن معه، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط1، 1424 هـ/2004م.
- 31- الدارمي (أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي)، مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي)، تح: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1412 هـ / 2000 م.
- 32- الزرقاني (محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري)، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تح: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 1424هـ/2003م.

- 33- سعيد بن منصور (أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني)، سنن سعيد بن منصور، تح: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، ط1، 1403هـ / 1982م
- 34- السندي (محمد بن عبد الهادي التتوي أبو الحسن نور الدين السندي)، حاشية السندي على سنن ابن ماجه، دار الجيل، بيروت، دط، دت.
- 35- السندي (محمد بن عبد الهادي التتوي أبو الحسن نور الدين السندي)، حاشية السندي على سنن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، سوريا، ط2، 1406هـ / 1986م.
- 36- مالك (مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني)، الموطأ، تح: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، ط1، 1425هـ / 2004م.
- 37- مسلم (مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري)، صحيح مسلم، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت.
- 38- النسائي (أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي)، سنن النسائي، تح: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، ط2، 1406هـ / 1986م.
- 39- النووي (أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط2، 1392هـ.
- 40- الهروي (علي بن محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي)، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت، 1422هـ / 2002م.

### ----- كتب أصول الفقه -----

- 41- ابن رجب (زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي)، القواعد، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
- 42- الإسنوي (عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي)، التمهيد في تخريج الأصول على الفروع، تح: محمد حسين هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1400هـ.
- 43- الحموي (أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985.



44- الشاطبي (إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي)، الموافقات، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ / 1997م.

45- عبد العزيز البخاري (عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي)، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط1، دت.

46- القراني (بو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن)، الفروق، دار عالم الكتب، ط1، دت.

----- كتب المذاهب الفقهية -----

----- أولاً : المذهب الحنفي -----

47- ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام)، فتح القدير، دار الفكر، ط1، دت.

48- ابن عابدين (محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي)، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ / 1992م.

49- ابن عابدين (محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي)، منحة الخالق بمامش البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دت.

50- ابن عابدين، قرّة عين الأخيار لتكملة رد المختار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط1، دت.

51- ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دت.

52- البابرتي (محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد البابتري)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، ط1، دت.

53- برهان الدين البخاري (أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد البخاري)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تح: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ / 2004م.

- 54- داماد أفندي(عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، والمعروف بداماد أفندي)،  
مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت.
- 55- الزيلعي(عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي)، تبين الحقائق شرح كنز  
الدقائق وحاشية الشبلي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط1، 1313 هـ.
- 56- السرخسي(محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت،  
دط، 1414هـ/1993م.
- 57- الشيباني (أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني)، الأصل، تح: محمد بوينوكالن، دار ابن حزم،  
بيروت، ط1، 1433هـ/2012م.
- 58- الشيباني(أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني)، الحجة على أهل المدينة، تح: مهدي  
حسن الكيلاني القادري، دار عالم الكتب، بيروت، ط3، 1403هـ.
- 59- القدوري(أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري)، التجريد، تح: محمد  
أحمد سراج، علي جمعة، دار السلام، القاهرة، ط2، 1427 هـ /2006م.
- 60- الكاساني (علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب  
الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ / 1986م.
- 61- المرغناني(علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغناني)، الهداية في شرح بداية المبتدى، تح:  
طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، دط، دت .
- 62- نظام الدين(لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي)، الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط2، 1310  
هـ.

----- ثانيا : المذهب المالكي -----

- 63- ابن أبي زمنين(أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى المرّي الأندلسي)، منتخب الأحكام، تح:  
محمد عماد، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، الرباط، ط1، 2000م.
- 64- ابن إسحاق(خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري)، التوضيح في  
شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تح: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات  
وخدمة التراث، ط1، 1429هـ / 2008م.

- 65- ابن جزري(محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزري الكلبي الغرناطي) ، القوانين الفقهية ،  
الدار العربية للكتاب، ليبيا ، 1988.
- 66- ابن حبيب(أبي مروان عبد الملك بن حبيب الأندلسي القرطبي المالكي)، الأحكام، تح: أحمد بن  
عبد الكريم نجيب، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1435هـ /2014م.
- 67- ابن رشد الجدل( أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المعروف بابن رشد الجدل)، المقدمات  
والممهدات، تح: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1408 هـ / 1988م.
- 68- ابن رشد الجدل( أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المعروف بابن رشد الجدل)، البيان  
والتحصيل، تح: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1408هـ  
/1988م.
- 69- ابن رشد(أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد،  
بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ/ 2004 م.
- 70- ابن عبد البر (أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمرى القرطبي)،  
الكافي في فقه أهل المدينة، تح: محمد محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة،  
الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ/1980م.
- 71- الآبي (صالح بن عبد السميع الآبي الأزهرى) ، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زييد القيرواني،  
المكتبة الثقافية - بيروت، دط، دت.
- 72- ابي زييد القيرواني (أبو محمد عبد الله بن (أبي زييد) عبد الرحمن النفري، القيرواني) ، النوادر  
والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تح: د. عبد الفتاح محمد الحلو ومن معه دار  
الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999 م.
- 73- الإمام مالك(مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني)، المدونة، دار الكتب العلمية،  
القاهرة، ط1، 1415هـ/ 1994م.
- 74- الخرشى(محمد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله)، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة  
، بيروت، دط، دت.
- 75- الدردير(أحمد الدردير)، الشرح الكبير ، دار الفكر ، دت، د ط.

- 76- الدسوقي(محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر ، دت، د ط.
- 77- الرهوني(محمد بن أحمد يوسف الرهوني)، حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني، المطبعة الأميرية بيزلاف، مصر، ط1، 1306هـ.
- 78- الزرقاني(عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري) ، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422 هـ/ 2002 م.
- 79- الصاوي(أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي) ، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، دت، دط.
- 80- العدوي(أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دط، 1414هـ/ 1994م.
- 81- عيسى بن علي الحسيني العلمي، النوازل، تح: المجلس العلمي بفاس، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1983م.
- 82- القاضي عبد الوهاب (أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تح: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1420هـ/ 1999م.
- 83- القاضي عبد الوهاب (أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي) ، المعونة على مذهب عالم المدينة، تح: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، دط، دت.
- 84- القاضي عبد الوهاب(أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي)، التلقين في الفقه المالكي، تح: محمد بوخبزة، دار الكتب العلمية، القاهرة، ط1، 1425هـ/ 2004م.
- 85- القراني(أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراني)، الذخيرة، تح: محمد بوخبزة وآخرون، دار المغرب الإسلامي، بيروت، 1994.
- 86- الكشناوي (أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي) ، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، دت.

87- محمد عليش (محمد بن أحمد بن محمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي)، منح الجليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ/1989م.

88- المهدي الوزاني (أبي عبد الله سيدي محمد المهدي بن محمد الوزاني الشريف العمراني الحسيني)، النوازل الجديدة الكبرى فيما أهل قاس والبدو والقرى المسماة المعيار الجديد الجامع المغرب من فتاوى المتأخرين بين علماء المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دار الحديث، الحسينة، 1998م.

89- المهدي الوزاني (أبي عبد الله سيدي محمد المهدي بن محمد الوزاني الشريف العمراني الحسيني)، النوازل الصغرى المسماة المنح السلمية في النوازل الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، 1993م.

90- المواق (محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي)، التاج و الإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ/1994م.

91- النفراوي (شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، دط، 1415هـ / 1995م.

----- ثالثا : المذهب الشافعي -----

92- البجيرمي (سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي)، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، بيروت، 1415هـ / 1995م.

93- البغوي (أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تح: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، القاهرة، ط1، 1418هـ/1997م.

94- البكري (أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي المشهور بالبكري)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1418هـ / 1997م.

95- الخطيب الشربيني (شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني)، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، القاهرة، ط1، 1415هـ / 1994م.

96- الرملي (شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م.

- 97- زكريا الأنصاري (زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، دط، دت.
- 98- الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس)، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ/1990م.
- 99- الشيرازي (أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
- 100- العمراني (أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني)، البيان في مذهب الشافعي، تح: قاسم محمد النوري، دار المناهج، جدة، 1421هـ/2000م.
- 101- الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي)، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، دط، دت.
- 102- الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي)، الوسيط في المذهب، تح: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ.
- 103- الماوردي (بو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي، الشهير بالماوردي)، الحاوي الكبير، تح: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ / 1999م.
- 104- النووي (أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي)، المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر، دط، دت.
- 105- النووي (أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تح: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط3، 1412هـ / 1991م.
- رابعا : المذهب الحنبلي -----
- 106- ابن العثيمين ( محمد بن صالح بن محمد العثيمين)، الشرح الممتع زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، ط1، 1428هـ.

