

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

-قسنطينة-

قسم الشريعة والقانون

- دراسات عليا -

تخصص أحوال شخصية

كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية

الرقم التسلسلي:

رقم التسجيل.....

أحكام الذمة المالية للزوجة

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون

بإشراف الدكتور:

نذير حمادو

إعداد الطالب:

بلقاسم مطالي

لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيساً	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ محاضر	د/ عبد القادر جدي
مشرفاً ومقرراً	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ محاضر	د/ نذير حمادو
عضواً مناقشاً	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ محاضر	د/ نوار بن الشلي
عضواً مناقشاً	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ مساعد مكلف بالدروس	أ / الحاج طاس

السنة الجامعية: 1428-1429هـ / 2007-2008م

أهنيأ

- إلى الوالدين الكريمن عرفانا لهما - أطال الله وبارك في عمرهما ، وأدام عافيتهما ، وورزقني برهما -
إلى إختوتي وأختوتي وكل أفراد العائلة والأقارب .
إلى الذين يذيون أنفسهم لينيروا لنا الدرب ، كشمعة في ظلمات الليل ، العلماء المخلصين من هذه الأمة .
إلى كل من علمني حرفا ، أساتذتي الكرام .
إلى زملائي و زميلاتي بقسم الدراسات العليا - تخصص الأحوال الشخصية -
إلى كل مهتم بالأسرة و حريص على بقائها حصنا منيعا يبغي المجتمع سليما و متماسكا .

أهدي هذا العمل .

بقلاسم مطالبي .

شكراً وتقديراً

أحمد المولى عز وجل وأثنى عليه كما حمدته وأثنى عليه سيد المرسلين .

إن قيد النعم شكرها ومن لم يشكر الناس لم يشكر الله ، فعرفانا لذوي الفضل بفضلهم أتوجه بجزيل الشكر إلى سيدي المشرف فضيلة الدكتور نذير حمادو؛ لقبوله الإشراف على هذه المذكرة أولاً ، وتوجيهاته ونصائحه القيمة وسعة صدره ثانياً ، رغم كثرة مشاغله ، فله مني أسمى عبارات العرفان الجميل ، ومن الله المثوبة والجزاء .

وأثنى بالشكر الجزيل لسادتي أعضاء اللجنة الفاحصة (د . عبد القادر جدي رئيساً ، د . نوار بن الشلي عضواً مناقشا ، أساذنا الحاج طاس عضواً مناقشا) تقديراً لتجشمهم عناء قراءة هذا البحث ؛ ولما سيسدون من ملاحظات تقوم اعوجاجه .

كما أتوجه بالشكر لفضيلة الدكتور نجيب بوحنيك على توجيهاته ومساعداته ، وأيضاً لفضيلة الأستاذ سعيد بوزري وكذا زملائي في الدفعة ، وكل من قدم لي يد العون من قريب أو من بعيد .

إلى كل هؤلاء لهم من الله أكمل الأجر وأجزل العطاء .

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ،
والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحابه الغر
الميامين .

جامعة الأمير
عبد القادر للعلوم الإسلامية

لقد أعطى الإسلام منذ ظهوره الحقوق الإنسانية والأساسية للمرأة ، وقضى على كل العادات السيئة التي كانت منتشرة في الجاهلية. وهذه الحقوق لم تكن وليدة للتطور الزمني أو نتيجة لأعراف متجددة ، بل هي قديمة قدم التشريع الرباني ذاته . في هذا الوقت كان الغرب قابعا تحت نير الجهل والظلام ، لا تعرف المرأة هذه الحقوق ولا تتمتع بها . ولما أتاحت له فرصة النهوض من كبوته وإصلاح شأنه رأى أن الخطر المهدد لهضته هو الإسلام . بما يحويه من نظم وتشريعات متكاملة ، فسخر كل إمكانيته ووسائله للقضاء عليه والتشكيك فيه . وصرف المسلمين عنه ، ولم يأل في ذلك جهدا .

وأهم ما أُلحِقَ إليه قطاع التربية وهذا ما يبدو جليا من خلال المؤتمرات التي أقاموها خاصة في السنوات الأخيرة ، مثل مؤتمر بكين + 10 . ولم يجد سلاحا فعالا يحقق مبتغاه مثل المرأة ، فحاول تأليبها على الإسلام بحجة أنه هضم حقوقها ولم يسو بينها وبين الرجل . وساعده على إقناع بعض المسلمين خصوصا فئة النساء . بعض الأعراف البالية المنتشرة في العالم الإسلامي بسبب الركون إلى التقليد والابتعاد عن المعين الصافي .

ومن جملة الحقوق التي اعتبرت المرأة المسلمة لا تتمتع بها في ظل الإسلام والتي لم يُسوَّ فيها بينها وبين الرجل حقوق الذمة المالية ، كحق الميراث ، وأيضا قضية سلطتها في التصرف وتسيير أموالها .

ضف إلى هذا ما نتج عن هذه الدعاية من تأثير على مستوى قوانين الدول العربية ، ومنها القانون الجزائري . حيث كان من بين المسائل التي عدلها المشرع النظام المالي للزوجين ، وهو ما استدعى إلى دراسة الموضوع دراسة علمية تناقش هذه القضايا ، وتحاول إبراز المكانة التي تحظى بها المرأة في التشريع الإسلامي في الجانب المالي ؛ ولهذا ارتأيت ببحث هذا الموضوع بعنوان : **أحكام الذمة المالية للزوجة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي** - قاصدا بالقانون الوضعي القانون الجزائري ، مع الإشارة في بعض الأحيان في الهامش لبعض القوانين العربية والقانون الفرنسي .

إشكالية الدراسة :

حسب التصور الذي ارتسم في ذهني بشأن هذا الموضوع ؛ فإنه لا يثير إشكالا من الناحية السلبية (أقصد جانب الديون) ، ولهذا تركزت الدراسة في أحكام الجانب الإيجابي .

وقد تأسس هذا البحث على إشكال رئيس مفاده : ما أحكام الذمة المالية للزوجة في جانبها الإيجابي ؟ والتي يمكن من خلالها تبين حدود العلاقة المالية القائمة بين الزوجين .

ويندرج ضمن هذا أسئلة فرعية أجمالها في الآتي :

- هل ما أورده المشرع الجزائري في التعديل الجديد بخصوص الذمة المالية للزوجين ؛ يتعارض مع النظام المقرر في الشريعة الإسلامية ؟

- هل يمكن أن يشكل تغير المجتمع ، ودخول المرأة ميدان العمل مبررا لتغير نظام الإنفاق ، الذي بدوره يؤثر في نظام الإرث ؟

- هل للزوج حق في الراتب الوظيفي لزوجته بمقتضى السلطة الزوجية ؟ وبتعبير آخر ، هل يحق للزوج إلزام زوجته العاملة على المشاركة في نفقات التسيير المنزلي ؟
- هل الزوجة ملزمة بالتجهيز لزوجها من المهر المعطى لها ؟ .

أهمية الموضوع :

تبرز أهمية الدراسة في الإشكالية المبرزة في حد ذاتها ؛ إذ الإجابة عنها من شأنها أن توضح خصوصية النظام المالي للزوجين في الفقه الإسلامي ، فضلا عن تبيان مكانة المرأة في التشريع الرباني . وفي هذا البحث محاولة دراسة مسألة مستجدة وبيان حكمها ، وهي قضية الراتب الوظيفي للزوجة ، الذي أضحي يشكل خطرا على الحياة الزوجية ، بما يسببه من مشاكل غالبا ما تفضي إلى الانفصال ، وهذا كله نتيجة للجهل بالحكم الشرعي .

أهداف الدراسة : تهدف الدراسة إلى تحقيق جملة من الغايات ، وهي :

- بيان النظام المالي للزوجين في الفقه الإسلامي والتأصيل له .
- دراسة ما استجد في الموضوع وبيان حكمه .
- جمع شتات الموضوع في دراسة أكاديمية تسهم في إثراء المكتبة الفقهية والقانونية .
- دحض بعض الشبه المثارة حول الموضوع .
- مناقشة ما أورده التعديل الجديد لقانون الأسرة بخصوص النظام المالي للزوجين ، وتقويم ذلك في ضوء أقوال الفقهاء .
- إثراء قانون الأسرة في المسائل المتعلقة بالموضوع محل الدراسة ، فقها وقضاء .
- بيان المكانة التي تحظى بها المرأة في التشريع الإسلامي .

أسباب اختار الموضوع :

إن لكل شيء - في الغالب - أسبابا ودوافع تقود إليه ، وهذا الموضوع قادتني إليه جملة من الأسباب ، ولعل أهم سبب دفعني إلى ذلك ، هو أي خلال الدراسة النظرية ، وفي مقياس " الاجتهاد القضائي في مجال الأحوال الشخصية " أنجزت بحثا بعنوان : " الاجتهاد القضائي في مادي الصداق والمتاع " ، حيث اتضح أن الموضوع يحتاج إلى مزيد بحث خصوصا إذا دعم بالاجتهاد القضائي ، فشجعتني هذا على اختيار موضوع يكون شاملا لهذه العناصر . ضف إلى هذا :

- بروز عمل المرأة ودخولها الحياة العملية كظاهرة في المجتمع العربي ، وما استتبع ذلك من مناداة بعض الباحثين إلى ضرورة إلزام الزوجة العاملة بالمشاركة في نفقات البيت ، خصوصا في ظل المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي حدثت في المجتمع ، فكان لزاما مناقشة هذا الأمر في إطار النقهي ، وبيان موقف التشريع الجزائري من ذلك .
- كان الموضوع محل الدراسة من بين المسائل التي طالها التعديل الجديد لقانون الأسرة رقم 05 - 09 .
- رغبتني في بحث جوانب الموضوع والاطلاع على جزئياتها نظرا لأنها تكون - إن شاء الله - منيرة في باجاء وتسهم في خدمة قانون الأسرة الجزائري .

الدراسات السابقة : من جملة الدراسات التي حصلت عليها والتي تصب في الموضوع ما يأتي :

- رسالة ماجستير (منشورة) من جامعة بغداد بعنوان : " النظام المالي للزوجين - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية - " للباحث رعد مقداد محمود الحمداني ، حيث قام الباحث بمحاكاة القانون الفرنسي في محاولة لتنظيم الملكية المشتركة (نظام الاشتراك) في القانون العراقي ، ولهذا تركزت دراسته على القانون الفرنسي والقانون العراقي . ولم تتم المقارنة مع الفقه الإسلامي إلا في الفصل الثاني (الإنفاق الزوجي) وجزئية أثاث دار الزوجية من الفصل الأول ، أما بقية الفصل الأول والفصل الثاني فجاءت دراسة قانونية محضة . وبالإجمال فإن منهجيته كانت مغايرة للمنهجية التي اتبعتها ، ومع ذلك فلا أنكر الاستفادة من هذه الدراسة .
- مقال (في حجم كتاب) بعنوان : " نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي والحق العيني " (مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة الإسكندرية ، ع1 ، 2 ، 1956-1957) للدكتور حسن بغدادادي ، وهي دراسة قيمة جدا قام فيها الباحث بدراسة في القانون المقارن : الفرنسي والسويسري والمصري ، حيث أعطى بعض معالم النظام المالي للزوجين في القانون المصري مقارنا فقط بالفقه الحنفي (باعتباره المصدر المادي لقانون الأحوال الشخصية المصري) . وقد أفدت من هذه الدراسة كثيرا خصوصا في الجانب التاريخي للقانون الفرنسي .

إضافة إلى هذا توجد بعض الدراسات تناولت جزئيات في هذا الموضوع منها :

- الأبحاث المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة السادسة عشرة بدبي لعام 2005 . في محور " تنازع الزوج والزوجة الموظفة " .
- مقال للدكتور نجيب بوحنيك بعنوان : " الذمة المالية للزوجة في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - " (مجلة المعيار ، كلية أصول الدين ، جامعة الأمير عبد القادر ، قسنطينة ، ع13 ، 2006) ، وهذا المقال تضمن مقدمات مختصرة للبحث الذي شارك به الباحث في المجمع الفقهي السابق الذكر ، وهو بحث ذو منهجية جيدة ، غير أنني لم أستفد منه لعدم اطلاعي عليه إلا بعد إتهائي للمذكرة ، لظروف حالت دون ذلك .
- رسالة ماجستير (منشورة) من جامعة دمشق بعنوان : " عمل المرأة ضوابطه - أحكامه - ثمراته - دراسة فقهية مقارنة " للباحثة هند محمود الخولي بإشراف الدكتور ديب البغا ، وهي دراسة ميدانية قيمة ، غير أنني لم أحصل إلا على جزء يسير منها .

المنهج المتبع : للإجابة عن الإشكالية المبرزة سابقا ، وقصد الوصول إلى الأهداف المرجوة ، اقتضت مني

الدراسة سلوك المناهج الآتية :

- المنهج الاستقرائي : وذلك باستقراء النصوص الشرعية والقانونية المتصلة بالموضوع من الكتب المعتمدة . ويرير هذا المنهج بشكل جلي في الجانب الفقهي ، وذلك لأن الكتابة الفقهية القديمة كانت تعتمد إيراد الفروع الفقهية وبيان أحكامها ، دون أن تعنى بالجانب التنظيري كما هو عليه الحال في الدراسات القانونية والفقهية الحديثة .

- المنهج التحليلي : وذلك ببيان الرأي الفقهي وتحليله وبيان الأساس المبني عليه ، وفي ضوء هذا مناقشته اجاباً القانوني بما فيه الأحكام القضائية .

- المنهج المقارن : تمثل في المقارنة بين الآراء الفقهية في المذاهب المعتمدة في الدراسة وإيراد أدلتها ومناقشتها ، ثم اختيار الرأي ذو الدليل القوي في نظر الدراسة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يتضح هذا المنهج في المقارنة بين النظر الفقهي والنظر القانوني (نصوص وأحكام قضائية) للوصول إلى المستند الشرعي الذي اعتمده الرأي القانوني .

- كما استعنت أيضاً بالمنهج التاريخي من خلال رصد وضعية الذمة المالية للمرأة في أهم المخططات التاريخية والديانات السماوية السابقة .

وبخصوص منهجية البحث فقد اتبعت ما يأتي :

- لم أتبع في المقارنة القانونية مسلكاً واحداً ، فأحياناً أوردتها ضمن الدراسة الفقهية ، وأحياناً أذكرها بعدها ، وحين يقتضي الأمر الفصل بعنوان مستقل أجعلها كذلك .

- تخريج الأحاديث تخريجا علمياً ، مع الاكتفاء بالصحيحين أو أحدهما إن وجد الحديث فيهما ، وإلا خرجته من السنن الأربعة ، مع ذكر درجة الحديث ، ما أمكن ، وأحياناً يقتضي ذكر درجة الحديث التعرض لأحوال الرواه . وإن لم يوجد في هذه المظان خرجته من الكتب الأخرى كموطأ مالك وسنن الدارقطني .

- هناك بعض الطبقات التي اختصت عليها في تخريج الأحاديث لا تتضمن رقم الحديث ؛ ولذلك لم أذكر الرقم في بعض الحالات .

- اتبعت في تجميع المصادر والمراجع ذكر المؤلف ثم المؤلف (ثم المحقق إن وجد) ثم دار ومكان النشر ثم الطبعة والتاريخ ثم الجزء والصفحة ، واعتمدت في ذكر المؤلف على اسم الشهرة . مثل : ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت ، ط 2 ، 1966 ، ج 3 . ص 254 . وهي الطريقة نفسها المعتمدة في قائمة المصادر راجع .

- ذكرت في كل مرة تكرر المرجع . اسم المؤلف واسم الكتاب ، إلا إذا ورد في الصفحة الواحدة أكثر من مرة . فأكتفي بذكر اسم الكتاب في المرة الأولى ؛ وفي الباقي أذكر بعد المؤلف : مصدر (أو مرجع) سابق .

- إن كان للمؤلف أكثر من كتاب معتمد عليه في الدراسة ذكرت في كل مرة تكرر : اسم المؤلف واسم الكتاب .

- لم أترجم للأعلام الواردين في المتن .

- تضمنت الرسالة ملحقين .

هذا وقد تضمنت الرسالة بعض الموز كالآتي :

د . م . د . ديوان المطبوعات الجامعية .

ق . م : القانون المدني .

ق . أ : قانون الأسرة .

ق . ت : القانون التجاري .

د . ق : المحلة القضائية .

ع : عدد

ع . خ : عدد خاص

ن . ق : نشرة القضاة .

ق . ع : قانون العقوبات .

غ . أ . ش : غرفة الأحوال الشخصية .

خطة الدراسة : تبعا للإشكالية المبينة مسبقا جاءت الخطة مقسمة إلى ثلاثة فصول :

فصل تمهيدي وفصلين اثنين ، حيث تضمن الفصل التمهيدي رصد الذمة المالية للمرأة المتزوجة في أهم الحضارات، والديانات السماوية ، مع التعرض للقانون الفرنسي باعتبار ما له من تأثير على القوانين العربية والقانون الجزائري على وجه الخصوص ، ثم التأصيل للنظام المالي الذي تعرفه الشريعة الإسلامية مع بيان موقف القانون الجزائري من ذلك .

أما الفصل الأول : فقد خصصته للحديث عن مصادر الملكية الفردية للمرأة المتزوجة مقتصرًا على أهمها والتي ناز بشأها جدل كبير ، وأثيرت حولها شبهات ، حيث قسمته إلى مبحثين اثنين ، الأول تحدثت فيه عن الميراث، والبرعات ، والثاني تحدثت فيه عن العمل مركزا عليه لجدته وأهميته .

أما الفصل الثاني : فقد خصصته للحديث عن المصادر الناتجة عن عقدة النكاح ، وقسمته هو الآخر إلى مبحثين ، الأول : خصصته الحديث عن الحقوق المتحركة ابتداءً والمتمثلة في الأموال المهرية أو حق المهر ، وحق النفقة (النفقة الزوجية) ، الثاني : خصصته للحقوق المتحركة انتهاءً والمتمثلة في حق الإرث و نفقة المطلقة . وهذا المصطلح الذي أوردته - الحقوق المتحركة - هو مصطلح جديد ، وقد بينت في المذكرة معناه ، ولعل القصد الأول من إيراد هذا المصطلح هو ضبط الخطة وإحكامها بشكل جيد . هذا وقد ختمت الدراسة بخاتمة تضمنت أهم النتائج المتوصل إليها وببعض المقترحات .

والله أسأل أن يلهمني الرشيد والصواب ، وأن يكرمني بنعمة الإخلاص لوجهه الكريم ، وأن يجعل هذا العمل نافعا ومرويا ، وأن يحنبني فتنة الرشد إلى هوى النفس .

الفصل التمهيدي:

الذمة المالية للمرأة المتزوجة بين الرصد التاريخي والتأصيل الشرعي والقانوني

يأتي هذا الفصل ليعالج الذمة المالية للمرأة المتزوجة في أهم المحطات التاريخية المؤثرة في تاريخ الإنسانية ، وذلك من حيث الاستقلال وعدمه : لينتقل بعدها إلى تأصيل النظام الذي أرسته الشريعة الإسلامية ، وقبل بيان هذا يتحتم ابتداء التطرق إلى ماهية مصطلح الذمة المالية وبيان مدلوله الفقهي والقانوني ، وعلى هذا ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ماهية الذمة المالية .

المبحث الثاني : الذمة المالية للمرأة المتزوجة في

القوانين الوضعية و الشرائع السماوية .

المبحث الثالث : التأصيل الشرعي والقانوني

لاستقلال الذمة المالية للزوجة .

المبحث الأول:

ماهية الذمة المالية:

يعنى هذا المبحث بالتعريف بالذمة المالية (لغة ، اصطلاحاً) وبيان عناصرها ، ثم توضيح طبيعتها وتلاشيها ، وذلك في مطلبين :

- المطلب الأول : تعريف الذمة المالية وبيان عناصرها .
- المطلب الثاني : طبيعة الذمة المالية وانتهائها .

المطلب الأول : تعريف الذمة المالية وبيان عناصرها :

يعنى هذا المطلب بيان المدلول اللغوي والاصطلاحي للذمة المالية ، ثم بيان العناصر المكونة لها ، وهذا من الناحية الفقهية والناحية القانونية .

الفرع الأول : تعريف الذمة المالية (لغة واصطلاحاً) :

ورد في التراث الفقهي واللغوي مصطلح الذمة فقط ، أما مصطلح الذمة المالية بهذا التركيب فهو مصطلح قانوني ؛ ولذلك أوردت تعريف الذمة في اللغة والنظر الفقهي ، أما الذمة المالية فقد عرفت في النظر القانوني .

البند الأول : التعريف اللغوي للذمة :

الذمة في اللغة تعني : العهد ، والأمان ، والضمان ، وتجمع على ذمام ، والذمام كل حرمة تلزم الشخص ؛ إذا ضيعها لحقته مذمة جراء ذلك . وقد وردت هذه اللفظة في القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿ لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَاذِمَّةً وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُعْتَدُونَ ﴾ [التوبة:10] ، أي لا يرقبون في مؤمن حلفاً ولا عهداً . كما وردت في الحديث النبوي في قوله - ﷺ - : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم » (1) ، قال أبو عبيدة : الذمة هنا - في الحديث - تعني الأمان ، فإذا أعطى رجل من الجيش العدو أماناً جاز ذلك على جميع المسلمين ، وليس لهم أن يخفروه ، ولا أن ينقضوا عليه عهده ؛ ولذلك أجاز عمر بن الخطاب أمان عبد وأجراه على أهل العسكر كلهم . ومن هذا المعنى سمي أهل العهد بأهل الذمة ؛ لدخولهم في عهد المسلمين وأمانهم . ومعنى الضمان وردت في قول علي بن أبي طالب - ﷺ - : « ذمتي رهينة وأنا به زعيم » ، ومعناه أن ضمانني وعهدي رهن في الوفاء به . كما أن لها معنى آخر وهو الحق ، يقال : فلان له ذمة ؛ أي حق (2) .

البند الثاني: التعريف الاصطلاحي :

الفقرة الأولى : في الفقه الإسلامي : عرف الفقهاء والأصوليون مصطلح الذمة بعدة تعاريف ، من ذلك تعريف عبد العزيز البخاري ؛ حيث قال : « الذمة وصف يصير به الشخص أهلاً للإيجاب والاستيجاب » (3) ، كما عرفها الحموي بقوله : « هي أمر شرعي مقدر وجوده في الإنسان يقبل الإلزام والالتزام » (4) .

(1) أخرجه البخاري في صحيحه ، مطبعة مصطفى بابي الحلبي ، مصر ، دط ، 1325 هـ ، كتاب الجزية ، باب ذمة المسلمين وجوارهم واحدة يسعى بها أدناهم ، ج4 ، ص 124 ؛ وأخرجه مسلم في صحيحه ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، دط ، كتاب الحج ، باب فضل المدينة ، حديث رقم 1371 ، ج2 ، ص994 وما بعدها .

(2) ابن منظور ، لسان العرب ، دار المعرفة ، مصر ، دط ، دت ، ج3 ، ص1517 ؛ الفيومي ، المصباح المنير ، دار القلم ، بيروت ، دط ، دت ، ص 286 ؛ محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، 1981 ، ص232 .

(3) عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ط الأوفست ، دت ، ج4 ، ص238 .

(4) الحموي ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1985 ، ج4 ، ص6 .

وعرفها القرافي- الذي قصر ثبوتها على المكلف فقط- بقوله: «الذمة معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام وال لزوم» (1).

ولم تختلف تعريفات المعاصرين عن تعريفات القدامى؛ إذ تدور حول المعنى نفسه، فقد عرفها الشيخ عبد الوهاب خلاف بقوله: «هي الصفة الفطرية الإنسانية التي بها تثبت للإنسان حقوق قبل غيره، ووجبت عليه واجبات كغيره» (2).

والملاحظ على هذه التعريفات أنها جعلت الذمة وأهلية الوجوب (3) شيئاً واحداً، مع أنهما متغايران كما ذكر ذلك الشيخ مصطفى الزرقا، ذلك أن أهلية الوجوب وهي: قابلية الإنسان لأن تثبت له أو عليه الحقوق والواجبات، تنبني على عنصرين هما: صلاحية الإلزام، وصلاحية الالتزام، فالشق الأول (صلاحية الإلزام) يثبت للإنسان وهو ما يزال جنيناً في بطن أمه بالإجماع، ولا يتوقف وجوده على أمر آخر؛ لأن الحقوق تثبت له، وهي ليست بحاجة إلى وعاء لكي تثبت فيها، وهذا ما يظهر من الفروع الفقهية.

أما الشق الثاني (صلاحية الالتزام) فوجوده يحتاج إلى أمرين اثنين، الأول: القابلية للتحمل، وهذا يوجد ابتداءً بولادة الإنسان حياً، أما الأمر الثاني فهو: ظرف (محل) مفترض تستقر فيه الحقوق وتشغله، لا يثبت للإنسان إلا إذا ولد حياً، وهو المعنى الحقيقي لكلمة الذمة فقهاً، وعلى هذا تكون أهلية الوجوب هي القابلية، أما الذمة فهي المحل. ومن هنا يتضح معنى قولهم: «ذمته مشغولة» بدلا من قولهم: «أهليته مشغولة»؛ لأن الظرف هو الذي يشغل (4).

وهذا المعنى هو ما أشار إليه أحد المحققين، وهو العلامة عبد العزيز البخاري، حيث أورد كلاماً يفيد أن بينهما فرقا- على الرغم من أن تعريفه السالف الذكر لا يتضح منه هذا الفرق- حيث يقول: «إن الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب بإجماع الفقهاء، أما أهلية الوجوب فبناء على قيام الذمة، أي لا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود ذمة صالحة؛ لأن الذمة هي محل الوجوب؛ ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها» (5).

وتأسيساً على هذا فالتعريف الذي أرححه هو تعريف الشيخ مصطفى الزرقا، حيث يرى أن: «الذمة محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه» (6)، وأيضاً تعريف الشيخ محمد أبي زهرة: «الذمة أمر فرضي تقديري اعتباري، فرض موجود؛ ليكون محلاً للديون وسائر الالتزامات والتكليفات» (7).

(1) القرافي، الفروق، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ط1، 1344هـ، ج2، ص230، 231.

(2) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار القلم، الكويت، ط9، 1970، ص135.

(3) بل إن تعريف القرافي يجعلها مرادفة لأهلية الأداء؛ إذ ذكر أن من شروط ثبوتها: البلوغ والرشد، فالصبي والسفيه لاذمة لهما.

القرافي، المصدر السابق، ج3، ص136.

(4) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، ط6، 1967، ج3، ص183، 184.

(5) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص237.

(6) مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ج3، ص190.

(7) محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، دت، ص308.



الفقرة الثانية: في النظر القانوني : إن مصطلح الذمة المالية (patrimoine) بهذا التركيب هي مصطلح قانوني ، كما سبق ذكره ، حيث كانت تطلق على المال الآتي من أحد الوالدين⁽¹⁾ ، ثم تطور مدلولها إلى معنى أوسع ، وأصبحت تعني : مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ، حاضرة ومستقبلية ، منظور إليها كمجموع أو وحدة قانونية (universalité juridique) . وهي تتكون من جانبين: جانب إيجابي (l'actif) وهو مجموع ما للشخص من حقوق مالية ، وجانب سلبي (le passif) وهو مجموع ما على الشخص من التزامات مالية ، أما الحقوق والواجبات غير المالية ؛ فإنها لا تدخل في نطاقها⁽²⁾ .

إذن : فالذمة المالية بهذا المعنى هي أشبه بوعاء يتضمن الحقوق والواجبات ذات القيمة المالية .

الفرع الثاني : عناصر الذمة المالية (الأصول والخصوم) :

البند الأول : في الفقه الإسلامي : من الناحية الفقهية التعريف السالف الذكر للذمة ، وهو أنها : ظرف أو محل تشغله الحقوق والتكليفات التي تثبت على الشخص ، يدل على أن مداها يتكون من الديون والتكليفات سواء أكانت مالية أم غير مالية كالصلاة والصيام ؛ لأن التشريع الإسلامي كما يراعي الجانب المادي ، يراعي أيضا الجانب الروحي الديني الذي يربط الإنسان بخالقه ، وهذه أهم ميزة تميزه عن التشريعات الغربية .

وهذه الديون - في جانبها المالي - لا تثبت كلها في الذمة وإنما تثبت فيها الديون المرسلة ، أو الديون الرمزية ، وهي الديون التي ليس وجود في الخارج ، وتسمى أيضا : الالتزام بالدين ، أما الالتزام بالعين⁽³⁾ ، أو الديون التي لها وجود في الخارج فلا يثبت في الذمة وإنما تتعلق بهذا الوجود وهي العين .

أما الحقوق التي تثبت للشخص فهي ليست بحاجة إلى وعاء لكي تثبت فيه ، وما قال أحد من الفقهاء أنها من عناصر الذمة ، وهذا ما يظهر من الفروع الفقهية .

البند الأول : في النظر القانوني : تشكل الذمة المالية من مجموعة الحقوق القابلة للتقدير بالنقود ، أما الحقوق والواجبات غير قابلة للتقدير بالنقود فلا تدخل في نطاقها مثل : حقوق الإنسان ، دعاوى الحالة المدنية : كدعوى الزوجية ، دعوى النسب ؛ لأنها لا تقبل التقدير بالنقود ، إلا إذا تفرغ عنها حق مالي كالتعويض

(1) مصطلح الذمة المالية patrimoine ، مأخوذ من اللفظ اللاتيني patrimonium ، وهي تعني عند الرومانيين: المال الآتي من الأب والأم ، لأنها مشتقة من اللفظ " pater " . ينظر :

Larousse , Dictionnaire Encyclopédique , paris , 1998 , p1165 .

(2) Christian larroumet , Droit Civil , économique , paris , 3 édit , 1998 ,T1 , pp 273 , 274 ; George Hubercht , Eric Agostini , Droit Civil , Sirey , paris , 13 édit , 1983 , p p 42 , 43 .

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 5 ، دت ، ص 499 ؛ مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 3 ، ص 199 .
(3) الالتزام بالدين هو : التزام محله مبلغ من النقود ، أو ما في حكمها من الأشياء المثلية . أما الالتزام بالعين فهو: التزام محله عين معينة بذاتها ، كتسليم العين المباعة للمشتري . مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 3 ، ص 71 ؛ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط 2 ، 1998 ، ج 1 ، ص 15 وما بعدها .



المالي الناتج عن الاعتداء على حقوق الإنسان ، فهذا التعويض يدخل في الذمة المالية ، كذلك بالنسبة لحق الإرث أو حق النفقة إذا نتج عن دعوى النسب ، أو دعوى البنوة ؛ فإنه يدخل في الذمة المالية⁽¹⁾ . وتظهر الحقوق المالية في شكل عنصرين هما :

- الأصول (Les actifs) : وهو عبارة عن الامتيازات التي تظهر في شكل قيمة مالية ، ويعرف بالجانب الإيجابي للذمة المالية .

- الخصوم (Les passifs) : ويتمثل في القيم التي تخرج من الذمة في شكل ديون ، منقصة بذلك الجانب الإيجابي لتدخل في ذمة مالية أخرى ، ويعرف بالجانب السلبي للذمة المالية⁽²⁾ .

فالعنصر الأول : يتضمن ثلاث طوائف من الحقوق وهي :

أولاً : طائفة الحقوق العينية : وهي الحقوق التي ترد مباشرة على أشياء مادية (choses corporelles) ، وهي نوعان : حقوق أصلية : وهي حقوق مستقلة بذاتها لا تستند في وجودها إلى حق آخر ، وتمثل في حق الملكية ، وحقوق متفرعة عنه مثل : حق الارتفاق ، حق الاستعمال والسكنى ، وغيرها . والنوع الثاني حقوق تبعية : وهي حقوق تستند في وجودها إلى حق آخر ؛ ولذلك سميت تبعية ، وهي حقوق القصد منها تأمين أو ضمان الوفاء بحق شخصي مثل : حق الرهن الرسمي والحيازي ، حق الاختصاص ، حق الامتياز .

ثانياً : طائفة حقوق الشخصية أو حقوق الدائنية : وهي عبارة عن سلطة مقررّة لشخص يسمى الدائن على آخر يسمى المدين بموجبه يكون للأول إلزام الثاني القيام بأداء عمل أو الامتناع عنه ، تحقيقاً لمصلحة مشروعة . هذه الحقوق تقع على أشياء غير مادية (choses incorporelles)⁽³⁾ .

ثالثاً : الحقوق الذهنية أو المعنوية : وتسمى أيضاً بالملكية الأدبية والفنية والصناعية ، وهذا النوع من الحقوق ذو طبيعة مزدوجة ، حيث يتكون من شقين : شق أدبي معنوي لا يدخل في نطاق الذمة المالية ، وشق مادي مالي كحق المؤلف في استغلال مؤلفه ، والمخترع في اختراعه ، فهذا الشق هو الذي يدخل في عناصر الذمة المالية ؛ لأنه يمكن تقييمه بالنقود⁽⁴⁾ .

أما العنصر الثاني : وهو جانب الخصوم فيشتمل على طائفة الديون والالتزامات ، التي تظهر في الجهة المقابلة للحق الشخصي من زاوية المدين ؛ لأن الالتزام والحق الشخصي وجهان لعملة واحدة . فالحق

(1) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 8 ، ص 225 ، 226 ؛ حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، ص 499 وما بعدها ؛ توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ط 3 ، دت ، ص 489 وما بعدها .

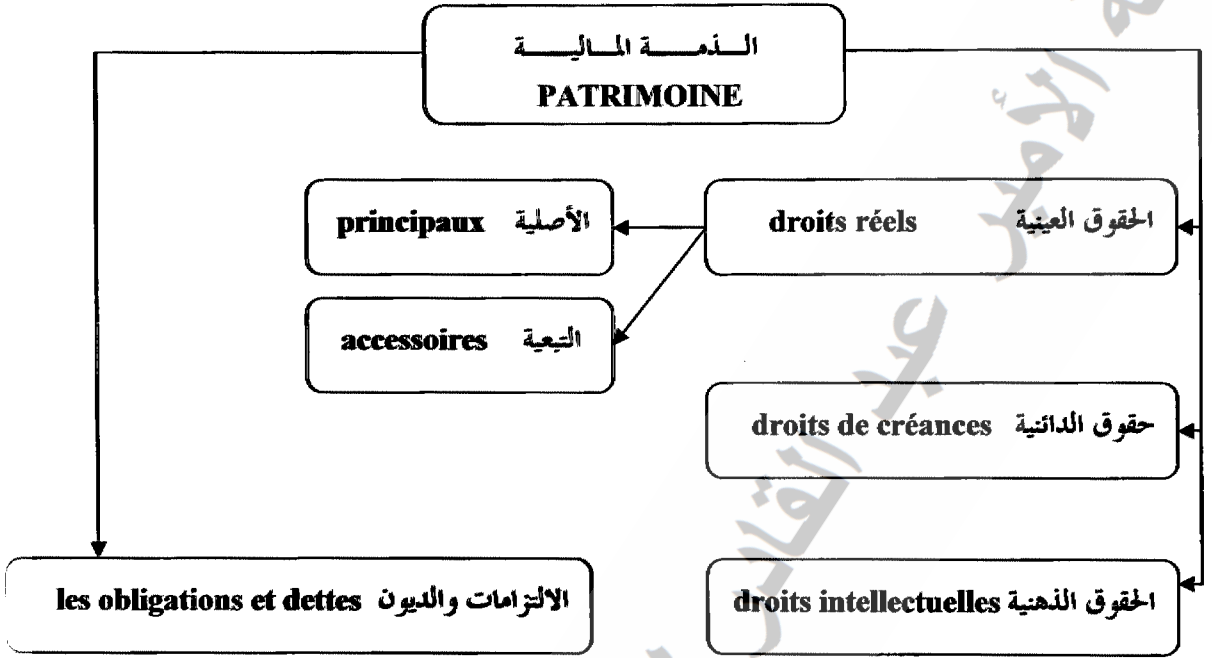
Christian Larroumet , op . cit , p291 ; George Hubrecht , Eric Agostini , op . cit , p42 .