- 107- ابن القيم (محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية)، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط27، 1415هـ /1994م.
- 108- ابن قدامة (أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن الشهير بابن قدامة المقدسي)، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ /1994م.
- 109- ابن قدامة (أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن الشهير بابن قدامة المقدسي)، المغني، مكتبة القاهرة، دط، 1388هـ /1968م.
- 110- ابن مفلح (إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين)، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ /1997م.
- 111- أبو الخطاب الكلوزاني ( محفوظ أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوزاني)، الهداية على مذهب الإمام أحمد، تح: عبد اللطيف هيم، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط1، 2004.
- 112- بهاء الدين المقدسي (عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي)، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، دط، 1424هـ /2003م.
- 113- البهوتي (منصور بن يونس البهوتي)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد للنشر والتوزيع، الرياض، دط، دت.
- 114- البهوتي (منصور بن يونس البهوتي)، شرح منتهى الإرادات، دار عالم الكتب، ط1، 1414هـ /1993م.
- 115- البهوتي (منصور بن يونس البهوتي)، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العلمية، دط، دت.
- 116- عبد الرحمن بن قدامة (عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي)، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دط، دت.
- 117- المرادوي (علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط2، دت.

- 118-مصطفى السيوطي (مصطفى بن سعيد بن عبدة السيوطي)، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، دار المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1415هـ/1994م.
- 119----- خامسا : المذهب الظاهري -----
- 120- ابن حزم(أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري)، المحلى بالأثر، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
- الكتب الفقهية الحديثة -----
- 121-أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ط2، 1982م.
- 122- أحمد حسين فراج، أحكام الأسرة في الإسلام -الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب-، الدار الجامعية، بيروت، 1998م.
- 123-التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 1431هـ/2010م.
- 124-الحسن العبادي، عمل المرأة في سوس، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، دت، دط.
- 125-حسن صلاح الصغير عبد الله، الجوانب الفقهية للقوامة -دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1424هـ/2004م.
- 126-سيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، 1977م، ط3.
- 127-الشوكاني (محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني) ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، بيروت ، ط 1، دت.
- 128-صابر أحمد طه، نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، 2000.
- 129-عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار التبع العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ/2003م.



- 130- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة في مقارنة في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية-، دار الفكر، ط2، دت.
- 131- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التاريخ العربي، بيروت، ط1، دت.
- 132- عبد السلام الرفاعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها الفقهية في المغرب، مطابع إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، دط، دت .
- 133- عبد السلام الشويعر، أثر عمل المرأة في النفقة، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة محمد بن مسعود الإسلامية، 1432هـ/2011م.
- 134- عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1994م.
- 135- عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، ط1، 1413هـ/1993م.
- 136- عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، ط1، 1432هـ/2011م.
- 137- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 1425هـ/2004م.
- 138- علي أحمد السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، دار الثقافة، الدوحة، 1996.
- 139- علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، دار الفكر العربي، 1431هـ .
- 140- علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1430هـ/2009م.
- 141- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ط2، 1434هـ/2013م.
- 142- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1408هـ/1988م.

- 143- القنوجي (أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن البخاري القنوجي)، الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار المعرفة، دط، دت.
- 144- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، دت.
- 145- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر، القاهرة، دط، دت.
- 146- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دط، دت.
- 147- محمد التاويل، اشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية- رؤية إسلامية، مطبعة أنفوبرانت، فاس، المغرب، دط، دت.
- 148- محمد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، ط1، 1430هـ/2009م.
- 149- محمد حافظ صبري، المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والحدود في شرع اليهود ونظائرها من الشريعة الغراء من القانون المصري والقوانين الوضعية الأخرى، مطبعة هندية، مصر، ط1، 1902م.
- 150- محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة-، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010م.
- 151- محمد سعيد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي والطائف التشريع الرباني، دار الفكر، دمشق، سورية، 1996.
- 152- محمد عبد السميع شعلان، نظام الأسرة بين المسيحية والإسلام، دار العلوم للطباعة والنشر، ط1، 1983.
- 153- محمد عقله، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، ط3، 2002م.
- 154- محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1397هـ/1977م.
- 155- مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط1، 1420هـ/1999م.
- 156- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار المكتب الإسلامي، بيروت، ط6، 1404هـ/1984م.

157- نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية، دار ابن حزم، بيروت، 1424هـ/2003م.

158- وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985.

----- الكتب القانونية -----

159- أحمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2011م.

160- أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية- نظم القانون الخاص-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

161- أحمد أحيدار، عمل الزوجة داخل البيت في ضوء مدونة الأسرة والفقه الإسلامي، ديبلوم دراسات عليا، منشورة، مكتبة دار السلام، المملكة المغربية، ط1، 2010.

162- آدم وهيب النداوي، هاشم حافظ، تاريخ القانون، دار العاتك بالقاهرة، دط، دت.

163- حسن كبيرة، المدخل للعلوم القانونية، منشأ المعارف، جلال حزي وشركاؤه، الإسكندرية، ط5.

164- أحمد عوييد، الروابط الشخصية والمالية بين الزوجين في القانون الدولي الخاص المغربي والمقارن، مكتبة دار السلام، الرباط، ط1، 1433هـ/2012م.

165- دليلة فركوس، الوجيز في تاريخ النظم، دار الرغائب والنفائس، ط3، 1999.

166- رجاء مكاي، قضايا الأسرة بين عدالة التشريع ووفرة التأويل، قصور المساطر وتباين التطبيق، سلسلة اعرف حقوقك، رقم 03، مطبعة دار السلام، الرباط.

167- الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي، العمل السويسري في الميدان القضائي، مكتبة المعارف، الرباط، 1984م.

168- الرشيد بن شويح، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429هـ/2008م.

169- رعد مقداد الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين- دراسة مقارنة- دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات-مصر- 2009.

170- ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الاحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011م.

171- سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة الذاكرة، الأردن، دط، دت.

- 172- سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي - مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس-، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط1، 1421هـ / 2001م.
- 173- صاحب عبيد الفتلاوي، تأريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1998.
- 174- صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 175- طه صالح الجبوري، حق الزوجة في السكن، المكتب الجامعي الحديث، دون مكان نشر، 2013.
- 176- عباس العبودي، شريعة حمورابي، الدار العلمية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.
- 177- عبد الحكيم الذنون، التشريعات البابلية، دار علاء الدين، دمشق، ط1، 1992م.
- 178- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، منشورات جامعة دمشق، 1996/1995م.
- 179- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دت، دط.
- 180- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ط4، 2010م.
- 181- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2006.
- 182- عبد المجيد محمد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية (مع دراسات في فلسفة القانون)، دار الهدى للمطبوعات، مصر.
- 183- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010م.
- 184- علي حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون -نظرية الحق-، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992.
- 185- علي محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2002.
- 186- عمار بوضياف، النظرية العامة للحق، دار جصور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2010م.

- 187- عمر سليمان الأشقر، الواضح في قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط5، 1433هـ/2012م.
- 188- فاطمة الزهراء غباب، علمي عبد العظيم حسن، تشريعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، ط4، 2006.
- 189- فاطمة المرزيسي، السلوك الجنسي في مجتمع إسلامي رأسمالي تبعي، دار الحداثة، بيروت، ط1، 1982.
- 190- فايز محمد حسين، طارق المجدوب، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 191- فيروز بن شنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2011م.
- 192- قسم الدراسات والأبحاث، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية والقانون الروماني دار مدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- 193- قيس عبد الوهاب الحياي، ملكية أثار بيت الزوجية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ط1، 2008م.
- 194- محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا-دراسة قانونية وحالات شاذة-، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط1، 2001م .
- 195- محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2015م.
- 196- محمد محده، سلسلة فقه الأسرة - الخطبة والزواج -، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ط2، 1994م.
- 197- محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان.
- 198- مصطفى الزرقا، شرح مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 1416هـ/1996م .
- 199- الملكي الحسين بن عبد السلام، نظام الكد والسعاية، دار الحديث الحسينية الرباط، 2431هـ/2010م.