(2) Christian Larroumet , Ibid , p291 .

(3) محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، دط ، 1985 ، ص 141 ؛ حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 490 ، 491 ، 519 .

(4) السنهوري ، الوسيط ، ج 8 ، ص 226 ، 227 ؛ محمد حسنين ، مرجع سابق ، ص 42 .

ان شخصي إذا نظرنا إليه من جهة الدائن يعتبر جانب إيجابي لذمته المالية، أما إذا نظرنا إليه من جهة المدين فيعتبر بالنسبة إليه الجانب السلبي لذمته المالية⁽¹⁾ .
وتظهر فائدة عناصر الذمة المالية في فكرة الضمان ، حيث حل الجانب الإيجابي محل شخص المدين في ضمان الديون (الجانب السلبي) ، وبذلك انتفى ما كان يعرف قديماً بالإكراه البدني⁽²⁾ .
وبالإجمال يمكن تمثيل عناصر الذمة المالية في النظر القانوني في المخطط الآتي⁽³⁾ :



(1) ينظر في هذا المعنى : السنهوري ، مصادر الحق ، ج1، ص103 وما بعدها .

(2) محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، ص140 .

(3) المرجع نفسه . ص 149 ، و قريبا من هذا المخطط ينظر في : Christian Larroumet ,op . cit .p 331

المطلب الثاني: طبيعة الذمة المالية وانتهائها:

أعرض في هذا المطلب بيان طبيعة الذمة المالية ، ثم انتهائها في النظرين الفقهي والقانوني

الفرع الأول: طبيعة الذمة المالية :

البند الأول: في الفقه الإسلامي : الذمة في الفقه الإسلامي - كما سبقت الإشارة إليها- هي عبارة عن وعاء مفترض تثبت فيه الحقوق والتكليفات المترتبة على الشخص ، فهي بهذا المعنى ذمة شخصية⁽¹⁾ ، أي ذات أسس شخصي ، ولذلك فرع عنها الفقهاء المعاصرون الخصائص نفسها المثبتة عن نظرية الشخصية ، حيث قالوا :

- 1- إن الذمة لا تثبت إلا لشخص مستقل سواء أكان طبيعياً أم معنوياً، ولذلك لا يمكن تصور شخص من غير ذمة خاصة به.
- 2- ليس لسعتها حد ، وذلك لأنها ظرف مقدر يتسع لجميع الحقوق التي تثبت عليه-الشخص- مالية كانت أم غير مالية كالصلاة والصيام.
- 3- إن الشخص ليس له إلا ذمة واحدة ، فلا يمكن أن نجد لشخص أكثر من ذمة .
- 4- إن الذمة لا اشتراك فيها ، فليس للذمة أكثر من شخص واحد.
- 5- إن الذمة ضمان لجميع الحقوق بلا ترجيح.

وبالإجمال يمكن القول : إن الذمة في الفقه الإسلامي هي أحد خصائص الشخصية ولوازمها ، فهي متصلة بالشخص نفسه لا بأمواله ووثوقته⁽²⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنه قد وجد في الفقه الإسلامي من ينكر وجود فكرة الذمة ، وهذا ما ذكره صاحب كشف الأسرار ، ولم يبين من القائل بهذا الرأي ولا مصدره ، حيث قال: ” (وإن الآدمي يولد) دليل علي قيام الذمة للإنسان للوجوب ؛ أي للوجوب له وعليه بإجماع الفقهاء ، حتى يثبت له ملك الرقبة ، وملك النكاح بشراء الولي وبتزويجه إياه ، ويجب عليه الثمن والمهر بعقد الولي ، وهذا ردا لما ذكر بعض من لم يشم رائحة الفقه في مصنفه في أصول الفقه أن تقدير المال في الذمة لا معنى له ، وأن تقدير الذمة من الترهات التي لا حاجة في الشرع والعقل إليها .“⁽³⁾ ، ثم ذكر أن تقديرها مما هو ثابت بالإجماع وأن الإنكار هو المخالف للإجماع⁽⁴⁾.

(1) ذكر الدكتور حسن كيره أن فقهاء الشريعة الإسلامية يطلقون مصطلح الذمة على الشخصية ، ويعتبرونها مناطاً لأهلية الوجوب أو أن الأهلية أثر لها . (حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، هامش 4 ، ص 517) . صحيح وإن كانت مناطاً لأهلية الوجوب ، لكن اعتبارها هي الشخصية غير مسلم ، فهم وإن أطلقوا الذمة على نفس الإنسان ؛ فإنما هي من باب إطلاق اسم الحال على الخلق . ينظر في هذا : عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج 4 ، ص 241 ؛ الحموي ، غمز عيون البصائر ، ج 4 ، ص 6 .

(2) مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 3 ، ص 190 وما بعدها ؛ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج 3 ، هامش (1) ص 23 .

(3) عبد العزيز البخاري ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 237 .

(4) المصدر نفسه ، ج 4 ، ص 238 .

البند الثاني: في النظر القانوني :

اختلف الفقه القانوني بشأن أساس ثبوت الذمة المالية، حيث ظهرت ثلاث نظريات حاولت تفسير طبيعتها هي: النظرية التقليدية أو ما تعرف بنظرية الشخصية، نظرية التخصيص، النظرية الحديثة .

وفيما يأتي توضيح هذه النظريات :

الفقرة الأولى : النظرية التقليدية (نظرية الشخصية) :

أولاً : عرض النظرية⁽¹⁾ : تنسب هذه النظرية إلى الفقيهين الفرنسيين أوبري و رو (Aubry et Rau) ، حيث قامت على نظرة مجردة مستحكمة البناء المنطقي ، جعلها تنال شهرة كبيرة في الفقه القانوني ، فقد تعلق بها الكثير من الفقهاء ، ورغم ما تعرضت له من نقد إلا أنه ما يزال معظم فقهاء العصر الحديث في فرنسا متعلقين بها. وتقوم هذه النظرية على ارتباط وثيق بالشخصية ، ولذلك سميت نسبة لها. حيث تعتبر هذه النظرية أن الذمة المالية هي مجموع ما للشخص من حقوق وواجبات مالية حاضرة ومستقبلية ، وعليه يمكن تصور وجودها ولو لم تكن هناك حقوق وواجبات ، كما في الطفل الذي لم يتلق بعد حقوقاً وواجبات . وقد ترتب على هذا الارتباط بين الذمة المالية والشخصية عدة نتائج ، يمكن إرجاعها إلى نتيجتين هما:

النتيجة الأولى : استناد الذمة المالية إلى شخص سواء أكان هذا الشخص طبيعياً أم معنوياً ، فلا يتصور بتاتا - وفق هذه النظرية - وجود ذمة مالية دون شخص تستند إليه ، كما لا يتصور وجود شخص دون ذمة مالية . ونتيجة لهذا التلازم فلا يمكن بأي حال من الأحوال التنازل عنها (كمجموع قانوني) .

النتيجة الثانية : وحدة الذمة المالية : ومعنى هذا أن كل شخص له ذمة مالية واحدة ؛ لأنه لا يمكن أن تكون له أكثر من شخصية ، وعلى هذا الاعتبار فلا يتصور تجزؤها أو تعددها . وقد تفرع عن هذه النتيجة مبدأان في غاية الأهمية هما :

- 1- حق الضمان العام للدائنين على الذمة المالية للمدين ؛ أي أن كل الأصول ضامنة لكل الخصوم .
- 2- عدم قابلية عناصر الذمة للتقسيم .

ثانياً : تقدير النظرية : أخذ على هذه النظرية المآخذ الآتية:

1- هذه النظرية تخلط بين الذمة المالية والشخصية ؛ إذ تجعلها شيئاً واحداً ولذلك أعطت للذمة نفس خصائص الشخصية . فإذا كانت الشخصية والذمة المالية شيئاً واحداً فما فائدة اصطلاح " الذمة المالية " إذا لم يكن لها مدلول مغاير .

(1) السنهوري ، الوسيط ، ج 8 ، ص 224 وما بعدها ؛ السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج 1 ، هامش 1 ص 21 وما بعدها ؛ حسن كبره ، المدخل إلى القانون ، ص 500 وما بعدها ؛ عبد المنعم فرج الصده ، أصول القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، دت ، ص 401 ، 402 ؛



2- ترتب على هذا الخلط اعتبار الذمة المالية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد ، وهذا الكلام يقفز على حقائق موجودة في النصوص القانونية ، حيث توجد حالات يخضع فيها القانون مجموعة معينة من أموال الشخص لنظام خاص يختلف عن القواعد العامة التي تخضع لها بقية أمواله⁽¹⁾ ، ولو لم تكن لهذه المجموعة المخصصة لغرض معين ذمة منفصلة عن الذمة المالية العامة لما كان لهذا التخصيص أي معنى . ومن أمثلة ذلك ما يوجد في النظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي ، حيث تشكل الأموال المشتركة بين الزوجين (communauté) ذمة مالية منفصلة عن الذمة المالية العامة لكلا الزوجين⁽²⁾ . أيضا ما أخذ به القانون البحري الفرنسي فيما يعرف بثروة البحر (fortune de mer) ، حيث تعتبر هذه الثروة المتمثلة في السفينة وأجرة حملتها مسؤولة عن رحلة بحرية ؛ دون باقي أموال صاحب السفينة⁽³⁾ ، وهذا يعني أنها تشكل ذمة مالية منفصلة عن الذمة المالية العامة .

وأجيب عن هذا الانتقاد بأن تخصيص المشرع بعض الأموال لتفي بالتزامات معينة لا يعني أن هذا التخصيص يشكل ذمة مستقلة، وإنما هو تخصيص لا يخرج عن إطار الذمة المالية العامة ، وهذا الإجراء القصد منه توفير الحماية لفئة من الأشخاص ، وهي حماية اختيارية ، إن شاء تمسك بها وإن شاء تنازل عنها ، وحينها تصبح جميع أمواله ضامنة للديون. هذا من جهة ، من جهة أخرى ؛ فإن هذا التخصيص لا يمنع دخول المال المخصص في الضمان العام في حالة ما إذا تبقى شيء منه بعد تنفيذ الدائنين عليه ، ولو كان يشكل ذمة مالية منفصلة لما كان هذا⁽⁴⁾.

الفقرة الثانية : نظرية التخصيص :

أولا : عرض النظرية⁽⁵⁾ : هذه النظرية ظهرت في ألمانيا علي يد بعض الفقهاء المناوئين للنظرية التقليدية ، حيث تقوم فكرة الذمة المالية في نظر هؤلاء على الغرض الذي يخصص له مجموع الحقوق والالتزامات ، دون الارتكاز في ذلك على الشخص القانوني . وقد أراد أصحاب هذه النظرية نفي فكرة الشخصية المعنوية بإثبات فكرة الذمة المالية بالتخصيص ؛ لأن افتراض وجود حقوق والتزامات مالية مخصصة لغرض معين تحقق النتيجة المرجوة ، دون اللجوء إلى افتراض فكرة الشخصية المعنوية وإسناد لها ذمة مالية . وقد ترتب على هذه النظرية نتائج منها :

1- وجود ذمة مالية دون وجود شخص تستند إليه ، حيث يمكن - وفق هذه النظرية- تصور وجود ذمة مالية دون وجود شخص تستند إليه.

(1) حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، ص 505 ، 506 ؛ عبد المنعم فرج الصده ، أصول القانون ، ص 403 .

(2) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 8 ، ص 238 .

(3) Christian Larroumet , op . cit , p278 .

(4) توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ص 736 ، 737 .

(5) حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 502 وما بعدها . Christian Larroumet , op . cit , p 277 .



- 2- إمكان تعدد الذمة المالية : إذ مادامت قائمة على أساس التخصيص فيمكن أن يكون لشخص واحد أكثر من ذمة مالية، بقدر الأغراض المخصصة لها الحقوق والالتزامات المالية.
- 3- إمكانية انتقال الذمة المالية : فمادامت لا تستند في وجودها إلى الشخص القانوني ، وإنما إلى غرض معين فيمكن التنازل عنها ، كما يمكن أن تنتقل بالموت .

ثانيا : **تقدير النظرية** : لم يكتب لهذه النظرية الذبوع والانتشار في الفقه القانوني مثلما حدث لنظرية الشخصية ، والسبب راجع إلى النقد الذي تعرضت له ، حيث لم يستسغ الفكر القانوني التسليم بفكرة إمكان قيام ذمة مالية دون استنادها إلى شخص معين ، وهذا يتعارض مع ما هو مسلم به في القوانين الحديثة من أن الحقوق والالتزامات لا توجد إلا مستندة إلى شخص سواء أكان طبيعيا أم معنويا . كما أن هذه النظرية حاولت بفكرة الذمة المالية بالتخصيص هدم فكرة الشخصية المعنوية ، وهذه المقدمة أيضا غير مسلم بها ؛ فالقوانين الحديثة تخلع على المؤسسات والجمعيات الشخصية المعنوية ، ومن ثمّ فلا يمكن قبول هذه الفكرة⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة : النظرية الحديثة :

أولا : عرض النظرية : هذه النظرية وإن حافظت على فكرة الذمة المالية كمجموعة متماسكة من الحقوق والالتزامات ، إلا أنّها رفضت ذلك الربط بين الذمة المالية والشخصية كما هو الحال في النظرية التقليدية . وبناء على ما سبق ذكره فليس من الضروري أن يكون لكل شخص ذمة مالية ، فقد لا توجد له حقوق والتزامات مالية ومن ثمّ فلا تكون له ذمة مالية ، كما في الطفل الذي لم يتلق بعد حقوقا والتزامات . كما أن هذه النظرية أخذت ببعض نتائج نظرية التخصيص من حيث قبولها تعدد الذمة المالية وإمكانية انقسامها⁽²⁾.

ثانيا : نقد النظرية : انتقدت هذه النظرية ، من حيث إن الذمة المالية لا تشمل الحقوق والالتزامات الموجودة فعلا فقط ، بل تضم أيضا الحقوق والالتزامات المستقبلية ، وعلى هذا الأساس يكون حق الدائن مضمونا بأي مال يدخل في الذمة المالية للمدين ، في حالة ما إذا كانت ذمته خالية من الحقوق في الوقت الحاضر ، وهذه النتيجة هي أهم ما قصد تحقيقه بفكرة الذمة المالية ، وهي وفق هذه النظرية منفية⁽³⁾.

أخيرا كما وجد في الفقه الإسلامي من ينكر فكرة الذمة فقد وجد في القانون مثل هذا الرأي ، حيث ذهب هذا الرأي إلى أن القواعد العامة فيها ما يعني عن اللجوء إلى افتراض فكرة الذمة المالية ، إذ يكفي الدائن أن يطالب المدين بالوفاء اختيارا أو جبرا، فإن لم يجد لديه أموالا حجز ما يستجد له من أموال. وقد رد على هذا الرأي بأن إثبات الذمة المالية يجعل حق الدائن يتعلق بها ، وليس بعين معينة من أموال مدينه⁽⁴⁾.

كما أن هذا الرأي لا يبرر حرية تصرف المدين في أمواله ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى كيف يمكن تلافي مشكلة الإكراه البدني إذا نفينا فكرة الذمة المالية.

(1) حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، ص 504 ؛ عبد المنعم فرج الصده ، أصول القانون ، ص 407 .

(2) عبد المنعم فرج الصده ، المرجع نفسه ، ص 407 وما بعدها ؛ حسن كيره ، المرجع نفسه ، ص 508 ، 509 .

(3) محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، ص 146 .

(4) المرجع نفسه ، ص 146 ، 147 . وهذا الرأي قال به الدكتور إسماعيل غانم.



الفرع الثاني: انتهاء الذمة المالية :

يقصد بانتهاء الذمة (أو تلاشيها) الحالة التي تصير إليها حين يموت الشخص ، هل تتلاشى بمجرد وفاته ؟ أم تنتقل ؟ أم تبقى زمنا بعد وفاة الشخص ؟ لمعرفة ذلك سأعرض لها في نظر الفقه الإسلامي ، ثم في القانون كالاتي:

البند الأول : في الفقه الإسلامي : اتفق الفقهاء على أن الذمة تتخرب وتتلاشى بالموت ، لكنهم اختلفوا في زمن ذلك ، هل بمجرد الموت ؟ أم بعده بزمن بعد تصفية الدين ؟ .
ولهذا انقسم النظر الفقهي بخصوص هذه المسألة إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول⁽¹⁾ : ذهب أصحابه إلى أن الذمة لا تتخرب بالموت مباشرة ؛ وإنما تضعف وتبقى فيها من الصلاحية ما تقتضيه ضرورة سداد الدين وتصفيته إن كان هناك مال أو كفيل، فقد جاء في كشف الأسرار عن أصول البزدوي ما يفيد هذا الكلام : « وأما القسم الثاني فإنه وإن كان حقا متعلقا بالعين يبقى ببقائه ؛ لأن فعله فيه غير مقصود ، وإن كان دينا لم يبق بمجرد الذمة حتى يضم إليه مال ، أو ما يؤكد به الذم وهو ذمة الكفيل ؛ لأن ضعف الذمة بالموت فوق الضعف بالرق »⁽²⁾ . وهذا النظر هو نظر استثنائي قضت به الضرورة ، وهي سداد الدين حيث قويت الذمة بوجود التركة أو بترك المدين كفيلا بدينه⁽³⁾ ، فإذا لم يوجد أحد هذين الشرطين سقط الدين لانعدام محله بسبب تخرب الذمة وضعفها ؛ لأنها لا تقوى على تحمل الدين بمفردها ، وهذا النظر هو مذهب الحنفية.

الرأي الثاني⁽⁴⁾ : ذهب أصحابه إلى القول بأن الذمة لا تتخرب بمجرد الموت ، وإنما تبقى مشغولة بالدين إلى حين سدادها ، فإذا سددت وصفيت أهدمت الذمة لعدم الحاجة إليها ، وإن لم تسدد بقيت مستقرة في الذمة حتى تسدد ، ولا تسقط بأي حال من الأحوال .

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بحديث سلمة بن الأكوع ، حيث قال : (كنا عند رسول الله - ﷺ - إذ أتى بجنزة ، فقالوا : صل عليها ، فقال : « هل عليه دين؟ » قالوا : لا ، قال : « فهل ترك شيئا؟ » قالوا : لا ، فصلي عليه ، ثم أتى بجنزة أخرى ، فقالوا : يا رسول الله صل عليها ، قال : « هل عليه دين ؟ » ، قيل :

(1) مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج3 ، 197 وما بعدها ؛ عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2 ، 1994 ج11 ، ص214 ؛ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، ط1 ، 1984 ، ج4 ، ص53 وما بعدها ؛ عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، ط7 ، 1998 ، ص110 وما بعدها.

(2) عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ، ج4 ، ص313.

(3) لم يجز الإمام أبو حنيفة الكفالة عن الميت المفلس إذا لم يترك كفيلا ، في حين أجاز ذلك الصحابان . ينظر في هذا : الكمال بن الهمام ، شرح فتح القدير ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 ، ج7 ، ص402 ؛ عبد العزيز البخاري ، المصدر السابق ، ج4 ، ص314 .

(4) ابن رجب الحنبلي ، القواعد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1992 ، ص386 ؛ عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، ج11 ، ص214 ، 215 ؛ مصطفى الزرقا ، المرجع السابق ، ج3 ، ص196.



نعم ، قال : « فهل ترك شيئاً ؟ » ، قالوا : ثلاثة دنانير ، فصلى عليها ، ثم أتى بالثالثة ، فقالوا : صل عليها ، قال : « هل ترك شيئاً ؟ » ، قالوا : لا ، قال : « فهل عليه دين ؟ » ، قالوا : ثلاثة دنانير ، قال : « صلوا على صاحبكم » ، فقال أبو قتادة : صل عليه يا رسول الله وعلي دينه ، فصلى عليه ⁽¹⁾ . وكذلك ما ورد في الحديث الآخر ، قوله - ﷺ - : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » ⁽²⁾ .

فهذان الحديثان صريحان في الدلالة على بقاء ذمة الميت مشغولة بالدين حتى يسدد ولا يسقط ، كما استدلوا أيضا بإمكانية شغل ذمة الميت بعد وفاته بدين ناتج عن سبب سابق وفاته (أي أثناء حياته) ، كما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام ؛ فتردى فيها حيوان أو شخص بعد وفاة الحافر؛ فإن ذمة هذا الأخير تُشغل بضمان قيمة الحيوان المتردى ، أو دية الشخص الذي سقط ، وتنفذ في تركته ⁽³⁾ ، ولو كانت الذمة مخربة لما شغلت بهذا الدين المتولد . وينسب هذا الرأي إلى الشافعية وفريق من الحنابلة .

الرأي الثالث ⁽⁴⁾ : ينسب هذا الرأي للمالكية* ، وبعض الحنابلة حيث قالوا : إن الذمة تنهدم بمجرد الموت باعتبارها خاصية من خصائص الشخصية ، والشخص إذا مات لا يمكن مطالبته بتفريغ ذمته ؛ لأنه قد خرج عن صلاحية المطالبة ، ومن ثم تنهدم الذمة ويسقط الدين ⁽⁵⁾ إن لم يكن للشخص المتوفى مال ، أما إذا ترك مالا فالدين يتعلق به .

⁽¹⁾ أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الحوالات ، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ، ج 3 ، ص 123 ، 124 .

⁽²⁾ أخرجه الترمذي في سننه ، دار الفكر ، بيروت ، ط 2 ، 1983 ، أبواب الجنائز ، باب ما جاء عن النبي - ﷺ - أنه قال : نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه ، حديث رقم 1084 ، 1085 ، ج 2 ، ص 270 ، 271 ، قال عنه أنه حديث صحيح . وأخرجه ابن ماجه في سننه ، تحقيق وتعليق محمد فواد عبد الباقي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1 ، ص 271 ، كتاب الصدقات ، باب التشديد في الدين ، حديث رقم 2413 ، ج 2 ، ص 806 . وهذا الحديث قال فيه السيوطي أنه حديث صحيح . السيوطي ، الجامع الصغير ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1 ، 1981 ، ج 2 ، ص 676 .

⁽³⁾ ينظر في مسألة الديون المتجددة ، الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1 ، ص 145 ، ج 3 ، ص 03 ؛ ابن رجب الحنبلي ، القواعد ، ص 197 ، 386 .

⁽⁴⁾ القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1998 ، ج 2 ، ص 168 ؛ ابن رجب الحنبلي ، المصدر السابق ، ص 386 .

* نسب الشيخ مصطفى الزرقا للمالكية القول بأن الذمة لا تنهدم بمجرد الموت مثل الرأي الثاني (مرجع سابق ، ج 3 ، ص 196) ، بينما جعل الدكتور السنهوري المالكية من أصحاب الرأي الثالث (مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج 3 ، ص 21) ، وكلاهما نقلاً هذا الكلام عن كتاب " الحق والذمة " للشيخ علي الحفيظ ، والصواب ما ذكره السنهوري لأنه يوافق ما جاء في المعونة : " يحل الدين المؤجل بالموت خلافاً للحسن وغيره ، لأنه لو لم يحل لم يحل أن يكون متعلقاً بذمة الميت وذلك باطل بخبرها ، أو بذمة الورثة وذلك غير جائز لأنه لا شيء يوجبه " . (القاضي عبد الوهاب ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 168) ، كما أن الدكتور عبد الكريم زيدان قد جعل المالكية من أصحاب الرأي الثالث وأخذ هذا عن كتاب " نظريات الدين " للشيخ علي الحفيظ (المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، ج 11 ، ص 215) .

⁽⁵⁾ مع ملاحظة أن هذا السقوط متعلق بالحياة الدنيا ، أما في الحياة الأخروية فتمة أمر آخر .



خلاصة القول : إن افتراض بقاء ذمة الميت بعد وفاته عند من قال بذلك إنما هو من قبيل الصنعة القانونية التي يلجأ إليها لبناء الأحكام عليها ، لأنه في الواقع الشخص الذي مات لم تعد له ذمة قائمة⁽¹⁾.

البند الثاني : في النظر القانوني : اختلف النظر القانوني في مسألة انتهاء الذمة المالية تبعاً لاختلافهم في تفسير طبيعتها ، فكل نظرية لها وجهة نظر معينة.

فأصحاب نظرية الشخصية بناءً على تصورهم أن الذمة المالية عبارة عن وحدة قانونية مجردة ومستقلة عن العناصر المكونة لها ، لذلك قالوا بعدم إمكانية التنازل عنها، ومن ثم فوفقاً لهذه النظرية الذمة المالية لا تنتقل إلى الوارث، وفسروا انتقال حقوق الشخص والتزاماته إلى الوارث حين يموت بامتداد شخصية المورث واستمرار بقائها في أشخاص الورثة .

ويلاحظ على هذا الكلام أن اعتبارهم عدم انتقال الذمة المالية هي نتيجة منطقية تتسق مع تصورهم أن الذمة المالية هي عبارة عن وحدة قانونية مجردة (وعاء) متصلة بالشخصية ، إذ هي إحدى لوازمها ، لكن الذي لا يسلم لهم ولا يتسق مع تصورهم هو تفسيرهم انتقال الحقوق والالتزامات بامتداد شخصية المورث في شخص الوارث ؛ لأن هذا الكلام فيه مغالطة وقفز على الحقائق ، فمادام أن هذه النظرية تعتبر الذمة المالية إحدى خصائص الشخصية فإنه من غير المعقول امتداد هذه الشخصية دون أحد خصائصها ، ولذلك فهذا التفسير يؤدي إلى القول بانتقال الذمة المالية وإن رفضوه.

أما أصحاب نظرية التخصيص فمادامت الذمة المالية في نظرهم لا تستند في وجودها إلى شخص قانوني ، وإنما إلى غرض معين تتخصص به عناصرها ولذلك فهي تزول بزوال هذا الغرض ، كما يمكن تصور انتقالها إلى الورثة ، بل أبعد من هذا إذ يمكن التنازل عنها حال الحياة⁽²⁾.

وأما أصحاب النظرية الحديثة فإن الذمة المالية في نظرهم لا تتلاشى بموت الشخص ، وإنما تنتقل إلى ذمة الوارث بمجموع حقوقها والتزاماتها المالية الثابتة عند الوفاة . ويأخذ هذا الانتقال صورتين :

الأولى : اندماج ذمة المورث في ذمة الوارث ، بحيث يصبح الوارث مسؤولاً عن ديون مورثه مسؤولية تتعدى التركة إلى أمواله الشخصية في حالة ما إذا كان الجانب السلبي للمورث يفوق الجانب السلبي للوارث . وهذا النظام هو المتبع كقاعدة عامة في القانون الفرنسي⁽³⁾.

الثانية : تسمى بنظام قبول التركة مع خيار الجرد (*sous bénéfice d'inventaire*) ، يقوم هذا النظام على تحديد مسؤولية الوارث في حدود الجانب الإيجابي لتركة المورث ، حيث لا ينتقل إلى الوارث إلا ما تبقى من العنصر الإيجابي بعد سداد الدين . وهذا النظام أخذ به القانون الفرنسي استثناء من القاعدة العامة حماية لفئة معينة⁽⁴⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج9 ، ص99.

(2) حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، ص501 وما بعدها .

(3) المرجع نفسه ، ص511 . وينظر أيضاً :

George Hubrecht , Eric Agostini , op . cit , p241

(4) Christian Larroumet, op . cit , p278 ; George Hubrecht, Eric Agostini, Ibid, p 241

محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، ص150

خلاصة ما سبق أن الذمة المالية في النظر القانوني لا تتلاشى بالموت وإنما تنتقل من شخص المورث إلى شخص الوارث .

خلاصة : (موازنة بين النظرين الفقهي والقانوني) : من خلال ما سبق يمكن استخلاص الآتي:

- كلا المفهومين الفقهي والقانوني يعتبر الذمة أمراً مقدراً ، وإن كان المفهوم الفقهي قد سبق المفهوم القانوني في هذا .

- اقتراب النظر الفقهي في تفسير طبيعة الذمة من النظرية الشخصية.

- نلاحظ أن النظرين الفقهي والقانوني يختلفان من حيث المفهوم ويتفقان من حيث مقصد وجود فكرة الذمة وهو الضمان . ذلك أن الذمة في النظر الشرعي - كما سبق ذكره - تشمل التكاليفات والديون المالية وغير المالية ، والديون المالية محصورة في الديون المرسلة فقط ، بينما في النظر القانوني فتشمل العناصر المالية فقط : الجانب الإيجابي المتمثل في الحقوق المالية ، والجانب السلبي المتمثل في الديون ؛ لهذا كان الاختلاف بينهما من حيث المفهوم . أما المقصد المتفق عليه فهو الضمان ، فالذمة في النظر الشرعي ما وجدت إلا لتحقيق هذا المقصد ، وهو المعنى نفسه الذي من أجله وجدت الذمة المالية في النظر القانوني ؛ إذ أموال الشخص (الجانب الإيجابي) ضامنة لديونه (الجانب السلبي) . وبناء على هذا المقصد فإن المفهوم الذي سأسير عليه في هذا البحث هو المفهوم القانوني ، خصوصاً وأن الفقهاء المعاصرين وظفوا مصطلح الذمة المالية في الدراسات الفقهية المعاصرة⁽¹⁾ بمفهومه القانوني.

العلوم الإسلامية

⁽¹⁾ من هذه الدراسات : وهبة الزحيلي ، الوحدة النفسية ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، الجزائر ، ع 3 ، 2000 ، ص 156 ، 157 ؛ الأبحاث المشاركة في مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة 16 ، دبي 2005 .



المبحث الثاني: الذمة المالية للمرأة المتزوجة في القوانين الوضعية والشرائع السماوية

يحاول هذا المبحث رصد الذمة المالية للزوجة في أهم المحطات التاريخية ،
وذلك من خلال المطالب الآتية :

- المطلب الأول: في الحضارات القديمة .
- المطلب الثاني: في الشرائع السماوية .
- المطلب الثالث: في القانون الفرنسي .



المطلب الأول: في قوانين الحضارات القديمة :

اخترت في هذا المطلب نموذجين من الحضارة الشرقية ، ومثلهما من الحضارة الغربية.

الفرع الأول : في قوانين الحضارات الشرقية :

البند الأول: في بلاد الرافدين :

أظهرت التنقيبات الأثرية في بلاد الرافدين العديد من الوثائق والمدونات القانونية⁽¹⁾، وتعتبر مدونة حمورابي أهم وثيقة عثر عليها لحد الآن ، نظرا لوجودها بشكل مكتمل ، عكس باقي المدونات⁽²⁾ . وقد نظمت هذه المدونة العديد من العلاقات ، ومن بينها العلاقة المالية بين الزوجين ، التي اختلف الفقهاء في تحديد طبيعتها ، حيث ذهب البعض إلى القول بأن الزوجة كانت تتمتع بذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية لزوجها ، مكنتها من التصرف بحرية في أموالها ، سواء التي اكتسبتها قبل الزواج⁽³⁾ ، أم بمناسبته⁽⁴⁾، أم نتيجة حرفة أو مهنة معينة. واستندوا في ذلك إلى أن الزوجة في شريعة حمورابي كانت تتمتع بأهلية كاملة ، تخول لها إجراء مختلف التصرفات القانونية من بيع وهبة وإيجار ، دون الحاجة إلى إذن الزوج⁽⁵⁾. بينما ذهب غالبية الفقهاء إلى أن الزوجة كانت تشترك في أموالها مع زوجها ؛ أي بمعنى أن طبيعة النظام المالي القائم هو نظام المشاركة .

(1) من هذه المدونات : قانون أوركاغينا ، نسبة إلى أحد الملوك (2355 ق م) ، قانون أورمو ، نسبة إلى الملك لبت أورمو (2050 ق م) ، تقنين لبت عشتار ، نسبة إلى الملك لبت عشتار (1934-1924 ق م) . عباس العبودي ، تاريخ القانون ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 1998 ، ص122 وما بعدها .

(2) المرجع نفسه ، ص128 .

(3) كالميراث مثلا ، وقد كانت البنت لا تراث في حضرة الذكور ، إلا إذا لم تأخذ بئنة في حياة أبيها . أحمد إبراهيم حسن ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية (نظم القسم الخاص) ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط1 ، 1998 ، ص156 وما بعدها .

(4) من الأموال التي تحصل عليها الزوجة بمناسبة الزواج : أولا : الشيرقتوم (الدوطة) : وهي مجموعة من الأموال تحصل عليها البنت من أبيها إذا تزوجت ، وذلك قصد المساهمة في أعباء الحياة الزوجية ، وتعتبر بمثابة حصة البنت في ميراث أبيها . وهذه الأموال تبقى في ملكية الزوجة مادامت الرابطة الزوجية ، لكن ليس لها التصرف فيها ، وللزوج حق الإدارة والاستثمار والانتفاع بالريع في مواجهة أعباء الحياة الزوجية . ثانيا : الشيرهاتوم (المهر) : هو عبارة عن مبلغ من المال ، عادة ما يكون مقدارا من الفضة ، يدفع للزوجة أو إلى والدها . وقد اختلف الفقه بشأن ملكيته ، فذهب البعض إلى أنه ملك لوالد الفتاة مقابل تزويجه لابنته ، وليس للفتاة أي منفعة فيه ، في حين يرى البعض الآخر أنه ملك للزوجة حال حياتها ، وبعد وفاتها يرجع للأولاد ، وإن لم يكن ثمة أولاد يرجع للزوج . ثالثا النودونوم : عبارة عن أموال يهبها الزوج لزوجته قصد تأمين حياتها وحياة الأولاد بعد وفاته ، وتتم في عقد مكتوب . وليس للزوجة سوى حق الانتفاع ؛ لأن ملكيته للأولاد . ينظر: عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 2001 ، ص 102/103 ؛ أحمد إبراهيم حسن ، المرجع السابق ص110 وما بعدها ؛ عبد المجيد حفاوي ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار الهدى ، مصر ، ط1 ، دت ، ص 229 ؛ رعد مقداد محمود الحمداني ، النظام المالي للزوجين ، دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 2003 ، ص21 وما بعدها .