- 200- منذر الفضل، تأريخ القانون، دار ثاراس للطباعة والنشر، أربيل، العراق، ط2، 2005.
- 201- منصور حاتم محسن الفتلاوي، الذمة المالية - دراسة مقارنة في الفقهاء الوضعي والإسلامي - ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1999م.
- كتب التراجم -----
- 202- ابن أبي يعلي (أبو الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد)، طبقات الحنابلة، تح: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، دط، دت.
- 203- ابن الأثير (أبو الحسن علي بن أبي الكرم عز الدين ابن الأثير) ، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تح: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/ 1994م .
- 204- ابن الصلاح (عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح)، طبقات الفقهاء الشافعية، تح: محيي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط1، 1992م.
- 205- ابن حجر العسقلاني (أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني)، الإصابة في تمييز الصحابة، تح: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1415 هـ.
- 206- ابن سعد (أبو عبد الله محمد بن سعد البصري، البغدادي المعروف بابن سعد)، الطبقات الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1410هـ/ 1990م
- 207- ابن عبد البر (أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تح: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط1، 1412 هـ / 1992م.
- 208- ابن فرحون (إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون)، الديباج المذهب، تح: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث، القاهرة، دط، دت.
- 209- ابن كثير (أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي)، طبقات الشافعيين، تح: د أحمد عمر هاشم، د محمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، 1413هـ/ 1993م.
- 210- ابن مخلوف (محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1424هـ/ 2003م.

- 211- أبو نعيم (أحمد بن عبد الله بن أحمد الأصبهاني)، معرفة الصحابة، تح: عادل بن يوسف العزازي، دار الوطن للنشر، الرياض، ط1، 1419 هـ/1998 م.
- 212- الذهبي (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي)، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، ط1، 1419 هـ/1998 م.
- 213- الزركلي (خير الدين بن محمود بن محمد الزركلي)، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، 2002 م.
- 214- السبكي (تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي)، طبقات الشافعية الكبرى، تح: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1413 هـ.
- 215- الشهبي (أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي، تقي الدين ابن قاضي شهبة)، طبقات الشافعية، تح: الحافظ عبد العليم خان، دار عالم الكتب - بيروت، ط1، 1407 هـ.
- 216- الشيرازي (أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي)، طبقات الفقهاء، تح: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت - لبنان، ط1، 1970 م.
- 217- عبد الحي الكتاني (محمد عبد الحي بن عبد الكبير ابن محمد الحسيني الإدريسي)، فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشیخات والمسلسلات، تح: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط2، 1982.
- 218- عبد القادر بن محمد القرشي (عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، نشر مير محمد كتب خانة، كراتشي، دط، دت.
- 219- عمر الجيدي، ابن عرضون الكبير، منشورات عكاظ، الرباط، 2005 م.
- كتب المعاجم واللغة -----
- 220- ابن الأثير (المبارك بن محمد الجزري بن الاثير مجد الدين أبو السعادات)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تح: علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1421 هـ.

- 221- ابن فارس (أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي)، معجم مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، 1399هـ/ 1979م.
- 222- ابن منظور (محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين)، لسان العرب، دار المعارف، مصر، دط، دت.
- 223- الرازي (زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي)، مختار الصحاح، تح: يوسف الشيخ محمد، دار المكتبة العصرية، بيروت، 1420هـ/ 1999م.
- 224- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر. دمشق - سورية، ط2، 1408هـ / 1988م.
- 225- الفيومي (أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي)، المصباح المنير، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
- 226- مجمع اللغة العربية بالقاهرة المعجم الوسيط، دار الدعوة، دط، دت.
- 227- ول ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة محمد بدران، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ط2، 1965م.

### ----- الملتقيات والمؤتمرات -----

- 228- رشيد ناجي، إدارة الأملاك المشتركة والتصرف فيها، أعمال ملتقى جهوي بعنوان نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، محكمة الاستئناف بقابس، تونس، 23/01/1999.
- 229- سامي الدايش، مشمولات الأملاك المشتركة بين الزوجين، الملتقى الجهوي بعنوان نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، محكمة الاستئناف، قابس، تونس، 23/01/1999.
- 230- عبد اللطيف محمود آل محمود، اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 16، ماي 2005.
- 231- عبد الناصر أبو البصل، الخلافات الزوجية حول إسهام المرأة العاملة في مالية الأسرة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 16، ماي 2005.
- 232- قرارات المجمع الفقهي الاسلامي في دوراته العشرين، رابطة العالم الاسلامي، مكة المكرمة، الاصدار الثالث.



- 233- قطب مصطفى سانو، نفقة الزوجة ومرتبها وعملها، رؤية منهجية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 16، ماي 2005.
- 234- محمد الزحيلي، عمل المرأة خارج البيت وأثره على الخلافات الزوجية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 16، ماي 2005.
- 235- ناجي بن محمد شفيق عجم، اختلافات الزوجين حول راتب الزوجة الموظفة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة 16، ماي 2005.

### ----- الدوريات -----

- 236- أحمد بن صالح آل عبد السلام، متعة الطلاق، بحث مقدم للدورة الثانية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة.
- 237- إدريس الفاخوري، وضعية المرأة العاملة بين الخطاب الشرعي والنص القانوني والواقع الاجتماعي، ندوة الأسرة والمواطنة، أيام 22 و23 مارس 2002م، بالرباط، منشورات شمل، مطبعة المعارف الجديدة، الدار البيضاء، 2003.
- 238- حسن بغداددي، نظام الأموال بين الزوجين في صلته بين نواحي الحق الشخصي والحق العيني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع1 و2، السنة السابعة، 1956/1957م.
- 239- حفيظة توتة، الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية بين النص القانوني والعمل القضائي، مجلة المحامي، هيئة المحامين بمراكش، ع 53، يوليو 2009.
- 240- خالد الكتاري، التطبيق القضائي لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة بتوزيع الأموال المكتسبة بين الزوجين، مجلة قضاء الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، عدد مزدوج (04،05)، فبراير 2009.
- 241- زهور الحر، تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية- قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، التقدير السنوي للمجلس الأعلى 2008، مركز النشر والتوثيق القضائي بالمجلس الأعلى، الرباط، ط1.

- 242- سلوى العياشي اللبان، المساواة في الحقوق بين الجنسين دعم لمنزلة المرأة داخل الأسرة وفي المجتمع، كتاب حقوق المرأة في تونس من المساواة إلى الشركة، مركز الدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة، منشورات الكريديف، 2007.
- 243- صالح بوشيش، نفقة الزوجة والإدلاء في حال الإعسار والامتناع، مجلة الأحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، ع5، 2002.
- 244- عمار مانع، المرأة العاملة في المنظومة التشريعية الجزائرية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، ع29، جوان 2008.
- 245- فاطمة الزهراء لقشيري، العقد المالي بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، عدد 11، جوان 2017.
- 246- فوزي بوخريص، الذمة المالية للزوجين من خلال مدونة الأسرة، مجلة القصر، ع23، ماي 2009م.
- 247- محمد الشافعي، قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، ندوة مدونة الأسرة بين النص والممارسة، 27- 28 يناير 2006، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، كلية الحقوق بمراكش، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ع25.
- 248- محمد الشافعي، نظام الأموال في القانون التونسي - نموذج للقانون المغربي، مجلة محكمة، مجلة فصلية متخصصة في الدراسات القانونية، ع05، يناير 2008/2009.
- 249- محمد مومن، حق الكد والسعاية - دراسة لحق المرأة في اقتسام الممتلكات خلال فترة الزواج في القانون المغربي -، مجلة الحقوق، ع1، السنة 30، يونيو 2006.
- 250- الملكي الحسين، الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات الكد والسعاية، مجلة رسالة المحاماة، هيئة المحامين بالرباط، ع25.
- 251- مصطفى مناصرية، ثنائية الأصالة والحداثة في قانون الأسرة الجزائري - دراسة حول التعديلات التي تضمنها قانون الأمر 02 / 05، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي - الجزائر، ع17.
- 252- هجيرة دنوبي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر، المجلد 32، ع1-2، 1994

253- زهية ر، أكثر من 10 آلاف زوج مهددون بالسجن بسبب النفقة، جريدة البلاد، يوم  
2012/05/19م

254- جريدة العرب، حال المرأة العاملة في الجزائر أحد أسباب طلاقها، يوم 2017/03/27م

----- الرسائل الجامعية والمذكرات -----

255- أحمد اليوسفي، الإثبات على ضوء العمل القضائي الأسري، ديبلوم دراسات عليا معمقة، كلية  
العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة وحدة، 2008/2007.

256- أيمن أحمد النعيرات، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، جامعة النجاح الوطنية، نابلس،  
فلسطين، 2009م.

257- بلخير سديد، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- دراسة  
مقارنة- مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر،  
2006-2005.

258- بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-  
، مذكرة ماجستير، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم  
الإسلامية، قسنطينة، 2008/2007م.