(5) عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، ص 108 وما بعدها ؛ رعد مقداد محمود الحمداني ، المرجع السابق ، ص19 ؛ أندريه إيمار ، جانين أوبويه (بإشراف موريس كروزيه) ، تاريخ الحضارات العام (الشرق واليونان القديمة) ، ترجمة فريد م وآخرين ، ط2 ، 1981 ، ج1 ، ص152 .



واستدلوا على ذلك بنصوص من شريعة حمورابي ، فلقد عاجلت المادة 151⁽¹⁾ من هذه الشريعة مسألة الديون المترتبة في ذمة أحد الزوجين قبل الزواج بصورة منفردة ؛ حيث أشارت إلى أن الزوجة إذا نصت في وثيقة الزواج ، أو في وثيقة منفصلة عن عدم تحملها لديون زوجها قبل الزواج ؛ فإن دائني زوجها لا يتعرضون لمالها ، والحال نفسه بالنسبة للزوج . وعاجلت المادة 152⁽²⁾ الديون المترتبة بعد الزواج ، حيث نصت على أن الزوجين فيما يخص هذه الديون هم متضامنون ، وهذا يعني الاشتراك⁽³⁾ .

البند الثاني : في مصر الفرعونية⁽⁴⁾ :

تشح المصادر في دراسة النظم القانونية التي سادت مصر الفرعونية ؛ بسبب قلة الوثائق ، والقوانين التي تم العثور عليها ، مقارنة بما اكتشف في بلاد الرافدين ، ومن أهم ما عثر عليه قانون بوخوريس⁽⁵⁾ ، إضافة إلى وثائق أخرى تحوي أمورا قانونية ، ترجع إلى الفترات الأخيرة من العصر الفرعوني ، ولهذا السبب ستقتصر الدراسة على هذه الفترة (أي الفترة الأخيرة من العصر الفرعوني) .

وقد تباينت آراء الفقهاء حول الذمة المالية للزوجة في هذه الفترة ، وانقسموا بذلك إلى ثلاثة آراء ، حيث ذهب الرأي الأول إلى القول بأن الزوجة كانت مشتركة مع زوجها في العلاقة المالية ؛ بمعنى أن النظام السائد هو نظام الاشتراك ، حيث يتم إنشاء هذا النظام باتفاق خاص ، بموجبه يسهم الزوج بالثلثين من ماله ، والزوجة تسهم بالثلث ، ويعهد بإدارة هذه الأموال وتسييرها للزوج باعتباره رئيسا للأسرة ، غير أنه لا يستطيع أن يتصرف فيها إلا بموافقة الزوجة⁽⁶⁾ . وقد أخذ على هذا الرأي أن المرأة الفرعونية كانت متمتعاً بأهلية

(1) جاء في المادة 151 أنه: "إذا كانت امرأة 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 بهذه المرأة أن ينالوا من هذه 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 ، ط 1 ، 1992 ، ص 62.

(2) جاء في المادة 152: "...وإذا ترتب عليها دين بعد أن أتت هذه المرأة إلى بيت الرجل فيكونان متضامنين عند التامكار". مرجع نفسه ، ص 62 .

(3) عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، ص 112 ، 113 ؛ أحمد إبراهيم حسن ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية (نظم القسم الخاص) ، ص 129 ، رعد مقداد محمود الحمداني ، النظام المالي للزوجين ، ص 19 ، 20 .

(4) يبدأ عصر القانون المصري الفرعوني بتوحيد مصر في عهد الملك مينا حوالي سنة 3200 ق م ، وينتهي باحتلال الإسكندر المقدوني لمصر عام 332 ق م . أحمد إبراهيم حسن ، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، دط ، 2003 ، ص 232 ؛ محمد عبد الهادي الشنقيري ، مذكرات في تاريخ القانون المصري ، مطبعة المدني ، القاهرة ، دط ، 1976 ، 1977 ، ص 26 ، 27 .

(5) أصدر هذا التقنين بوكيراتيف أحد فراغة مصر (720-715 ق م) ومؤسس الأسرة الرابعة والعشرين ، واسم بوخوريس أطلقه عليه اليونان . عبد السلام الترماني ، محاضرات في تاريخ القانون ، منشورات جامعة حلب ، ط 1 ، 1964 ، هامش (1) ص 59 .

(6) رعد مقداد محمود الحمداني ، مرجع سابق ، ص 26 ؛ أحمد إبراهيم حسن ، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص 470 . وقد استند هؤلاء الفقهاء إلى وثيقتين يعود تاريخهما إلى عهد الأسرة السادسة والعشرين ، الأولى منهما جاء فيها أن الزوجة تقول لزوجها: "قد نقلت أرض الكواخيتي... على أما نصيبي الذي أعطيته كعقيل، والذي تسلمته أنت اليوم... هذه الأرض لك وقد عوضتنا عنها بالنصيب الذي سطره". أما الوثيقة الثانية، فجاء فيها أن الزوج يقول: "قد وضعت في يد هذه المرأة الكواخيتية هذه



كاملة تخول لها مطلق التصرف في أموالها دون إذن زوجها ، وهذا لا يتصور في نظام المشاركة ، حيث كما سبق ذكره أن الزوج لا يمكنه التصرف إلا بموافقة الزوجة في ظل نظام المشاركة ، فكيف يكون للزوجة مطلق التصرف⁽¹⁾ . وعلى هذا الأساس ذهب الرأي الثاني إلى القول بأنه إذا كان نظام المشاركة هو الأصل ؛ فإنه لم يكن في جميع الحالات ، ولم يكن ضروريا ، حيث كان للزوجة الاحتفاظ ببعض أموالها ، أو كلها ، وعلى هذا يحق لها التصرف دون موافقة زوجها، أو التدخل منه في تصرفاتها⁽²⁾.

أما الرأي الثالث فذهب إلى أن النظام الذي كان سائدا هو نظام الانفصال ؛ أي أن الزوجة كانت مستقلة بذمتها المالية عن ذمة زوجها ، إذ كان يحق لها إبرام التصرفات القانونية من دون إذن الزوج ، فالزواج لا يؤثر في أهليتها ولا ذمتها المالية⁽³⁾.

الفرع الثاني : في قوانين الحضارات الغربية :

البند الأول: في الحضارة اليونانية: اشتهرت في اليونان مدينتان بلغتا شأنا عظيما ، هما مدينة أثينا ، ومدينة إسبارطة ، حيث سيطرتا على جل المدن اليونانية ، ولهذا ستنصب الدراسة على هاتين المدينتين . ففي إسبارطة كانت المرأة أفضل حالا ، حيث كانت لها أهلية تخول لها تملك الأموال وإبرام مختلف التصرفات القانونية ، كما كانت تترث وتورث ، الشيء الذي جعل نصف الأملاك الثابتة في إسبارطة تؤول إلى النساء ، كالأراضي التي انتقلت إليهن عن طريق البائئات⁽⁴⁾ . ولعل سبب هذه المكانة راجع لأمرين :

الأول : أن الفتاة الإسبارطية كانت تربي تربية شبيهة بتربية الرجال ، فكان فيها شيء من الرجولة مكنها من الدخول في معترك الشؤون العامة والسيطرة على الرجال ، ولهذا كان الأثينيون يعيرون الإسبارطيين بقولهم :
 "إن حكومتهم ما هي إلا حكومة نساء" ، نظرا لما يتمتعن به من سيادة⁽⁵⁾.

الأمر الثاني " أن هذه الحرية النسائية الإسبارطية لم تكن ثمرة من ثمرات الارتقاء في الاعتراف بحقوق الإنسان عموما والمرأة خصوصا ، بل كان مرده لانشغال الرجال بالقتال والحروب الدائمة ، فتركوا مختلف الشؤون

الأموال، ونقلت إليها ملكيتها، وهذا هو القدر الذي أعطيته كنعيب ابتداء من تاريخ اليوم وإلى الأبد". ينظر في هذا : رعد مقداد محمود الحمداي ، النظام المالي للزوجين ، هامش (3) ص26.

(1) رعد مقداد محمود الحمداي ، المرجع نفسه ، ص27 ، 28 .

(2) المرجع نفسه ، ص28 ، 29 ؛ علي محمد جعفر ، نشأة القوانين وتطورها ، المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت ، ط1 ، 2002 ، ص30 .

(3) هشام علي صادق ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، الدار الجامعية ، بيروت ، دط ، 1982 ، ص209 ؛ محمد الهادي الشقنقيري ، مذكرات في تاريخ القانون المصري ، ص333 ، 334 ، 339 ؛ صوفي أبو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دط ، 1973 ، ص184 ، 187 . مع الإشارة إلى أن د/ صوفي أبو طالب اكتفى بدراسة الدورة الأولى على أساس أن الدورتين التاليتين ما هما إلا تكرار للدورة الأولى ، وما حدث من تغيير فهو جزئي . المرجع نفسه ، ص159 .

(4) ول ديورانت ، قصة الحضارة ، ترجمة محمد بدران ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة ، القاهرة ، ط2 ، 1965 ، ج6 ، ص159 ، ج7 ، ص379 .

(5) عمر رضا كحالة ، سلسلة بحوث اجتماعية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2 ، 1982 ، ج1 ، ص171 ؛ ول ديورانت ، المرجع

السابق ، ج6 ، ص159 .



لتدبيرها المرأة اضطرابا في غيبتهم"⁽¹⁾. وأيا كان سبب هذه الحرية ؛ فإنه يمكن القول : إن الذمة المالية للمرأة الإيسارطية كانت مستقلة إلى حد كبير .

أما في مدينة أثينا فالوضع مختلف ، فالمرأة هناك لم تكن لها أهلية التصرف ، حيث لم يكن بوسعها أن تتعاقد بشيء أو تستدين ولو كان المبلغ تافها ، فأبوها ، أو زوجها (إن كانت متزوجة) ، أو ابنها (إن كانت أرملة) هم من يتولون إبرام تصرفاتها القانونية ، كما لهم حق إدارة أموالها . وكانت البائنة التي تأخذها المرأة من أبيها إذا تزوجت ، توضع تحت تصرف زوجها ، ولا تبقى لها سوى ملكية الرقبة التي تعود إليها إذا انحلت الرابطة الزوجية⁽²⁾ . زيادة على هذا الوضع المتسفل لم تكن المرأة الأثينية وارثة لا من أبيها ولا من زوجها⁽³⁾ . ولم يتغير حالها مع الإصلاحات التي حدثت ، فالحاكم دراكون لم تزد إصلاحاته سوى على جمع الأعراف والتقاليد ، أما إصلاحات الحاكم صولون فعلى الرغم من إعطائها للابن ذمة مالية مستقلة عن أبيه إذا بلغ سنا معينة ، إلا أن المرأة بقيت محرومة من حقوقها ، ربما الشيء الجديد هو إلزام الوارث من العصابة إذا انعدم الذكور التزوج من بنت المتوفى⁽⁴⁾ .

وبناء على هذا الوضع يمكن القول : إن المرأة الأثينية لم تكن تتمتع بذمة مالية مستقلة مثل نظيرتها الإيسارطية .

البند الثاني : في الحضارة الرومانية :

الفقرة الأولى : أهلية المرأة في القانون الروماني :

كانت قوانين الألواح الاثني عشرة تعتبر الأنوثة سببا من أسباب انعدام الأهلية الحقوقية ، حيث وضعوها تحت الوصاية ورفضوا عليها الحجر نظرا لما فيها من طيش وقلة خبرة⁽⁵⁾ ، وهذا ما أكدته مدونة جوستينيان بقولها " رأى القدامى جعل النساء تحت الوصاية ولو بلغن سن الأهلية ، لطياشة عقولهن"⁽⁶⁾ . ثم تطور الأمر بسبب النقد الموجه لهذا النظام ، حيث لم يعد هناك فرق من حيث الجنس في عهد جوستينيان ، فلقد أصبحت المرأة في عهده خاضعة لنظام القوامة مثلها مثل الرجل ؛ حتى بلوغ سن الخامسة والعشرين ، وبعدها تكون لها الأهلية الكاملة⁽⁷⁾ .

(1) عباس محمود العقاد ، المرأة في القرآن ، مؤسسة دار الهلال ، دط ، دت ، ص 53 .

(2) ول ديورانت ، قصة الحضارة ، ج 7 ، ص 112 ، 113 ، 118 ؛ دليلا فركوس ، تاريخ النظم ، أطلس للنشر ، الجزائر ، دط ، 1993 ، ص 142 .

(3) ول ديورانت ، المرجع نفسه ، ج 7 ، ص 118 .

(4) صوفي أبو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص 122 وما بعدها .

(5) محمود عبد المجيد المغربي ، المدخل إلى تاريخ الشرائع ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس (لبنان) ، ط 3 ، 1996 ، ص 130 ، 131 ؛ مصطفى السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط 6 ، 1984 ، ص 16 .

(6) جوستينيان ، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني ، تعريب عبد العزيز فهمي ، دار الكتاب المصري ، القاهرة ، دط ، 1946 ، ص 338 .

(7) محمود عبد المجيد المغربي ، المرجع السابق ، ص 131 .

الفقرة الثانية : أموال المرأة المتزوجة ومدى سلطتها عليها :

يختلف المركز المالي للمرأة المتزوجة تبعا لاختلاف نمط الزواج المتبع ، حيث عرف القانون الروماني نوعين من الزواج :

النوع الأول زواج مع سيادة : وفيه كانت المرأة إما خاضعة لسلطة زوجها ، وإما لسلطة رب الأسرة إن كان الزوج خاضعا له ، حيث تذوب شخصيتها في شخصية زوجها أو أسرته ، وتصبح جميع أموالها ملكا للزوج وتحت تصرفه ، وهذا النوع لم يعد له وجود مع مطلع القرن الرابع بعد الميلاد .

النوع الثاني وهو الزواج من دون سيادة : فقد كانت شخصية المرأة في ظلها لا تذوب في شخصية زوجها، ولا تدخل في أسرته، حيث تبقى محتفظة بأموالها إن كانت مستقلة، وإن كانت غير مستقلة بقيت خاضعة لرب أسرتها، ولا تخضع لزوجها، الذي يبقى بعيدا عن أموالها فلا يستطيع إدارتها ولا التمتع بها⁽¹⁾.

والملاحظ أن المرأة في القانون الروماني إذا تزوجت لا يعطيه زوجها صداقا ، وإنما هي من تعطيه ذلك من أموالها، أو يعطيه والدها أو أمها ، وتسمى هذه الأموال "بائنة" ، وتكون للزوج سلطات واسعة على هذه الأموال إن كانت منقولة ، إذ له مطلق التصرف فيها، فله حق إدارتها واستغلالها، أما العقارات فليس له حق البيع والرهن، ولو بإذن الزوجة ، وذلك محافظة على ثروة النساء⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس فإنه يمكن القول : إن الذمة المالية للمرأة الرومانية على العموم لم تكن مستقلة ، فأموالها كانت إما تحت تصرف رب أسرتها ، أو تحت تصرف زوجها ، ولم تكن مستقلة إلا من وجه واحد ، وهو حالة ما إذا كان زوجها مستقل السيادة .

(1) صاحب عبيد الفتلاوي ، تاريخ القانون ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 1998 ، ص 156 ؛ محمود عبد المجيد المغربي ، مرجع سابق ، ص 121 وما بعدها ؛ سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية ، تحقيق محمد أحمد سراج وآخرين ، دار السلام ، القاهرة ، ط1 ، 2001 ، ج1 ، ص 223.

(2) عمر رضا كحالة ، سلسلة بحوث اجتماعية ، ج 2 ، ص 12، 13؛ جوستنيان ، مدونة جوستنيان ، ص 91.

المطلب الثاني : في الشرائع السماوية :

يعالج هذا المطلب الذمة المالية للزوجة في الشريعة اليهودية ، والشريعة المسيحية.

الفرع الأول : في الشريعة اليهودية:

البند الأول : أهليتها القانونية : لم تكن المرأة المتزوجة في نظر الشريعة اليهودية تتمتع بأهلية كاملة ، لذلك لم يكن في وسعها إبرام التصرفات القانونية إلا بإذن زوجها ، وهذا يجعل تصرفاتها من دون إذنه تقع تحت طائلة البطلان النسبي ، إذ بإمكانه إبطال هذه التصرفات وتجريدها من أي أثر قانوني⁽¹⁾ ، وهذا ما يمكن استخلاصه من نصوص العهد القديم ، حيث جاء في أحد النصوص أن المرأة " إن نذرت في بيت زوجها ، أو ألزمت نفسها بلازم بقسم ، وسمع زوجها ، فإن سكنت لها ولم ينهها ثبتت كل نذورها... وإن فسخ زوجها يوم سمعه ، فكل ما خرج من شفيتها من نذورها أو لوزام نفسها لا يثبت "⁽²⁾ ، غير أنه قد جاء في التقنين اليهودي في المادة الخامسة بعد المائة أن المرأة المتزوجة ليست لها أهلية التعاقد والتصرف ، وهذا يعني أن كل تصرف تقوم به المرأة المتزوجة فإنه يقع تحت طائلة البطلان المطلق⁽³⁾ ، وهذا يتناقض مع ما جاء في العهد القديم المذكور أعلاه .