259- بلقاسم مطالي، الالتزامات التعاقدية في بيع التركة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين  
المغرب العربي-، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر-قسنطينة-،  
2017 - 2016م.

260- بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق  
الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،  
2016/2015م.

261- تيسير أحمد عبل الركابي، الأموال في الأديان السماوية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه منشورة،  
منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2014م.

262- خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، رسالة دكتوراه منشورة،  
دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1430هـ/2010م.

- 263- رتيبة عياش، أحكام النفقة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006.
- 264- رشيد داودي، العلاقات المالية بين الزوجين وفق مدونة الأسرة، ديبلوم دراسات عليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة طنجة، 2006/2005م.
- 265- رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة ابو بكر بلقايد -تلمسان-، 2006/2005.
- 266- رعد مقداد الحمداني، النظام المالي للزوجين- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية-، مذكرة ماجستير منشورة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2003م.
- 267- ساجدة عفيف، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011م.
- 268- سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره في الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2012/2011م.
- 269- شيماء التليلي، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه منشورة، دار صفحات للنشر والتوزيع، دمشق، ط1، 2008.
- 270- صالح أشطبي، الممارسة القضائية للمادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة باقتسام الأموال المكتسبة بين الزوجين، مذكرة ماستر كلية العلوم القانوني والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2010/2009.
- 271- صالح بن عبد الله بن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته-، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، 1982/1981م.
- 272- صباح خليفة، إنفاق المرأة في مجلة الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة 07 نوفمبر، قرطاج، تونس، 2010/2008.
- 273- عادل عيساوي، النظام المالي للأسرة في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2018/2017.

- 274- عزالدين عبد الدائم، حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة، مذكرة ماجستير منشورة، دار كردادة للنشر والتوزيع، بوسعادة، الجزائر، ط1، 2011.
- 275- عمر المركلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، ديبلوم دراسات عليا معقمة، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، أكادال الرباط، 2006/2005م.
- 276- عمر صلاح الحافظ مهدي الغزاوي، الذمة المالية للزوجين- في الفقه الإسلام والقانون الوضعي-، مذكرة ماجستير منشورة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010.
- 277- فريدة بناي، تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي - الجنس معيارا-، أطروحة دكتوراه منشورة، سلسلة منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 1993م.
- 278- فؤاد زلماظ، تدبير الأموال المكتسبة أثناء فترة الزوجية على ضوء المادة 49 من مدونة الأسرة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة الحسن الأول بسطات، 2011/2010.
- 279- قاسم بن محمد الأهدل، الصداق في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة المالك عبد العزيز، 1401هـ.
- 280- لخضر بن عائشة، إثبات الحقوق المالية للزوجين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012/2011م.
- 281- لطيفة مناد، المرأة المقاولة والمشاركة الاقتصادية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تلمسان، 2014/2013.
- 282- لكنار محمد، الحماية الجنائية للأسرة -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه-، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2010.
- 283- لمين لبني، حق المتعة وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015/2014.
- 284- ليلي إسحيق، الحقوق والالتزامات المالية للزوجة في ظل المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية، ديبلوم دراسات عليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة طنجة، 2009/2008.

- 285- محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، دبلوم دراسات عليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2006/2005م.
- 286- محمد أنور الرجيسي، نظام الاشتراك في الملكية بين الزوجين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوسط، سوسة، تونس، 2013/2012.
- 287- محمد بحاق، أحكام التنازع بين الزوجين-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية المغاربية-، مذكرة ماجستير، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية -قسنطينة-، 2009/2008.
- 288- محمد كريم المغايرة، نفقة المرأة على نفسها وعلى غيرها في الفقه الإسلامي مقارنا بقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، تشرين الثاني، 1997م.
- 289- مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد، استيفاء الديون في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه منشورة، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط1، 1431هـ.
- 290- نزار الحمروني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، رسالة في الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس3، 2000/1999م.
- 291- نورة بوطاهر، العلاقات المالية بين الزوجين بين محدودية النص وتطور الواقع، دبلوم دراسات عليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، 2007/2006م.
- 292- هيفاء القضامي، الالتزامات المالية المترتبة عن الزواج، مذكرة دراسات عليا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1998/1997.

### القوانين والأوامر والمراسيم

#### القوانين الجزائرية

- 293- دستور 10 ديسمبر 1963
- 294- دستور 22 نوفمبر 1976
- 295- دستور 28 نوفمبر 1996
- 296- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في: 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر ، ع49.

297- أمر رقم 75 - 58 المؤرخ في : 26 /09/ 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، ع78.

298- أمر رقم 75 - 59 المؤرخ في: 26/1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج ر ، ع 101.

299-قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في : 09 /06/ 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 - 02، ج ر ، ع 24.

300-قانون رقم 88 - 14 المؤرخ في : 03 مايو 1988 يعدل ويتمم الأمر رقم 75 - 58 المتضمن القانون المدني ، ج ر، ع18 ، صادرة بتاريخ: 04 مايو 1988 .

301-القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج ر، ع17.

302-المرسوم الرئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 22 جانفي 1996 المتضمن الانضمام مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج ر، ع 06 .

----- ثانيًا: القوانين المغربية -----

303-مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة، لسنة 1957.

304-القانون 95.15 المتعلق بمدونة التجارة المعدل والمتمم الصادرة بمقتضى ظهير الشريف رقم83.96 بتاريخ 01/09/1996، ج ر، ع4418.

305-قانون رقم 03.70 بمثابة مدونة الأسرة، المعدل والمتمم، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى ظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ: 03 فبراير 2004، ج ر، ع5184 ، صادرة بتاريخ: 05 فبراير 2004.

306-قانون الالتزامات والعقود الصادر بمقتضى ظهير الشريف1.11.140 بتاريخ 17 أوت 2011، ج ر، ع5980.

----- ثالثًا: القوانين التونسية -----

307-أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906 المتعلق بإصدار مجلة الالتزامات والعقود المعدل والمتمم، الرائد الرسمي التونسي، ع68.

308-أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 المعدل والمتمم يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية. الرائد الرسمي تونس، ع66، صادر بتاريخ: 17 أوت 1956.

309- قانون رقم 129 المؤرخ في 1959/10/05 المتعلق بإدراج القانون التجاري، الرائد الرسمي،  
ع56.

310- القانون رقم 44 المؤرخ في 1995/05/02 المتعلق بالسجل التجاري التونسي، الرائد الرسمي،  
ع4.

311- القانون رقم 94 المؤرخ في: 1998/09/09، المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين،  
الرائد الرسمي، ع91.

----- رابعا: قوانين أخرى -----

312- قانون 21 مارس 1804 المتضمن القانون المدني الفرنسي المعدل والمتمم.

313- القانون رقم 26 لعام 1956 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني المعدل والمتمم.

314- قانون رقم 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

315- القانون رقم (10) لسنة 1984 المتضمن الزواج والطلاق وآثارهما الليبي المعدل والمتمم بالقانون  
(14) لسنة 2015.

316- المرسوم رقم 84 / 406 المؤرخ في: 30 / 05 / 1984 المتعلق بسجل التجارة والشركات  
الفرنسي.

317- القانون رقم 100 بتاريخ: 1985/07/04 المعدل لقانون الأحوال الشخصية المصري، ج ر،  
ع27.

318- قانون الأحوال الشخصية اللبناني.

319- قانون الأحوال الشخصية السوري.

320- من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

----- القرارات القضائية -----

----- أولا: القضاء الجزائري -----

321- قرار 372292، المؤرخ في 2006/11/15، غرفة الاحوال الشخصية، المحلة القضائية، المحكمة  
العليا، 2007، ع1.



- 322-قرار رقم 32779 بتاريخ 1984/04/02، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع02، 1989.
- 323-قرار رقم 34327 بتاريخ 1984/10/22، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع3، 1989.
- 324-قرار رقم 3479، بتاريخ 1984/11/19، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1989، ع3.
- 325-قرار رقم 35107 بتاريخ 1984/11/19، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1990، ع02.
- 326-قرار رقم: 35912، بتاريخ: 1985/04/08، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع1، 1989.
- 327-قرار رقم 38321، المؤرخ في 1985/11/04، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1989، ع1.
- 328-قرار رقم 39731 بتاريخ 1986/01/27، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع4، 1993.
- 329-قرار رقم 44630، المؤرخ في 1987/02/09، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1990، ع3.
- 330-قرار رقم 51715، المؤرخ في 1989/01/16، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1992، ع02.
- 331-قرار رقم 55116 بتاريخ 1989/10/02، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1991، ع01.
- 332-قرار رقم 51614، بتاريخ: 1989/11/21، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع4، 1990.
- 333-قرار رقم: 210422 بتاريخ: 1998/11/17، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

- 334-قرار رقم:216836، بتاريخ16/03/1999،غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 2001 ، عدد خاص .
- 335-قرار رقم 276760 ، المؤرخ في 13/03/2002، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 2004، ع 1 .
- 336-قرار رقم 358348 بتاريخ 07/12/2006، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع2، 2006.
- 337-قرار رقم 390091 بتاريخ 11/04/2007، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع1، 2008.
- 338-قرار رقم 433 بتاريخ 21/09/2010، ملف 2/623/2009، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المجلس الأعلى، ع72.

----- ثانيا: القضاء المغربي -----

- 339-قرار صادر في 26/05/1977، مجلة قضاء المجلس الأعلى
- 340-قرار رقم 197 الصادر في: 02/05/1980
- 341-قرار رقم 89/8746 بتاريخ 08/04/1991
- 342-حكم رقم 94/55 بتاريخ 15/02/1994
- 343-حكم رقم 223 بتاريخ 22/11/1997
- 344-قرار رقم 2344 ملف 99 /6323 مؤرخ في: 04/04/2000
- 345-قرار 463، المؤرخ في 12/10/2005، الملف الشرعي 370/2/2005.
- 346-حكم صادر عن المحكمة الابتدائية للدار البيضاء رقم: 04/685 بتاريخ 24/04/2006
- 347-حكم رقم 06/121 بتاريخ 17/10/2006، عن محكمة أكادير
- 348-حكم رقم 07/05-523 بتاريخ 20/04/2006 عن محكمة طنجة.
- 349-حكم رقم 04 /685 بتاريخ 24/04/2006 عن محكمة الدار البيضاء
- 350-حكم صادر من محكمة تمارة بتاريخ 04/12/2007
- 351-حكم رقم 06/5745 بتاريخ 21/02/2008 عن محكمة الدار البيضاء
- 352-قرار محكمة الاستئناف بأكادير رقم 03-534 المؤرخ في 14/09/2014

----- ثالثا: القضاء التونسي -----

353- قرار تعقيبي رقم 5116 المؤرخ في 1981/6/9 م.ق.ت رقم 1981، ق.م، 181/2

354- قرار تعقيبي مدني رقم 22695 المؤرخ في 1993/05/23، م.ق.ت، 1993، ع.2.

----- المراجع باللغة الفرنسية -----

355- Anne Sophie, Brun wauthier, Régimes matrimoniaux, Groupe larcier, 3eme edition, 2013.

356- Annie Lamboley, Marie hélène, Laurens Lamboley, Droit des régimes matrimoniaux , Librairie de la cour de cassation, Paris, 1998.

357- François Terré, Philippe Simler, Les régimes matrimoniaux, Editions dalloz, 2015.

358- Isabel Corport, Régimes matrimoniaux, Librairie vuibier, Paris, 2002.

359- Janine Revel, Les régimes matrimoniaux , Editions dalloz, Paris, 6eme edition, 2012 .

360- Jean Claud Montanier, Les régimes matrimoniaux, Presses univairsitaires de gronoble, Grenoble, 2 Editions, 1993 .

361- Philippe Malerie, Laurent Aynès, Les régimes matrimoniaux, Editions juridiques associées, Paris, 2004.

362- Remy Cabrillac, Droit civil - Les régimes matrimoniaux, Editins monterestien, Paris, 2000.

## فهرس المحتويات

مقدمة.....	أ - ي
مبحث تمهيدي: مفهوم النظام المالي للزوجين.....	2
المطلب الأول: معنى النظام المالي للزوجين وصلته بفكرة الذمة المالية.....	3
الفرع الأول: معنى النظام المالي للزوجين.....	3
البند الأول: النظام المالي لغة.....	3
أولاً: النظام لغة.....	3
ثانياً: المال لغة.....	3
البند الثاني: النظام المالي للزوجين اصطلاحاً.....	4
الفرع الثاني: صلة النظام المالي للزوجين بفكرة الذمة المالية.....	7
البند الأول: مفهوم الذمة المالية في الفقه الإسلامي.....	7
أولاً: معنى الذمة في الفقه الإسلامي.....	8
ثانياً: خصائص الذمة في الفقه الإسلامي.....	11
البند الثاني: مفهوم الذمة المالية في الفقه الغربي.....	12
أولاً: النظرية التقليدية.....	13
ثانياً: النظرية الحديثة.....	14
المطلب الثاني: النظام المالي للزوجين في الحضارات والشرائع القديمة.....	16
الفرع الأول: النظام المالي للزوجين في الحضارات القديمة.....	17
البند الأول: النظام المالي للزوجين في الحضارات الشرقية.....	17
أولاً: في بلاد الرافدين ( العراق القديم).....	17
ثانياً: في مصر الفرعونية.....	20
البند الثاني: النظام المالي للزوجين في الحضارات الغربية.....	22
أولاً: في الحضارة اليونانية.....	22
ثانياً: في الحضارة الرومانية.....	23

24	الفرع الثاني: النظام المالي للزوجين في الشرائع السماوية.....
24	البند الأول: في الشريعة اليهودية .....
25	البند الثاني: في الشريعة المسيحية.....
29	الفصل الأول: مبدأ الانفصال المالي بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .....
30	المبحث الأول: مبدأ إلقاء الالتزامات المالية للزوج على عاتق الزوج .....
31	المطلب الأول: الالتزام المالي باعتباره شرطاً في عقد الزواج (المهر) .....
31	الفرع الأول: مفهوم المهر.....
31	البند الأول: تعريف المهر.....
31	أولاً: المهر لغة. ....
31	ثانياً: المهر اصطلاحاً.....
33	البند الثاني: مشروعية المهر .....
33	أولاً: من الكتاب.....
34	ثانياً: من السنة .....
34	ثالثاً: من الإجماع.....
34	البند الثالث: تكييف المهر .....
35	أولاً: الرأي القائل بأن المهر شرط في العقد.....
36	ثانياً: الرأي القائل بأن المهر أثر مترتب على العقد .....
37	الفرع الثاني: تحديد قيمة المهر.....
37	البند الأول: تحديد المهر بالاتفاق (المهر المسمى) .....
37	أولاً: المقصود بالمهر المسمى .....
38	ثانياً: شروط التسمية .....
41	البند الثاني: تحديد المهر باعتبار مثيلاتها ( مهر المثل).....
41	أولاً: المقصود بمهر المثل.....
43	ثانياً: حالات وجوب مهر المثل.....
49	الفرع الثاني: مؤكدات المهر .....

49	..... البند الأول: مؤكدات المهر المتفق عليها
49	..... أولاً: الدخول الحقيقي
50	..... ثانياً: موت أحد الزوجين
51	..... البند الثاني: مؤكدات المهر غير المتفق عليها (الخلوة الصحيحة)
52	..... أولاً: الخلوة الصحيحة في الفقه الإسلامي
55	..... ثانياً: الخلوة الصحيحة في القانون
56	..... الفرع الثالث : النزاع حول المهر
56	..... البند الأول : النزاع حول المهر في الفقه الإسلامي
56	..... أولاً: النزاع حول أصل التسمية
57	..... ثانياً: النزاع في مقدار المهر أو جنسه أو نوعه أو صفته
59	..... ثالثاً: النزاع في القبض ووصفه
61	..... البند الثاني : النزاع حول المهر في القانون
63	..... المطلب الثاني: الالتزام المالي المترتب على عقد الزواج(النفقة)
63	..... الفرع الأول: مفهوم النفقة
63	..... البند الأول: تعريف النفقة
63	..... أولاً: النفقة لغة
63	..... ثانياً: النفقة اصطلاحاً
65	..... البند الثاني: شروط استحقاق النفقة
65	..... أولاً: مذهب الجمهور
66	..... ثانياً: مذهب المالكية
67	..... الفرع الثاني: مشتملات النفقة و تقديرها
68	..... البند الأول: مشتملات النفقة
68	..... أولاً: مشتملات النفقة في الفقه الإسلامي
75	..... ثانياً: مشتملات النفقة في القانون
77	..... البند الثاني: معيار تقدير النفقة

77	أولاً: معيار تقدير النفقة في الفقه الإسلامي .....
79	ثانياً: معيار تقدير النفقة في القانون .....
81	الفرع الثالث: أثر الامتناع عن النفقة .....
81	البند الأول: إعسار الزوج بالنفقة .....
81	أولاً: إعسار الزوج بالنفقة في الفقه الإسلامي .....
85	ثانياً: إعسار الزوج بالنفقة في القانون .....
86	البند الثاني: الامتناع مع يسار الزوج .....
86	أولاً: الامتناع في الفقه الإسلامي .....
88	ثانياً: الامتناع في القانون .....
92	المطلب الثالث: الالتزام المالي المترتب عن انتهاء عقد الزواج .....
92	الفرع الأول متعة الطلاق .....
92	البند الأول مفهوم متعة الطلاق .....
92	أولاً: معنى المتعة .....
94	ثانياً: مشروعية المتعة والحكمة منها .....
96	البند الثاني: حكم المتعة .....
96	أولاً: حكم المتعة في الفقه الإسلامي .....
101	ثانياً: موقف القانون من المتعة .....
104	البند الثالث: تقدير المتعة .....
104	أولاً: معيار تقدير المتعة .....
107	ثانياً: تحديد المتعة .....
110	البند الأول: مفهوم العدة وأنواعها .....
110	أولاً: تعريف العدة وحكمها الشرعي .....
113	ثانياً: أنواع العدة ومقاديرها .....
114	البند الثاني: أحكام نفقة المعتدة .....
114	أولاً: أحكام نفقة العدة في الفقه الإسلامي .....