البند الثاني : أموالها ومدى سلطتها عليها : كان سائدا في الشريعة اليهودية أن كل مال دخلت به المرأة على ذمة الزوجية ، أو كسبته من عملها ، أو أهدي إليها كالدوطة مثلا ؛ فإنه يعتبر ملكا للزوج يتصرف فيه كما يشاء دون أن يعترض عليه أحد ، ولا حق للزوجة إلا في ملكية المهر ، الذي يجب تسميته ، وكتابته في وثيقة بحضور شهود وتسليمها للزوجة . لكن حين لاحظوا تبذير الأزواج لمال زوجاتهم وعبثهم به ، قرروا اتخاذ تدبير من شأنه أن يصون أموال الزوجة من الهلاك ، فأصدروا تشريعا يقضي بوقف مال الزوجة على ذمة الزوجية⁽⁴⁾ ، وهذا الإجراء لما كان يخضع لاتفاق الزوجين لم يحرم الزوج من حقه في الانتفاع من هذه الأموال ، بل بقي حقه قائما ، فقط أنه في العقد يكتب ما يفيد امتلاك الزوجة لرقبة الأموال دون المنفعة ، إذ لا يجوز جعل ملكية الرقبة والمنفعة معا للزوجة ، إضافة إلى هذا أعطيت الزوجة لحماية أموالها حق رهن تأميني ممتاز على جميع أموال زوجها ، وكذا مساءلة الزوج عن كل تلف يحصل بفعله وتقصيره⁽⁵⁾ . ويلاحظ على هذه الأحكام أنها تشبه إلى حد ما نظام الدوطة في القانون الفرنسي ، ولعلها انتقلت إلى شرعهم نتيجة لاختلاطهم بهم . وما يمكن استخلاصه من هذه الأحكام أنه لا يوجد فصل بين الذمة المالية للزوج والذمة المالية للزوجة .

(1) محمود عبد المجيد المغربي ، المدخل إلى الشرائع ، ص 206 ؛ أحمد إبراهيم حسن ، النظم القانونية الاجتماعية (القسم الخاص) ، ص 127 .

(2) سفر العدد ، 30 : 11-10-12 .

(3) محمد حافظ صبري ، المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود في شرع اليهود ونظائرها من الشريعة

الغراء ومن القانون المصري والقوانين الوضعية الأخرى ، مطبعة هندية ، مصر ، ط 1 ، 1902 ، ص 135 ، 138 .

(4) لا يجوز للزوجة وقف كل أموالها ، وإنما لها ذلك فقط على الأموال الموجودة وقت الزواج ، أما المكتسبة مستقبلا فلا يجوز وقفها .

محمد حافظ صبري ، المرجع السابق ، ص 403 .

(5) محمد حافظ صبري ، المرجع السابق ، ص 380 ، 401 وما بعدها .



الفرع الثاني: في الشريعة المسيحية :

كانت الشريعة المسيحية يغلب عليها الجانب الروحاني ، نظرا لسيطرة المادية على الحياة في بني إسرائيل ، ولذلك لم تتضمن من التشريعات إلا التزير اليسير ، ومن ثم اعتمد النصارى في تنظيم حياتهم على التوراة .
والمسيحية هي الأخرى لم تسلم من التحريف، حيث غير قدماء النصارى كثيرا من المفاهيم والأحكام ، ومن جملة ما غيروا مركز المرأة ، فقد غالوا في احتقارها ، إلى درجة أن اعتبرها أحد مجامعهم في رومية : «أنها حيوان نجس لا روح له ولا خلود ، ولكن يجب عليها العبادة والخدمة ، وأن يكتم فيها كالبعير والكلب العقور ، لمنعها من الكلام والضحك ؛ لأنها أحبولة الشيطان»⁽¹⁾. ولذلك في ظل هذه النظرة الدونية للمرأة ، فلا يمكن تصور أن تكون لها ذمة مالية أو أهلية تمكنها من التملك والتصرف ، فكل شيء يستأثر به الرجل ويتصرف فيه بحرية تامة . وبسبب الحجر الذي فرضته الكنيسة على العقل البشري ، والظلم الذي مارسه على أتباعها ، ثار الأوربيون عليها واستبدلوا تشريعاتها بأخرى مدنية علمانية⁽²⁾ .

ولم يبق إلا نصارى المشرق يخضعون في تشريعاتهم لتعاليم دينهم ، إذ يلحظ الناظر في تشريعاتهم أن الزوجين يخضعون لنظام الانفصال المالي كقاعدة عامة ، إذ الشركة في الزواج لا تعني الشركة في الأموال ، حيث يبقى كل زوج محتفظا بملكته الخاصة ، وهذا ما تقرره المادة 46 من مجموعة الأقباط الأرثوذكس ، حيث جاء فيها أنه : «لا يترتب على الزواج اتحاد أموال الزوجين ، ويظل كل منهما مالكا لأمواله الخاصة»⁽³⁾ .

وهذا النظام كما يبدو مأخوذ من الشريعة الإسلامية ؛ لأن نصارى المشرق ، نتيجة لاختلاطهم بالمسلمين يستقون بعض الأحكام، التي لا تخضع لاعتبارات عقدية من الشريعة الإسلامية ، والنظام المالي لا يخضع لهذه الاعتبارات، لذلك فلا يستبعد هذا الأمر .

هذا ويلاحظ أن الشريعة النصرانية لا تفرض على الزوج تقديم المهر للمرأة ، وإنما يقع على عاتق الزوجة أو وليها كواجب أدبي تقديم مال يسمى الدوطة ؛ قصد المساهمة في أعباء الحياة الزوجية ، حيث يكون للزوج حق إدارته والانتفاع بريعه ، أما التصرف فيه ؛ فإن كان منقولاً فيأذن الزوجة ، وإن كان عقارا فيأذن الزوجة والمحكمة⁽⁴⁾ .

(1) محمد رشيد رضا ، حقوق النساء في الإسلام (نداء للجنس اللطيف) ، مكتبة التراث الإسلامي ، القاهرة ، ط2 ، 1985 ، ص5 .

(2) لا يعني هذا أن الأوربيين أعطوا للمرأة حقوقها بمجرد تحررهم من قبضة الكنيسة ، بل على العكس من ذلك لم تزل بعضا من حقوقها إلا بشق وبعد نضال عسير، ولا تزال لحد الآن تفقد الكثير من الحقوق المقررة في الإسلام .

(3) صابر طه أحمد ، نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام ، نخصة مصر للطباعة ، مصر ، ط2 ، 2004 ، ص58 .

(4) مصطفى محمد الجمال ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، مطبعة الفتح ، الإسكندرية ، دط، 2001 ، ص295 وما بعدها ؛

محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، دط ، 2003 ،

المطلب الثالث: في القانون الفرنسي:

يعتبر القانون الفرنسي من أقدم القوانين وله تأثير على قوانين الدول العربية بشكل بارز وخصوصا القانون الجزائري ، ولهذا السبب اخترته ضمن الدراسة .

فقد كان سائدا في فرنسا في العصور الوسطى ، القانون العرفي الذي كان يعترف (بصفة عامة) للمرأة بصفته سيدة أموالها وتصرفاتها (عقودها) ، إذ كانت تسمى بـ : (dame de soi) مبتعدا في ذلك عن القانون الروماني .

ولم يكن خضوع المرأة المتزوجة لزوجها لنقص طبيعي في أهليتها ، وإنما هو خضوع مبني على سلطة الزوج باعتباره رب الأسرة ، وهي سلطة نسبية ، غير أن هذا الوضع تبدل خلال عصر النهضة ، حيث رجعت فكرة عدم الأهلية الطبيعية للمرأة ، المستوحاة من القانون الروماني ، وبذلك أصبحت المرأة أقل درجة وغير مؤهلة لسبب يرجع إلى نقص في خلقتها وطبيعتها ، استوجب معه حمايتها من هذا الضعف ، عن طريق وضعها تحت وصاية زوجها ، فاقدة بذلك سلطتها الأسرية (المتزلية) ، وغدت لا تستطيع التصرف في حاجيات التسيير المتزلي إلا بالحصول على وكالة ضمنية من زوجها فقط لممارسة هذا التدبير ، أما التصرفات التي تقوم بها خارج هذا الاستخدام فلا تلزم الذمة المشتركة ، ولا أموال الزوج .

كما فقدت أيضا سلطة استخلاف زوجها في تسيير أموالها الواقعة محل حق انتفاع للكتلة المشتركة ، وكذا سلطته في التسيير المشترك للمكتسبات . فقد كان للزوج - في هذا العهد - سلطات مطلقة حولته التصرف بحرية في أموال الذمة المشتركة دون محاسب أو رقيب من طرف الزوجة ، وحتى أموالها الشخصية كان له الحق في التصرف فيها بناء على حق الانتفاع المشترك ، أما هي - الزوجة - فلكي تمارس حق التصرف في أموالها الشخصية ، كان عليها الحصول على إذن من زوجها . وهذه القاعدة وإن كان يعمل بها من قبل ، إلا أنها كانت على أساس القوامة ، أما في هذا العصر فقد أصبحت شرط أساسي تأهيلي لصلاحيات التصرف القانوني ، وليس عند هذا الحد ، بل امتدت هذه القاعدة حتى إلى نطاق نظام انفصال الأموال ، إذ بالرغم من حرية الزوجة في تسيير وإدارة أموالها في إطار هذا النظام ، إلا أنه كان يجب عليها الحصول على إذن من زوجها ، أو من القاضي في كل نقل للملكية⁽¹⁾ .

وفي مقابل هذه السلطات التي كان يتمتع بها الزوج ، منحت الأعراف للمرأة تدابير تحميها من تعسف الزوج في استعمال سلطته الزوجية ، ومحاولة لخلق نوع من التوازن بين السلطات ، فمنحت لها : - إمكانية الحصول على إذن قضائي في حالة رفض الزوج غير المبرر ، - إمكانية الحصول على الرهن القانوني على أموال الزوج سواء أوجدت المشاركة أم لا ، - فصل الأموال قضائيا .

(1) - Dominique Lefebvre ; communauté légale ; active commun ; généralités ; jurus-classeur ; France ; 2001 ; articles : 1400 à 1403 ; faticule 10 , pp 6 , 7.



زيادة على هذا ، فإن أي دين ينتج عن تصرف الزوج فإنه لا يطال أموال الزوجة الخاصة في حين ديون الذمة المشترك (communauté) المحدثه من طرف الزوجة عن طريق وكالة ضمنية أو بإذن ، فإنها تدخل في أموال الزوج (1) .

وبصدور القانون المدني سنة 1804 (قانون نابليون) ، والذي كان نكبة على المرأة المتزوجة ، حيث لم يأخذ واضعوه بعين الاعتبار التسوية المطلقة بين الزوجين ، إذ لم يكن بالإمكان الاتفاق على المساس بسلطة الزوج ، فقد كرس هذا القانون ما كان سائدا من قبل من اعتبار المرأة المتزوجة (2) غير كاملة الأهلية القانونية ، خصوصا في حالة الزواج من دون عقد ترتيب الأموال (3) (contra de mariage) . فلم يكن بإمكانها التصرف في أموالها الخاصة ، إلا بإذن الزوج أو المحكمة عند امتناعه ، حتى لو اختارا نظام الفصل ، أو نظام المهر أو الدوطة (régime dotal) ، رغم أن الأول يخول لها يخول لها استقلالية إدارة أموالها الخاصة ، والثاني يمنحها حرية إدارة الأموال غير المهرية (paraphernaux) (4) ، فقد نصت المادة 217 من القانون المدني الفرنسي (القديم) على أن المرأة المتزوجة حتى لو كان زواجها قائما على أساس الفصل بين ملكيتها وملكيتها زوجها لا يجوز لها أن تهب ولا أن تنقل ملكيتها ، ولا أن ترهن ، ولا أن تملك بعوض أو بغير عوض بدون اشتراك زوجها في العقد أو موافقته عليه موافقة كتابية (5) . وبقيت هذه المادة سارية المفعول حتى ألغيت بتعديل 18 فيفري 1938 (6) ، إلغاء نظريا - إن صح التعبير - حتى جاء قانون 1942/09/22 ، الذي أدخل بعض التعديلات على آثار الزواج وكذا الأنظمة المالية (7) (les régimes matrimoniaux) ؛ ليتناسب مع هذا الخيار .

(1) Dominique Lefebvre , op.cit , p7

(2) المرأة غير المتزوجة تعتبر كاملة الأهلية مثلها مثل الرجل تماما . ينظر في هذا : سيد عبد الله علي حسين ، مرجع سابق ، ج 1 ص 232 .

(3) عقد ترتب أموال الزوجين (contra de mariage) عقد يحدد فيه الزوجان النظام المالي المتبع أثناء الزواج ، وبعد انحلاله كما ينظم هذه الأملاك ويبين مقدار اشتراك كل واحد منهما في النفقة الزوجية ، وينبغي أن يفرغ في شكل رسمي ويشهر وهو غير عقد الزواج نفسه .
Le Petit Larousse ,Grand Format , paris , 2005 , p28

- سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية ، ج 3 ، ص 1292 ؛ حسن بغداددي ، نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي و الحق العيني ، مجلة الحقوق ، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، ع 1 ، 2 ، 1956 - 1957 ، ص 109 وما بعدها .

(4) Dominique Lefebvre , op.cit , p8 .

- المياوي ، المقارنات التشريعية ، تحقيق محمد أحمد سراج ، علي جمعة محمد ، دار السلام ، القاهرة ، ط 1 ، 1999 ، ج 2 ، ص 418 .
(5) أسعد السحمراني ، المرأة في التاريخ والشريعة ، دار النفائس ، بيروت ، ط 2 ، 1997 ، ص 60 .

(6) Jean Nectoux , Félix Boucly , Marcel Vismard , **Jurisprudence Française** , Dalloz , paris , s.d , Tome 4 , p2430 ; Pierre Voirin , Gilles Goubeaux , **Droit Civil** , L.G.D.J , paris , 21^e édit , 2001 , Tome 2 (Les régime matrimoniaux) , 1^{ère} partie , p10 .

(7) النظام المالي هو عبارة عن مجموعة من القواعد التي تحكم المصالح المالية بين الزوجين في علاقتهم مع بعضهم ، ومع غيرهم ، من حيث الحقوق والواجبات ، أثناء الزواج وبعد انتهائه
- Pierre Voirin , Gilles Goubeaux , op.cit , p9 .

- وينظر أيضا : زهدي يكن ، الزواج ومقارنته بقوانين العالم ، المكتبة العصرية ، صيدا ، ط 2 ، دت ، ص 108 .



ومع كل هذا استمرت بعض القيود التي يفرضها عقد ترتيب الأموال ، ولم تحصل المرأة على المساواة حتى سنة 1985 ، حيث تبني قانون 1985/12/23 إقرار المساواة بين الزوجين في الأنظمة المالية⁽¹⁾.

هذا ويندرج ضمن النظام المالي في القانون الفرنسي أشكال معينة ، يمكن للزوجين اختيار شكل منها ، وهذه الأشكال منها ما هو قانوني ، ومنها ما هو اختياري ، وبيان ذلك كالآتي :

أولاً : النظام القانوني : ويتمثل هذا النظام في نظام الاشتراك القانوني (*communauté legal*) ، ويطبق هذا النظام حين لا يوجد بين الزوجين مشاركة (عقد مالي) ، حيث تقسم أملاك الزوجين في هذا النظام إلى قسمين :

1- قسم عام (مشترك) بين الزوجين (*masse commune*) : حيث توجد في القانون الفرنسي في ظل هذا النظام قرينة مفادها أن الأصل في أموال الزوجين الاشتراك ، إلا أن يثبت العكس . ويدخل في هذا القسم الأموال الآتية :

- المنقولات المادية وغير المادية ، الموجودة وقت انعقاد الزواج أو بعده بمقابل كانت أم بتبرع ، (كالسيارات ، المحوهرات ، القيم المنقولة ،...) ويستثنى منها المنقولات النادرة ، وكذا المنقولات التي حلت محل المنقولات الخاصة .

- العقارات المكتسبة بعقود المعاوضة أثناء الزواج ، باستثناء تلك التي تشتري استبدالاً لعقارات خاصة .

- الإيرادات والثمار الآتية من المال المشترك ، وأيضا المال الخاص بالزوجين .

- الدخل أو الراتب سواء من الزوج أو الزوجة⁽²⁾.

2- القسم الخاص : حيث يبقى بعد القسم العام قسم خاص بالزوج وقسم خاص بالزوجة وهذا القسم يضم الأموال الآتية :

- العقارات المكتسبة قبل الزواج ، وأيضا المكتسبة بعد الزواج بطريق التبرع .

- الأموال المكتسبة استبدالاً لمال خاص .

- الكنوز الموجودة في العقارات الخاصة .

- مبالغ النفقة ، نفقة التقاعد ، معاش العجز عن العمل .

- ذكرى العائلة المملوكة لأحد الزوجين .

- المنقول المهدي أو الموصى به بشرط عدم دخول في الملكية المشتركة⁽³⁾.

(1) Dominique Lefebvre , op.cit , pp 8,9,10 ; Pierre Voirin , Gilles Goubeaux , op.cit , p10 .

(2) سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية ، ج3 ، ص1302 ؛ حسن بغداداي ، نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي و الحق العيني ، ص181 ، 182 .

-Georges Hubrecht , Eric Agostini , op.cit , pp222 , 223 .

وينظر أيضا :

(3) Ibid , p 224 .



وفي هذا النوع يقوم الزوج بإدارة والتصرف في الأقسام الثلاثة : القسم المشترك و القسم الخاص به والقسم الخاص بالزوجة ، ويستثنى من هذا ما إذا كانت الزوجة تمارس مهنة مستقلة عن مهنة الزوج ، فالمال الناتج عن هذه المهنة يعهد بإدارته والتصرف فيه للمرأة ، رغم كونه يعد من قبيل الكتلة المشتركة ، وهذا الاستثناء أحدثه قانون 1907/7/13 ، وأطلق عليه تسمية الأموال المحفوظة (les biens réservés)⁽¹⁾.

هذا وقد خفضت الأموال الداخلة في الكتلة المشتركة بموجب قانون 1965/07/13 ، وغدت مقتصرة على الأموال المكتسبة أو المكتناة أثناء الزواج فقط (régime communauté réduite aux acquits) ، حيث أصبح يضم من الناحية الإيجابية الأموال التي يكتسبها الزوجان معا أو انفصالا خلال الزواج ، سواء أكانت آتية من أعمالهم الشخصية ، أو من المدخرات الواقعة على ثمار ومداخيل الأموال الشخصية (م 1401 ق. م. ف.) . وبقي كأموال شخصية الأموال التي اكتسبت أو حيزت يوم انعقاد الزواج أو بعده بطريق التبرع (م 1405) . وهذا النظام لم يطبق إلا على المتزوجين من دون مشاركة ابتداء من يوم 1966/02/01 .

كما عدلت السلطة الزوجية بموجب هذا القانون حيث أصبح بإمكان المرأة إدارة و التصرف والتمتع في أموالها الشخصية بالإضافة إلى الأموال المحفوظة ، وهذا بعد إلغاء حق انتفاع الكتلة المشتركة على الأموال الخاصة .

ولم تبق سلطتها محدودة إلا على الأموال المشتركة التي بقيت في يد الزوج . وبتشريع 1985/12/23 حصلت على المساواة المطلقة مع زوجها خصوصا في نطاق الملكية المشتركة⁽²⁾ .

ثانيا : الأنظمة الاختيارية : أجاز القانون الفرنسي للزوجين الاتفاق في عقد ترتيب الأموال على اختيار أحد النظم المقررة ، وهي كالآتي :

1- نظام الاشتراك الاتفاقي (régime communauté conventionnelle) : حيث يمكن للزوجين اختيار نظام الاشتراك في عقد ترتيب أموالهما ، مع إمكانية إدخال بعض الشروط والقيود في العقد⁽³⁾ .

2- نظام الفصل بين الأموال (séparation des biens) : هو نظام بسيط غير معقد لا تنشأ بموجبه أي ملكية مشتركة بين الزوجين ، فإذا اختار الزوجان في عقد ترتيب أموالهما نظام الانفصال ، فإن كل زوج يحتفظ بأملكه في الإدارة والمنفعة ، وعلى هذا فالمرأة المتزوجة في ظل هذا النظام لها حرية إدارة أملاكها كما تشاء من دون إذن زوجها ولا إذن القضاء ، كما لها حق التصرف والانتفاع (م 1536) ، فلها قبض إيرادها وقبض رأس مالها ، وتأجير عقاراتها بكل حرية ، وهذه الحرية لم تكن إلا ثمرة تطور طويل ،

(1) Georges Hubrecht , Eric Agostini ,op.cit , pp224, 225 .

وينظر أيضا : سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية ، ج3 ، ص 1315 ، 1316 ؛ حسن بغداداي ، نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي و الحق العيني ، ص 192 وما بعدها .

(2) Dominique Lefebvre , op.cit , p9 ,10 ; Georges Hubrecht , Eric Agostini ,op.cit , pp225 , 226 ; www. Legifrance.gouv.fr .

(3) سيد عبد الله علي حسين ، المرجع السابق ، ج3 ، ص1302 .



ذلك أن المرأة كانت محدودة الأهلية ، لا تستطيع إبرام التصرفات القانونية إلا بإذن زوجها ، فلم يكن بوسعها تمليك العقار ولا ترتيب حق عيني عليها ، كما لم يكن بإمكانها تمليك منقول بطريق التبوع من دون إذن زوجها ، ولذلك بقي نص المادة 1536 على المستوى النظري ، ولما عدل التشريع الفرنسي وأكملت أهليتها حصلت على حرية التصرف من دون إذن زوجها .

ويلاحظ أن هذا النظام يشبه إلى حد ما النظام المقرر في الشريعة الإسلامية ، غير أنه يختلف عنه من حيث التزام الزوجة المساهمة في نفقة المنزل بقدر معلوم من ريع أموالها ، وهذا القدر يحدد صراحة في المشاركة الزوجية ، فإذا حدد وجب اتباعه (م 1537) ، فإن لم يتم الاتفاق على ذلك ، فنلاحظ أن القانون القديم كان يعين هذا القدر بالثلث ، فلا يتعدى مساهمتها هذا المقدار . وجعل التعديل الصادر سنة 1942 الإنفاق على الأسرة كقاعدة عامة على الزوج ، فالزوج هو من يتحمل الأعباء في حدود قدرته ويساره ، وتساهم معه الزوجة بحسب سعتهما ، وهذا ما نصت عليه المادة 214 . وفي سنة 1965 عدلت هذه المادة مرة أخرى ، وألغيت القاعدة العامة السابقة ، حيث أصبح تحمل نفقة تسيير المنزل موكولة للزوجين معا حسب قدرتهما ، ما لم يكن هناك اتفاق في المشاركة يقضي بغير ذلك⁽¹⁾.

3- نظام عدم الاشتراك (sans communauté) : إذا اتفق الزوجان في المشاركة على أن يكون النظام المالي المتبع هو النظام النافي للاشتراك ، ففي هذه الحالة لا توجد ثمة أملاك مشتركة ، وإنما كل زوج يحتفظ بملكته الخاصة ، غير أن للزوج حق إدارة أموال الزوجة والانتفاع بغلتها على أساس أنها حصة الزوجة في الإنفاق على شؤون الزوجية ، ويلتزم الزوج بما يلتزم به صاحب حق الانتفاع⁽²⁾ .

ويمكن الحد من هذا الحق وذلك بالنص في المشاركة على أن تأخذ الزوجة سنويا جزءا من ربح أموالها تنفقه على نفسها وعلى شؤونها الخاصة ، ويلاحظ هنا أن حق الانتفاع المقرر للزوج لا يقع على منتجات الحرفة التي تمارسها المرأة مستقلة عن حرفته⁽³⁾ .

هذا من حيث الانتفاع والإدارة ، أما من حيث ملكية الرقبة ، فإن الأموال في ظل هذا النظام تظل مملوكة للزوجة .

وخلاصة الأمر أن هذا النظام يقوم على مبدئين :

الأول : استقلال الزوجة بامتلاك رقبة المال .

(1) حسن بغدادي ، نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي و الحق العيني ، ص 173 ، 174 ؛ سيد

عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية ، ج3 ، ص 1332 ، 1333 .

وينظر أيضا : - Georges Hubrecht , Eric Agostini , op.cit , p229 .

(2) Marcel Planiol , Georges Ripert , Jean Boulawger , **Traité pratique de droit civil français** , L.G.D.J , paris , 2^{ème} édit , 1957 , Tome9(Les régimes matrimoniaux) 2^{ème} partie , pp420 , 421 , 422 .

وينظر أيضا : حسن بغدادي ، المرجع السابق ، ص 170 ، 171 ؛ سيد عبد الله علي حسين ، المرجع السابق ، ج3 ، ص 1331 ، 1332 .

(3) Marcel Planiol , op . cit , p420 .



الثاني : تتمتع الزوج بحق إدارة أموال الزوجة والانتفاع بها ، إلا إذا خصت نفسها بقدر معلوم (1) . وقد ألغي هذا النظام ولم يعد أحد الأنظمة المعتمدة في فرنسا ، بموجب قانون 1965/07/13 (2) .

4- نظام البائنة (الأموال الجهازية) (régime dotal) : هذا النظام قديم مثل نظام الاشتراك ، حيث كان موجودا قبل الثورة الفرنسية ، وهذا النظام من حيث المضمون يشبه نظام الفصل ، حيث إنه لا توجد في ظله الملكية المشتركة ، لكن الاختلاف يكمن في أموال المرأة ، التي تنقسم إلى قسمين : أموال داخلية ضمن البائنة (les biens detaux) ، وأموال غير داخلية في البائنة (les biens paraphernaux) .

والأصل في نظام الدوطة أن تتجه إرادة الزوجين إلى اختيار هذا النظام ، وذلك بالنص عليه صراحة في عقد ترتيب أموالهما . فإذا اختارا هذا النظام ؛ فإن الأموال التي تعد من قبيل البائنة هي :

الأولى: ما تعطيه المرأة وقت عقد ترتيب أموال الزوجين وتعلن في العقد صراحة أنها داخلية في الدوطة وإلا فهي أملاكها الخاصة ، إذ الأصل ملكها الخاص ، والاستثناء دخولها في الدوطة .

الثانية : الأموال التي تعطى من شخص ثالث : أحد الوالدين ، أو الأقارب ، أو من الغير ، وهذه الطائفة الأصل فيها الدخول في أموال البائنة ، ولو من غير نص في المشاركة ، طالما اتجهت نية الزوجين إلى اختيار هذا النظام ، والاستثناء كون هذه الأموال ذات ملك خاص (3) .

أما بالنسبة لسلطة التصرف والإدارة ، فالأموال غير داخلية في البائنة (paraphernaux) ، وهي تشمل أيضا الأموال المحتفظ بها (les biens réservez) فإن الزوجة لها حق إدارة هذه الأموال والانتفاع بشراكتها والتصرف فيها كما لو كانت تحت نظام الفصل ، دون الحاجة إلى إذن الزوج أو إذن المحكمة، وهذا طبعاً لم يكن كذلك إلا بعد حصولها على الأهلية الكاملة(4) .

أما أموال البائنة فهي تظل مملوكة للمرأة ، لكن الإدارة وحق الانتفاع تبقى من حق الزوج ، فله على هذه الأموال سلطة واسعة من حيث الإدارة تشمل كل ما يندرج تحت هذا الاصطلاح ، وله أيضا حق الانتفاع بربع أموالها وثمراتها تأسيساً على أن هذا الانتفاع يعد من قبيل مساهمة الزوجة في نفقات الحياة الزوجية .

هذا وإن أموال البائنة تحتل مركزاً خاصاً ، ذلك أنها كقاعدة عامة لا يجوز الحجز عليها ولا تخضع للتقادم ولا يجوز التصرف فيها تصرفاً ينقل الملكية كالبيع أو الهبة أو الرهن(5) ، وهذا الحظر في التصرف يستوي فيه

(1) حسن بغدادي ، نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي و الحق العيني ، ص 171 .

(2) المتزوجون في ظل هذا النظام قبل إلغائه يحق لهم الاستمرار فيه لمدة عامين ابتداء من دخول هذا القانون حيز التنفيذ ، وبعدها يمكنهم تبديله إما بنظام الاشتراك أو بنظام الفصل . ينظر: ، Xavier Henry ; Alice Tisserand , Guy Venandet -

Cod Civil (textes , jurisprudence , annotations) , Dalloz , Paris , 99 édité , 2000 , p 1151

(3) Georges Hubrecht , Eric Agostini , op.cit , p229 .

وينظر أيضا : حسن بغدادي ، مرجع سابق ، ص 146 ، 147 ، 170 ؛ سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية ، ج 4 ، ص 1347 ، 1348 .

(4) حسن البغدادي ، المرجع نفسه ، ص 167 ، 168 ؛ حسين عبد الله حسين ، المرجع نفسه ، ج 4 ، ص 1356 .

(5) ترد على قاعدة عدم جواز التصرف في أموال البائنة استثناءات تراجع في : حسن بغدادي ، المرجع السابق ص 159 وما بعده

- Georges Hubrecht , Eric Agostini , op.cit , pp229,230 .

وأيضاً :



الزوج أو الزوجة أو هما معا ، غير أن تطبيق قاعدة عدم جواز التصرف في أموال البائنة وهي قاعدة قديمة تنصرف قانونا إلى العقار ، أما المنقول فيحظر على الزوجة فقط حسب ما اتجه إليه الاجتهاد القضائي ، أما الزوج فيتصرف فيها متى جردت ؛ لأن جردها يحدد قيمتها ويصبح الزوج مدينا بهذه القيمة⁽¹⁾ .
أخيرا فإن هذا النظام قد ألغي بقانون 1965/07/13 ، ولم يعد يطبق على المتزوجين ابتداء من 02/10/1966⁽²⁾ .

5- نظام المشاركة في المكتسبات (régime de participation aux acquits) : هذا النظام هو نظام اتفاقي أنشأه قانون 1965/07/13 ودخل حيز التنفيذ في 1966/02/01 ، فإذا صرح الزوجان تبنيهما لهذا النظام في عقد المشاركة ؛ فإن كلا منهما يحتفظ بالإدارة المستقلة والتصرف الحر في أمواله الشخصية ، دون التمييز بين التي كان يمتلكها يوم الزواج والتي اكتسبها بعده بطريق التبرع ، وكذا المكتسبة خلال الزواج بصفة مكلفة (باهظة) . فالزوجان في ظل هذا النظام ؛ كأثما تحت نظام الفصل في الذمة ، غير أنه عند انحلال النظام كل من الزوجين له الحق في المشاركة بنسبة النصف في قيم المكتسبات الصافية في ذمة الآخر ، والمقاصة بضعف التقييم للذمة الأصلية والذمة النهائية⁽³⁾ ، وهذا ما نصت عليه المادة 1569⁽⁴⁾ .
هذا ما يمكن قوله باختصار عن الأنظمة المالية في القانون الفرنسي ، وما يمكن استخلاصه من خلال هذا العرض بخصوص وضعية الذمة المالية للزوجة عبر التطور التاريخي للقانون الفرنسي ؛ أنها لم تحصل على المساواة مع زوجها في الأنظمة المالية إلا في عهد قريب سنة 1985 ، رغم أنها حصلت على الأهلية الكاملة في وقت سابق سنة 1938 ، وهذا بسبب القيود والتعقيدات الموجودة في هذه الأنظمة عدا نظام الفصل في الأموال الذي يشبه النظام الذي أقره التشريع الإسلامي إلى حد ما ، لذلك يفضل «العلماء الذين ينتصرون لحقوق المرأة هذا النظام ويعملون لجعله النظام العام ؛ لأنه يمنح المرأة الأهلية القضائية ويضمن مالية الزوجة من تصرفات زوجها»⁽⁵⁾ .

وسوف يتجهون إن عاجلا أم آجلا إلى النظام الذي أقره التشريع الإسلامي وهذا ما يظهر مما سبق من خلال إغاثتهم لبعض الأنظمة وتضييقهم لنطاق نظام الاشتراك .

(1) Georges Hubrecht , Eric Agostini ,op.cit , pp229,230 .

- حسن بغدادي ، نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي و الحق العيني ، ص 149 ، 153 ، 163 .

(2) Ibid , p 230 .

(3) تتضمن الذمة الأصلية الأموال التي يمتلكها الزوج يوم انعقاد الزواج ، والتي اكتسبها خلاله عن طريق التبرع ، وكذا الأموال التي تشكل نظام الاشتراك بأصلها لا بشمارها ، وهذا ما تضمنته المادة 1570 .

أما الذمة النهائية فإنها تضم الأموال التي يمتلكها أحد الزوجين يوم انحلال النظام المالي ، وهو ما نصت عليه المادة 1572 .

www.légifrance.gouv.fr .

ينظر في هذه المواد :

(4) Georges Hubrecht , Eric Agostini ,op.cit , p230 ; www.légifrance.gouv.fr .

(5) سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية ، ج 3 ، ص 1332



المبحث الثالث:

التأصيل الشرعي والقانوني لاستقلالية الذمة المالية للزوجة

يعالج هذا المبحث التأصيل لاستقلال الذمة المالية للمرأة المتزوجة ،
وذلك من الناحية الشرعية ، ثم من الناحية القانونية (بيان موقف القانون
الجزائري) ، في مطلبين كالآتي :

المطلب الأول: التأصيل الشرعي.

المطلب الثاني: التأصيل القانوني.



المطلب الأول: التأصيل الشرعي

في هذا المطلب أتناول التأصيل الشرعي لاستقلالية الذمة المالية للزوجة من القرآن الكريم ، ثم من السنة النبوية مع معالجة مسألة الحجر على الزوجة ، باعتبارها أهم المسائل التي يمكن أن يُعترض بها على هذا الاستقلال .

الفرع الأول : من القرآن الكريم :

تضافت مجموعة من الآيات القرآنية في الدلالة على استقلالية الذمة المالية للمرأة عموماً والمتزوجة على وجه الخصوص ، ويمكن ذكر مجموعة منها كالآتي :

النص الأول : **بَيِّنَاتٌ لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ وَأَنَّ لِلرِّجَالِ مِثْلَ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴿228﴾** [البقرة: 228] .

« فهذه الآية جاءت للاعتناء بحقوق النساء على الرجال ، ذلك أن حقوق الرجال على النساء مشهورة مسلم بها من أقدم العصور ، أما حقوق النساء فلم تكن مما يلتفت إليها أو كانت متهاونا بها موكولة إلى مقدار حظوة المرأة عند زوجها ، حتى جاء الإسلام فأقامها »⁽¹⁾.

معنى هذا أن الزوجين متساويان في جميع الحقوق والواجبات - إلا في درجة القوامة -⁽²⁾ ، ومن جملة هذه الحقوق استقلال الذمة المالية ، فما دام أن الزوج له مطلق التصرف في ماله بما له من أهلية تامة ، وذمة مالية مستقلة ، فالأمر سيان بالنسبة للزوجة .