122	..... ثانيا: أحكام نفقة العدة في القانون.
124	..... البند الثالث: سقوط نفقة العدة.
124	..... أولاً: إذا كان الزواج فاسداً أو كان دخولاً بشبهة.
125	..... ثانياً: إذا كانت معتدة من وفاة.
126	..... ثالثاً: إذا خالعه على نفقة عدتها.
<b>128</b>	<b>..... المبحث الثاني: الاستقلال من حيث القواعد التي تحكم أموال الزوجين</b>
129	..... المطلب الأول: استقلالية الزوجة في مالها.
129	..... الفرع الأول: تأصيل استقلالية الزوجة بالتصرف في مالها.
129	..... البند الأول: التأصيل الشرعي لاستقلالية الزوجة بالتصرف في مالها.
130	..... أولاً: من الكتاب.
132	..... ثانياً: من السنة النبوية.
133	..... البند الثاني: التأصيل القانوني لاستقلالية الزوجة بالتصرف في مالها.
136	..... الفرع الثاني: استقلالية الزوجة في التبرع بمالها.
136	..... البند الأول: الرأي القائل بخضوع تبرع الزوجة لإذن الزوج.
136	..... أولاً: مقتضى خضوع تبرع الزوجة لإذن الزوج.
137	..... ثانياً: أدلة أصحاب هذا الرأي.
141	..... البند الثاني: الرأي القائل باستقلالية الزوجة في تصرفاتها التبرعية.
141	..... أولاً: مقتضى استقلال الزوجة في تصرفاتها التبرعية.
142	..... ثانياً: أدلة أصحاب هذا الرأي.
146	..... الفرع الثالث: استقلالية الزوجة بالتصرف في صداقها.
147	..... البند الأول: المقصود بالجهاز.
147	..... أولاً: الجهاز لغة.
147	..... ثانياً: الجهاز اصطلاحاً.
148	..... البند الثاني: مسؤولية الزوجة في تجهيز بيت الزوجية.
149	..... أولاً: مسؤولية الزوجة في تجهيز بيت الزوجية في الفقه الإسلامي.



152	.....ثانيا: مسؤولية الزوجة في تجهيز بيت الزوجية في القانون
153	.....البند الثالث: تجهيز الأب لابنته
153	.....أولاً: تجهيز الأب لابنته في الفقه الإسلامي
156	.....ثانيا: تجهيز الأب لابنته في القانون
157	.....البند الرابع: حق الزوج في الانتفاع بالجهاز
157	.....أولاً: حق الزوج في الانتفاع بالجهاز في الفقه الإسلامي:
159	.....المطلب الثاني: استقلالية الزوجين في التكسب والتملك
159	.....الفرع الأول: حق الزوجة في ممارسة العمل الكسبي
159	.....البند الأول: مشروعية عمل الزوجة وضوابطه
159	.....أولاً: مشروعية عمل الزوجة
163	.....ثانيا: ضوابط وشروط عمل المرأة
167	.....البند الثاني: سلطة الزوج في منع زوجته من ممارسة العمل الكسبي
167	.....أولاً: عمل الزوجة باعتباره شرطاً مقترناً بالعقد
172	.....ثانيا: حالة عدم اشتراط العمل
177	.....الفرع الثاني: النزاع حول الممتلكات كأثر للاستقلال المالي للزوجين
177	.....البند الأول: معنى متاع البيت
177	.....أولاً: المتاع لغة
178	.....ثانياً: المتاع اصطلاحاً
179	.....البند الثاني: الآراء الفقهية في حل نزاع الممتلكات بين الزوجين
179	.....أولاً: ملكية المتاع على أساس الناصفة
182	.....ثانياً: ملكية المتاع على أساس الصلاحية
184	.....ثالثاً: ملكية المتاع على أساس المسؤول على التجهيز أو ملكية البيت
185	.....رابعاً: المتاع كله للزوج
187	.....البند الثالث: موقف القانون من النزاع حول متاع البيت
190	.....المطلب الثالث: استقلالية كل زوج بديونه

190	الفرع الأول: الذمة المالية باعتبارها ضماناً لديون الزوجين تجاه الغير .....
190	البند الأول: الذمة المالية باعتبارها ضماناً للديون أثناء الحياة. ....
193	البند الثاني: الذمة المالية باعتبارها ضماناً للديون بعد الوفاة .....
193	أولاً: الذمة المالية باعتبارها ضماناً للديون بعد الوفاة في نظر الفقه الإسلامي .....
195	ثانياً: الذمة المالية باعتباره ضماناً للديون بعد الوفاة في نظر الفقه الغربي .....
197	الفرع الثاني: استيفاء الديون بين الزوجين .....
197	البند الأول: المهر كونه ديناً في ذمة الزوج .....
197	أولاً: ضمانات استيفاء دين المهر .....
204	ثانياً: انقضاء دين المهر .....
211	البند الثاني: النفقة كونها ديناً في ذمة الزوج .....
211	أولاً: حماية دين النفقة .....
215	ثانياً: انقضاء دين النفقة .....
221	<b>الفصل الثاني: إعمال الاشتراك المالي بين الزوجين .....</b>
222	<b>المبحث الأول: الاشتراك المالي بين الزوجين باعتباره واقعاً معاشاً .....</b>
223	المطلب الأول: الاشتراك من حيث تحمل الإنفاق والأعباء العامة. ....
223	الفرع الأول: مساهمة الزوجة الموسرة في النفقة .....
223	البند الأول: أساس إلزام الزوج بالنفقة .....
224	أولاً: الاحتباس أساس إلزام الزوج بالنفقة .....
225	ثانياً: التمكين التام أساس إلزام الزوج بالنفقة .....
226	ثالثاً: العقد أساس وجوب النفقة .....
227	البند الثاني: مساهمة الزوجة في النفقة الزوجية .....
228	أولاً: مساهمة الزوجة الموسرة في النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية .....
235	ثانياً: مساهمة الزوجة في النفقة الزوجية في القانون .....
241	أولاً: إنفاق الزوجة على الأبناء في الفقه الإسلامي .....
245	ثانياً: مساهمة الزوجة في الإنفاق على الأبناء في القانون .....

246	الفرع الثاني: مساهمة الزوجة العاملة في الإنفاق.....
247	البند الأول: واقع مساهمة الزوجة في الإنفاق.....
247	أولاً: واقع عمل المرأة.....
249	ثانياً: واقع مشاركة الزوجة في الإنفاق.....
251	البند الثاني: مساهمة الزوجة العاملة في الإنفاق في الفقه الإسلامي.....
252	أولاً: معيار مقتضى العقد.....
254	ثانياً: معيار نقص الاحتباس.....
258	ثالثاً: معيار السلطة والإرادة.....
260	البند الثالث: مساهمة الزوجة العاملة في الإنفاق في القانون.....
265	المطلب الثاني: الاشتراك من حيث المساهمة في الممتلكات.....
265	الفرع الأول: مساهمة الزوجة في تنمية أموال الزوج.....
266	البند الأول: حق الزوجة المستفادة من تنمية أموال الزوج في ش الإسلامية (حق الكد والسعاية).....
266	أولاً: مفهوم الكد والسعاية.....
269	ثانياً: السند الشرعي لحق الكد والسعاية.....
276	البند الثاني: حق الزوجة في الاستفادة من الثروة المكتسبة في العمل القضائي.....
277	أولاً: حق الزوجة في الاستفادة من الثروة المكتسبة قبل صدور مدونة الأسرة.....
278	ثانياً: حق الزوجة في الاستفادة من الثروة بعد صدور مدونة الأسرة.....
280	ثالثاً: إثبات مساهمة الزوجة في تنمية أموال الأسرة.....
284	الفرع الثاني: استحقاق الزوجة مقابلاً عن عمل البيت.....
284	البند الأول: ماهية العمل البيتي.....
286	ثانياً: تمييز العمل البيتي عن العمل الكسبي.....
287	البند الثاني: حكم العمل البيتي.....
287	أولاً: الاتجاه القائل بالزامية العمل البيتي.....
290	ثانياً: الاتجاه القائل بعدم إلزامية العمل البيتي.....
291	ثالثاً: الاتجاه القائل بتحكيم العرف وحال الزوج.....

- 291 ..... البند الثالث: مدى استحقاق الزوجة مقابلاً عن خدمة البيت
- 292 ..... أولاً: الموقف الفقهي من استحقاق الزوجة مقابلاً عن خدمة البيت
- 296 ..... ثانياً: موقف القانون حول استحقاق الزوجة مقابلاً عن خدمة البيت
- 300** ..... **المبحث الثاني: الاشتراك المالي بين الزوجين باعتباره نظاماً قائماً**
- 301 ..... **المطلب الأول: أسس ومبادئ نظام الاشتراك المالي بين الزوجين**
- 301 ..... **الفرع الأول: مبدأ حرية المشاركات المالية بين الزوجين**
- 301 ..... **البند الأول: نطاق حرية المشاركات المالية بين الزوجين**
- 301 ..... **أولاً: نطاق حرية المشاركات المالية بين الزوجين في القانون الفرنسي**
- 304 ..... **ثانياً: نطاق حرية المشاركات المالية بين الزوجين في النظم العربية**
- 307 ..... **البند الثاني: قابلية النظام المالي للتعديل**
- 309 ..... **البند الثالث: القيود الواردة على حرية المشاركات المالية للزوجين**
- 310 ..... **أولاً: القيود الواردة على حرية المشاركات المالية للزوجين في القانون الفرنسي**
- 311 ..... **ثانياً: القيود الواردة على المشاركات المالية للزوجين في القانون التونسي**
- 313 ..... **الفرع الثاني: الشروط الشكلية من المشاركات المالية**
- 313 ..... **البند الأول: الشكل الرسمي للمشاركة المالية**
- 316 ..... **البند الثاني: إشهار المشاركة المالية**
- 316 ..... **أولاً: الإشهار بدفاتر الحالة المدنية**
- 318 ..... **ثانياً: الإشهار بالسجل العقاري**
- 319 ..... **ثالثاً: الإشهار بالسجل التجاري**
- 320 ..... **الفرع الثالث: مبدأ التضامن في تحمل الأعباء الزوجية**
- 321 ..... **البند الأول: الأعباء والتكاليف العائلية**
- 321 ..... **أولاً: الالتزام بالمساهمة في التكاليف العائلية**
- 322** ..... **ثانياً: آثار الالتزام بالأعباء العائلية**
- 323 ..... **البند الثاني: الديون العائلية**
- 323 ..... **أولاً: مبدأ التضامن في تحمل الديون**

- 325 ..... ثانيا: مجال التضامن
- 327 ..... البند الثالث: مسكن الزوجية
- 327 ..... أولاً: حماية السكن العائلي
- 330 ..... ثانيا: الآثار المترتبة على حماية المسكن العائلي
- 330 ..... المطلب الثاني: أنواع الاشتراك المالي بين الزوجين ومشروعيته
- 331 ..... الفرع الأول: أنواع الاشتراك المالي بين الزوجين
- 331 ..... البند الأول: أنواع الاشتراك المالي في القانون الفرنسي
- 331 ..... أولاً: نظام الاشتراك القانوني (الاشتراك المقتصر على المكتسبات)
- 336 ..... ثانيا: أنظمة الاشتراك الاختياري
- 345 ..... البند الثاني: نطاق الاشتراك في القانون التونسي
- 346 ..... أولاً: أصول الاشتراك
- 349 ..... ثانياً: خصوم الاشتراك
- 350 ..... البند الثالث: نطاق الاشتراك في القانونين الجزائري والمغربي
- 350 ..... أولاً: أصول الاشتراك
- 351 ..... ثانيا: خصوم الاشتراك
- 351 ..... الفرع الثاني: مشروعية الاشتراك المالي بين الزوجين
- 351 ..... البند الأول: خضوع الاشتراك المالي لأحكام الشروط الاتفاقية في الزواج
- 352 ..... أولاً: مبدأ تنوع الشروط في الاشتراك المالي بين الزوجين
- 353 ..... ثانياً: تكييف شروط الاشتراك المالي
- 356 ..... البند الثاني: الاشتراك المالي بين الزوجين كعقد شركة
- 356 ..... أولاً: مدلول الشركة ومشروعيته
- 358 ..... ثانياً: مدى قياس الاشتراك المالي على عقد الشركة
- 361 ..... ثالثاً: صور الاشتراك المالي بين الزوجين في الفقه الاسلامي
- 365 ..... المطلب الثالث: أحكام الاشتراك المالي بين الزوجين
- 365 ..... الفرع الأول: إدارة وتسيير أموال الاشتراك

365	..... البند الأول: إدارة وتسيير أموال الاشتراك في القانون الفرنسي
366	..... أولاً: تسيير الأموال المشتركة
370	..... ثانياً: إدارة وتسيير الأموال الخاصة
372	..... البند الثاني: إدارة وتسيير الأموال المشتركة في القانون التونسي
372	..... أولاً: الإدارة المنفردة للمال المشترك
374	..... ثانياً: التصرف الثنائي في المال المشترك
377	..... الفرع الثاني: انقضاء الاشتراك المالي
377	..... البند الأول: انحلال الاشتراك المالي
377	..... أولاً: أسباب انحلال نظام الاشتراك المالي
380	..... ثانياً: آثار حل الاشتراك
382	..... البند الثاني: تصفية المشترك
382	..... أولاً: مكونات الكتلة المشتركة
384	..... البند الثالث: قسمة المشترك
385	..... أولاً: مقاسمة أصول المشترك
387	..... ثانياً: المساهمة في الديون
399	..... فهرس الآيات
403	..... فهرس الأحاديث النبوية
405	..... فهرس الأعلام المترجم لهم
407	..... فهرس المصادر والمراجع
407	..... القرآن الكريم
438	..... فهرس المحتويات

## ملخص البحث:

يأتي هذا البحث ليناقد مسألة هامة بدأت تأخذ حيزاً من النقاش في الفترة الحالية، خاصة أنها مسألة لها تأثير مباشر على ديمومة الحياة الزوجية واستقرارها، فهي تعالج العلاقات المالية الناشئة بين الزوجين والتي يطلق عليها النظام المالي للزوجين، وسبب الحديث عن هذا الموضوع في الآونة الأخيرة تلك النوازل والتغيرات التي مست الحياة الاجتماعية والاقتصادية للزوجين وأثرت على الأدوار التي يمارسها الزوجان داخل الأسرة، فطرحنا للنقاش ضرورة الاستعانة بنظام الاشتراك المالي الذي تطبقه النظم الغربية إلى جانب نظام الانفصال المالي ذو الصبغة الإسلامية في تشريعاتنا الأسرية، حيث يرى المدافعون عن هذا الخيار أن هذا النظام يضع حلولاً لبعض المشاكل التي تعاني منها الأسرة المسلمة وتسمح للزوجين بتنظيم حياتهما المالية وفق إرادتهما ووضعيتها المالية، ويستجيب لمبدأ المساواة بين الزوجين الذي أكدت عليه الاتفاقيات الدولية.

بناءً على هذه المعطيات تم طرح تقنين الاشتراك للمالي في التعديلات الأسرية الأخيرة فطبقت بعض التشريعات كالقانون التونسي، وأجازته تشريعات أخرى دون أن تضع له قانوناً ينظمها كما هو الحال في الجزائر والمغرب، لذلك فنحن في حاجة ماسة لمناقشة مدى قدرة نظام الانفصال المالي في التصدي للتغيرات الجديدة ومدى الحاجة إلى الاستعانة بنظام الاشتراك المالي، ولا يتأتى ذلك إلا بدراسة تقييمية لكلا النظامين واستخراج إيجابيات وسلبيات كل نظام.

وقد افتتحت هذه الدراسة بمبحث تمهيدي للتعريف بالنظام المالي للزوجين وصلته بالذمة المالية، ثم انطلقت في معالجة الإشكالية في فصلين آخذاً القانون الجزائري والتونسي والمغربي كعينات في الدراسة، تناولت في الفصل الأول نظام الانفصال المالي للزوجين باعتباره مبدأً تقوم عليه العلاقات المالية الزوجية في الفقه الإسلامي والنظم القانونية المستمدة منه، وشرحت مظاهر هذا الانفصال الذي يتجلى في الالتزامات المالية المترتبة عن العلاقة الزوجية من مهر

ونفقة وامتعة، وكذلك الاستقلال المالي لكل زوج من خلال السلطات الممارسة على أمواله من تصرف وتكسب وتملك، وديون مترتبة على ذمتي الزوجين.

وعرضت في الفصل الثاني أعمال الاشتراك من خلال مناقشة حقيقة الأوضاع الجديدة التي أفرزها الواقع فأوجد اشتراكاً فعلياً تجلّى في تضامن الزوجين للتصدي للأعباء الأسرية ومساهمتها في تكديس الثروة الأسرية في ظل قانون يقوم على الانفصال، وبعدها تناولت الاشتراك المالي للزوجين باعتباره نظاماً قانونياً قائماً ببيان أسسه وأنواعه ومشروعيته ثم انقضائه.

وقد خلصت في هذا البحث إلى أن لكل مجتمع قيمه ومقوماته وأن العلاقات المالية للزوجين قد وضعت لتسهم في بناء هذه القيم وهذه المقومات، لذلك تباينت أحكام هذين النظامين، وعلى الرغم من ذلك فإن نظام الانفصال المالي يبدو بسيطاً في أحكامه وأكثر سلاسة عند تنفيذه على أرض الواقع، وهو نظام مرن يتعايش مع ظروف الزوجين سواء كانا على اتفاق أو على خلاف، بينما يتميز نظام الاشتراك المالي بالتعقيد سواء في تكوينه أو أحكامه أو عند انقضائه، وهو نظام لا يقوى على مقاومة الخلافات الزوجية ونجاحه يتوقف على أن يكون الزوجان على درجة من التوافق، ولتطبيقه على المجتمع المسلم ينبغي لأن تكون أحكامه موافقة للشريعة الإسلامية.



## **Abstrait**

Cette recherche aborde une question importante qui fait l'objet du débat au cours de la période actuelle, Surtout parce que cela a un impact direct sur la durabilité et la stabilité de la vie conjugale, elle traite les relations financières naissantes entre les époux appelées le régime financier des époux, et la raison pour laquelle nous avons récemment abordé le sujet à ce sujet réside dans les parités et les changements qui ont affecté la vie sociale et économique des époux et affecté les rôles joués par le couple au sein de la famille, alors j'ai discuté la nécessité d'utiliser le régime de participation financière appliqué par les régimes occidentaux ainsi que le régime de séparation financière de caractère islamique dans notre législation familiale, Les défenseurs de cette option estiment que ce système apporte des solutions à certains des problèmes de la famille musulmane et permet aux époux d'organiser leur vie financière en fonction de leur volonté et de leur situation financière, et répond au principe d'égalité entre les époux confirmé par des accords internationaux.

Sur la base de ces données, la légalisation de la contribution financière a été introduite dans les dernière amendements familial, et qui été appliqué par des législations telle que la loi tunisienne, d'autres législations ont été approuvées sans loi, comme en Algérie et au Maroc. Il est donc urgent de déterminer dans quelle mesure le régime de séparation financière peut faire face aux nouveaux changements et à la nécessité de recourir au régime de participation financière. Ce résultat ne peut être atteint que par une étude d'évaluation des deux régimes, des avantages et des inconvénients. chaque régime.

Cette étude a été ouverte par un document introductif présentant le système financier du couple et ses relations avec le patrimoine, et puis j'ai abordé le problématique en deux chapitres, prenant comme exemples de la loi algérienne, tunisienne et marocaine, dans le premier chapitre, j'ai traité le régime de séparation financière des époux en tant que principe sur lequel reposent les relations financières conjugales dans la jurisprudence islamique et les régimes juridiques qui en découlent, j'ai expliqué les aspects de cette

séparation, qui se reflètent dans les obligations financières découlant de la relation conjugale de dot, de pension alimentaire et de motaa, ainsi que l'indépendance financière de chaque époux par le biais des autorités qui exerce sur son argent, comme acte, gagner et posséder, et les dettes contractées par le patrimoine de couple.

Dans le deuxième chapitre j'ai exposé l'opération de participation en abordant la réalité des situations nouvelles créées par la réalité et a constaté une participation active à la solidarité des époux pour faire face au fardeau familial et à leur contribution à l'accumulation du patrimoine familial dans le cadre d'une loi basée sur la séparation, ensuite j'ai traité la participation financière du couple en tant que système juridique fondé sur ses fondements, ses types, sa légitimité et son expiration.

Ayant conclu dans cette recherche que chaque société a ses valeurs et ses composants et que les relations financières du couple ont été développées pour contribuer à la construction de ces valeurs et de ces éléments, Ainsi, les dispositions de ces deux systèmes ont varié, néanmoins, le système de séparation financière semble simple dans ses dispositions et plus souple lorsqu'il est mis en œuvre sur le terrain, C'est un système flexible qui coexiste avec la situation des époux, qu'ils soient d'accord ou non, alors que le système de participation financière est complexe dans sa composition, ses dispositions ou lorsqu'il expire, un système qui n'est pas capable de résister aux différends matrimoniaux et dont le succès dépend du fait que les époux sont assez consensuels pour son application. pour l'appliquer à la communauté musulmane, ses dispositions doivent être conformes à la loi islamique.

## **Abstract**

This research addresses an important question that is the subject of debate during the current period, especially because it has a direct impact on the sustainability and stability of married life, it deals with the nascent financial relationships between spouses called the spouses' financial regime, and the reason why we recently broached the subject on this subject lies in the parities and the changes that have affected the social and economic life of the spouses and affected the roles played by the couple within the family, so I discussed the need to use the financial participation regime applied by Western regimes as well as the financial separation regime of an Islamic character in our family law. Advocates of this option believe that this system provides solutions to some of the problems of the Muslim family and allows spouses to organize their financial life according to their will and their financial situation, and responds to the principle of equality between spouses confirmed by international agreements.

On the basis of these data, the legislation of the financial contribution was introduced in the last family amendments, and which was applied by legislation such as the Tunisian law, other legislations were approved without law, as in Algeria and Morocco. It is therefore urgent to determine to what extent the financial separation regime can cope with the new changes and the need to resort to the financial participation regime. This result can only be achieved by a study evaluating the two regimes, the advantages and disadvantages of each system.

This study was opened by an introductory document presenting the financial system of the couple and its relations with the heritage, and then I approached the problematic in two chapters, taking as examples of the Algerian, Tunisian and Moroccan law, in the first chapter. , I have treated the regime of financial separation of spouses as the principle on which marital financial relations are based in Islamic jurisprudence and the legal regimes which derive from it, I have explained the aspects of this separation, which are reflected in the financial obligations arising from the marital relationship of dowry, alimony and motaa, as well as the financial independence of each

spouse through the authorities who exercise over his money, as deed, earn and own, and the debts incurred by the couple patrimony.

In the second chapter, I exposed the operation of participation by addressing the reality of the new situations created by reality and noted an active participation in the solidarity of the spouses to face the family burden and their contribution to the accumulation of family patrimony within the framework of a law based on separation, then I treated the financial participation of the couple as a legal system based on its foundations, its types, its legitimacy and its expiration.

Having concluded in this research that each society has its values and its components and that the financial relationships of the couple have been developed to contribute to the construction of these values and these elements, Thus, the provisions of these two systems have varied, nevertheless, the system of financial separation seems simple in its provisions and more flexible when it is implemented in the field, It is a flexible system which coexists with the situation of the spouses, whether they agree or not, whereas the system of financial participation is complex in its composition, its provisions or when it expires, a system which is not able to withstand matrimonial disputes and whose success depends on whether the spouses are consensual enough for its application. To apply it to the Muslim community, its provisions must be in accordance with Islamic law.

Ministry of Higher Education and Scientific Research  
Emir Abdelkader University of Islamic Sciences "Constantine"

Faculty of Sharia and Economics

Department of Sharia and Law

Serial Number :.....

Higher Studies

Registration Number:...

Personal Status Major

# The financial system of the spouses

-A comparative study in Islamic jurisprudence and Positive law-

Research submitted for Doctor's degree in Islamic Sciences Sharia  
and Law Major

Prepared by:  
Mostefa MENASRIA

Supervised by:  
Pr. Kamel LADRAA

## Debate Jury

Jury Members	Rank	University of Origin	Status
Rahima BEN HAMMOU	Prof of Higher Education	Emir Abdelkader University	President
Kamel LADRAA	Prof of Higher Education	Emir Abdelkader University	Supervisor and rapporteur
Mourad KAMLI	Prof of Higher Education	Jijel University	Discussing member
Karima MAHROUK	Professor lecturer	Constantine 01 University	Discussing member
Souad KHOUJA	Professor lecturer	Constantine 01 University	Discussing member
Saaed TABAINET	Professor lecturer	Emir Abdelkader University	Discussing member

University Year: 1441-1442/ 2020-2021