النص الثاني : **بَيِّنَاتٌ لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً**

فِنْصَفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴿237﴾ [البقرة: 237] .

فقوله **﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾** معناه يسقطن ، ذلك أن النون في **﴿يَعْفُونَ﴾** هي نون النسوة .

فهذه الآية أباحت للزوجة المطلقة قبل الدخول إن كانت بالغة عاقلة راشدة أن تترك النصف الذي وجب لها عند الزوج ، فقد جاء في الجامع لأحكام القرآن : « والعافيات في هذه الآية كل امرأة تملك أمر نفسها ، فأذن الله لها في إسقاطه بعد وجوبه إذ جعله خلص حقهن ، فيتصرفن فيه بالإمضاء والإسقاط كيف شئن ، إذا ملكن أمر أنفسهن وكن بالغات عاقلات راشدات »⁽³⁾ .

ووجه الاستدلال في هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى حين فرض للمطلقة قبل الدخول نصف المهر ، أعطاها إمكانية التصرف فيه بالإسقاط ، ولا يمكنها العفو إلا في ظل استقلال الذمة المالية ، وتأكيذا على هذا الاستقلال قدم عفوها على عفو ولي نكاحها⁽⁴⁾ .

(1) محمد الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، الدار التونسية للنشر ، تونس ، دط ، 1984 ، ج 2 ، ص 396 .

(2) رشيد رضا ، تفسير المنار ، دار المعرفة ، بيروت ، ط 2 ، دت ، ج 2 ، ص 375 .

(3) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، دط ، دت ، ج 3 ، ص 206 .

(4) محمد خلف يوسف ، الذمة المالية للمرأة ، اقرأ ، مصر ، ط 1 ، 2003 ، ص 34 .

النص الثالث : ﴿قَالَ يَبْنَؤُا : ﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتَيْنِ نَحْلَةً فَإِن طِبَنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا

فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴿ [النساء: 04] .

جاء في ظلال القرآن : «...وهذه الآية تنشئ للمرأة حقاً صريحاً ، وحقاً شخصياً في صداقها ، وتنبئ بما كان واقعاً في المجتمع الجاهلي من هضم هذا الحق في صور شتى ... فإذا طبأت نفس الزوجة بعد ذلك لزوجها عن شيء من صداقها ، كله أو بعضه ، فهي صاحبة الشأن في هذا تفعله عن طيب نفس وراحة خاطر... وبهذا الإجراء استبعد الإسلام ذلك الراسب من رواسب الجاهلية في شأن المرأة وصداقها ، وحقها في نفسها وفي مالها ...» (1) .

وجاء في التحرير والتنوير في تفسير قوله تعالى : ﴿ فَإِن طِبَنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ

هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴿ ﴿ إذا رضين بإعطائه دون حرج ولا عسف ، وجيء بالتمييز الذي هو "نَفْسًا" للدلالة على قوة هذا الطيب ؛ ليعلم أنه طيب نفس لا يشوبه شيء من الضغط والإجاء» (2) .

إذن : فهذه الآية تقرر أنه لو لم تكن للمرأة المتزوجة ذمة مالية مستقلة عن زوجها ، لما كانت هناك أي فائدة في اشتراط طيب النفس لحلية الأخذ ، بل التأكيد على قوة هذا الطيب ، على الرغم من أن الزوج هو الذي أعطاهما إياه ، ومنه فأموالها الخاصة التي لم ترد من هذا الطريق (من الزوج) من باب أولى .

النص الرابع : ﴿قَالَ يَبْنَؤُا : ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ ﴿

[النساء: 32] . فهذه الآية تدل على أن «الرجال يكتسبون بما اكتسبوه والنساء يختصن بما اكتسبن من الأموال» (3) ، وهذا نص في استقلال الزوجة بأموالها عن أموال زوجها ، وأن كل واحد منهما يختص بما كسبه .

النص الخامس : ﴿قَالَ يَبْنَؤُا : ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ

مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴿ [النساء: 07] .

فهذه الآية دلت على أن للمرأة نصيباً من الإرث مما تركه الوالدان والأقربون ، مثلها مثل الرجال ، وبذلك نقضت ما كان يفعله العرب في الجاهلية من عدم توريث النساء (4) .

وعليه فلو لم تكن للمرأة ذمة مالية مستقلة لما قرر لها الشرع حقاً خالصاً ، ثم إنه لم يوكل الأمر إلى الأولياء بإعطائها هذا الحق ، بل تكفل هو - سبحانه - بذلك ، وجعل حقها في الإرث ثابتاً مهما كان المال قليلاً أو كثيراً .

(1) سيد قطب ، في ظلال القرآن ، دار الشروق ، بيروت ، ط11 ، 1985 ، مج1 ، ص 585 .

(2) محمد الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج4 ، ص232 .

(3) المرجع نفسه ، ج4 ، ص31 .

(4) المرجع نفسه ، ج4 ، ص248 ، 249 .



النص السادس : بِقَوْلِهِ بِنَايَا : ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَبَدَّالَ زَوْجِ مَكَانِ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ

قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِنَّمَا مَثْبُوتًا ﴿ [النساء : 20] .

دلت هذه الآية على أن الرجل إذا أراد تطليق زوجته فلا يحق له أخذ ما أعطاه من مهر ، ولو كان المدفوع مالا كثيرا (1) . فهي قد تضمنت نهي الأزواج عن أخذ ما سبق وأن أعطوه للمرأة ، فمن باب أولى أخذ مالها . إذن : ففي هذه الآيات وأخرى دلالة واضحة على استقلالية الذمة المالية للمرأة عموما ، والمتزوجة على وجه الخصوص ، بحيث تبقى بعد الزواج محتفظة بحقوقها في التملك ، تملكها مستقلا عن زوجها ، فلا علاقة بعقد الزواج بأموالها وثلثها .

الفرع الثاني : من السنة النبوية :

حفلت كتب السنة بأحاديث صحاح تثبت استقلالية الذمة المالية للمرأة المتزوجة ، ومن هذه الأحاديث ما يأتي :
الحديث الأول : عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود قالت : كنت في المسجد فرأيت النبي - ﷺ - فقال : « تصدقن ولو من حليكن » ، وكانت زينب تنفق على عبد الله وأيتام في حجرها ، فقالت لعبد الله سل رسول الله - ﷺ - أيجزئ عني أن أنفق عليك وعلى أيتام في حجري من الصدقة ؟ فقال سلي أنت رسول الله - ﷺ - فانطلقت إلى النبي - ﷺ - فوجدت امرأة من الأنصار على الباب حاجتها مثل حاجتي ، فمر علينا بلال ، فقلن سل أيجزئ عني أن أنفق على زوجي وأيتام لي في حجري ؟ وقلن لا تخبر بنا ، فدخل فسأله ، فقال : « من هما » ، قال : زينب ، قال : « أي الزيانب ؟ » قال : امرأة عبد الله ، قال : « نعم ولها أجران أجر القرابة وأجر الصدقة » (2) .

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن زينب زوجة بن مسعود كانت تعمل وتنفق من مالها الخاص على زوجها وأيتام في حجرها ، وتسأل عن الأجر في ذلك فأجازها النبي - ﷺ - على ذلك ، وهذا دليل على استقلالية ذمتها المالية (3) .

الحديث الثاني : عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله - ﷺ - كان يخرج يوم الأضحى ويوم الفطر فيبدأ بالصلاة ، فإذا صلى صلاته وسلم قام فأقبل على الناس وهم جلوس في مصلاهم ... وكان يقول : « تصدقوا تصدقوا تصدقوا » وكان أكثر من يتصدق النساء (4) .

وقد علق النووي على هذا الحديث بقوله : « في هذا الحديث جواز صدقة المرأة من مالها بغير إذن زوجها ، ولا يتوقف ذلك على ثلث مالها ، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور » (5) .

(1) وهبة الزحيلي ، التفسير المنير ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، دار الفكر ، دمشق ، ط 1 ، 1991 ، ج 4 ، ص 303 ، 304 .

(2) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الزكاة ، باب الزكاة على الزوج والأيتام في الحجر ، ج 2 ، ص 150 ، 151 .

(3) محمد خلف يوسف ، الذمة المالية للمرأة ، ص 36 .

(4) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب صلاة العيدين ، حديث رقم 889 ، ج 2 ، ص 605 .

(5) النووي ، شرح صحيح مسلم ، تحقيق عصام الصباطي وآخرين ، دار الحديث ، القاهرة ، ط 1 ، 1994 ، ج 3 ، ص 443 .



ولو لم تكن لهن ذمة مالية مستقلة لما قبل النبي - ﷺ - صدقتهن.

الحديث الثالث : مما يكرس استقلال الذمة المالية للمرأة ما رواه البخاري في صحيحه عن كريب مولى ابن عباس أن ميمونة بنت الحارث أخبرته أنها أعتقت وليدة ، ولم تستأذن النبي - ﷺ - فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه ، قالت : أشعرت يا رسول أبي أعتقت وليدي ؟ قال : « أو فعلت ! » قالت : نعم ، قال : « أما إنك لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك » (1).

وقد علق الحافظ ابن حجر على هذا الحديث بقوله : « ووجه دخول حديث ميمونة في الترجمة (2) أنها كانت رشيدة ، وأنها أعتقت قبل أن تستأمر النبي - ﷺ - فلم يستدرك ذلك عليها بل أرشدها إلى ما هو الأولى ، فلو كان لا ينفذ لها تصرف في مالها لأبطله » (3).

الحديث الرابع : مما يدل على استقلالية الذمة المالية للمرأة وحرية التصرف في مالها دون إذن من زوجها أو مشورته ، ما فعلته السيدة أسماء بنت أبي بكر الصديق - رضي الله عنهما - حين سمحت لرجل فقير أن يبيع بجوار بيتها بعد ملاطفة زوجها ، ثم باعته جارية لها ، فدخل عليها الزبير ووجد في حجرها ثمنها ، فقال لها : هبها لي ، فقالت : إني قد تصدقت بها (4).

فزوجها الزبير - رضي الله عنه - لم يتدخل في ذلك ولم يعترض على فعلها ، ولو علم من رسول الله - ﷺ - غير ذلك لما توانى لحظة في تطبيقه ، فلما علم عدمه دل على جواز تصرف المرأة في مالها من دون إذن زوجها ، وهذا دليل على استقلالية ذمتها المالية .

الحديث الخامس : أيضا يدل على هذا الاستقلال وضعية أم المؤمنين خديجة - رضي الله عنها - حيث كانت من أغنياء قريش ، إذ كان لها مال كثير ؛ حتى إن غيرها كانت تعادل غير قريش كلها (5) ، فقد كانت السيدة خديجة تستأجر الرجال في مالها وتضاربهم بشيء تجعله لهم ، وقد عمل النبي - ﷺ - في مالها (6) . ولما نزل الوحي على النبي - ﷺ - لم يمنعها من ذلك ، ولم يوقف تصرفاتها على مشورته ، ولو كان ذلك من مقتضيات الرسالة لما توانى - ﷺ - لحظة في تبليغه إياها (7) .

الحديث السادس : عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - أنه قال : طَلَّقْتُ خالتي فأرادت أن تجد نخلها ، فزجرها رجل أن تخرج ، فأنت النبي - ﷺ - فقال : « بلى فجدي نخلك فإنك عسى أن تصدقي أو

(1) البخاري في صحيحه ، كتاب الهبة وفضلها ، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج ، ج 3 ، ص 208 .

(2) المقصود بالترجمة : عنوان الباب الذي وضعه الإمام البخاري - رحمه الله - كترجمة فقهية للأحاديث الواردة ضمنه .

(3) ابن حجر ، فتح الباري ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 2 ، 1402 هـ ، ج 5 ، ص 167 .

(4) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب السلام ، باب إرداف المرأة الأجنبية ، حديث رقم 2182 ، ج 4 ، ص 1717 .

(5) محمد أبو زهرة ، خاتم النبيين ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دط ، ج 1 ، ص 155 .

(6) أبو الحسن الندوي ، السيرة النبوية ، دار الشروق ، جدة ، ط 3 ، 1983 ، ص 96 ، 97 .

(7) حمداتي شبيها ماء العينين ، اختلافات الزوج والزوجة الموظفة ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ،

الدورة السادسة عشرة ، دبي 2005 ، ص 4 .

تفعلني معروفا»⁽¹⁾.

فقول النبي - ﷺ - لهذه المرأة : « عسى أن تصدقي » بعد قوله : « فجدني نخلك » فيه دلالة واضحة على استقلالية ذمتها المالية ؛ لأنه أضاف النخل - وهي ثروة لاشك - إليها دون أن يشاركها أحد ، وفعل المعروف أمر مطلق يشمل سائر أبواب البر والخير ومنها التبرعات ، فدل مرة أخرى على حرمتها في التصرف في أموالها ، دون أن يعترض عليها أحد طالما كانت بالغة رشيدة .

فهذه النصوص من السنة والآثار - وغيرها يمكن استقراؤها من كتب السنة والصحاح - توضح بجلاء مدى تقرير الشريعة الإسلامية لمبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجة استقلالاً بينا لاشية فيه .

الفرع الثالث : مناقشة مسألة الحجر على الزوجة

قد يعترض على الاستدلال الموجب لاستقلالية الذمة المالية للزوجة - كما سبق عرضه - ما ذهب إليه جانب من الفقه ؛ من تقييد المرأة المتزوجة من التصرف في مالها تبرعاً بالقدر الذي يقتضيه حق الزوج عليها . فقد ذهب المالكية في المشهور عنهم ورواية عن أحمد إلى منع الزوجة من التصرف فيما زاد عن ثلث مالها تبرعاً ، إلا بإذن زوجها ، وهذا ما تصرح به كتبهم ، حيث جاء في القوانين الفقهية : « وأما المرأة فإنما يحجر عليها إذا كانت ذات زوج أن تتصرف بغير عوض كالهبة والعقق فيما زاد على ثلث مالها خلافاً لهما . ولها التصرف بعوض في جميع مالها وبغير عوض قي الثلث فما دون ، إلا أن تكون قد أمتعت زوجها في مالها فليس لها التصرف في شيء مما أمتعت فيه لا بعوض ولا بغير عوض إلا بإذنه »⁽²⁾.

وجاء في الذخيرة أن : « للزوج منعها من التصرف فيما زاد على ثلثها في هبة أو صدقة ونحوه مما ليس بمعاوضة »⁽³⁾ . أما عن رواية الإمام أحمد فقد ورد بشأنها في المغني : « ... وعن أحمد رواية أخرى ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة عن الثلث إلا بإذن زوجها... »⁽⁴⁾ . وقد استندوا في ذلك إلى جملة من الأدلة⁽⁵⁾ :

1- قوله تعالى : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء : 34] . فمن قوامة الرجل على المرأة ألا تتصرف في مالها من غير إذنه .

2- قوله - ﷺ - : « لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها »⁽⁶⁾ .

(1) أخرجه مسلم في صحيحه ، باب خروج المرأة المعتدة البائن والمتوفى عنها زوجها في النهار لحاجتها ، حديث رقم 1483 ، ج 2 ، ص 1121 .

(2) ابن جزوي ، القوانين الفقهية ، دار الثقافة ، دون مكان نشر ، دط ، 1969 ، ص 243 .

(3) القراني ، الذخيرة ، تحقيق محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط 1 ، 1994 ، ج 8 ، ص 252 .

(4) ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ، ص 518 .

(5) المصدر نفسه ، ج 8 ، ص 252 ؛ القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج 2 ، ص 164 .

(6) أخرجه أبو داود في سننه ، مطبعة مصطفى بابي الحلبي ، مصر ، ط 1 ، 1952 ، كتاب الإجارة ، باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها ، ج 2 ، ص 263 ؛ والنسائي في المجتبى ، المطبعة المصرية بالأزهر ، دط ، دت ، كتاب العمري ، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، ج 6 ، ص 278 ،

279 ؛ وابن ماجه في سننه ، كتاب الهبات ، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، حديث ، رقم 2388 ، ج 2 ، ص 798 .



3- عدم قبول النبي - ﷺ - صدقة امرأة كعب بن مالك ؛ حتى تأكد من حصولها على إذن زوجها (1).
 4- قوله - ﷺ - « تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها وجمالها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يداك » (2).
 فهذا الحديث يفيد أن الزوج له حق في تبقيّة مال زوجته في يدها ؛ لأن العادة جرت على تحمل الزوج من مال زوجته .

5- قياس هذه الحالة على مرض الموت ، ولذلك قيد بالثلث .

وقد أوجب عن أدلة هذا الرأي بما يأتي :

1- إن هذه الأدلة التي احتج بها هؤلاء لا تضاهي أدلة الجمهور القائل باستقلالية الزوجة في تصرفاتها المالية دون إذن زوجها (3) ، من حيث الصحة والدلالة ، خصوصا الأحاديث إذ جلتها في صحيح البخاري ومسلم كما سبق بيان ذلك ، وفيها أن النبي - ﷺ - لم يستفصل عن حصول الإذن من عدمه ، وقد ثبت التبرع والتصدق .

2- القوامة تعني تسيير شؤون الحياة الزوجية وتولي مسؤولية الإنفاق ، وليس فيها معنى الحد من تصرف المرأة فيما تملكه أكثر من الثلث (4) .

3- بالنسبة لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، فهذا الحديث قال عنه الشافعي أنه لا يثبت (5) ، وضعفه ابن حزم ، حيث قال في المحلى : « وأما حديث عبد الله بن عمرو فصحيفة منقطعة » (6) ، وقال عنه ابن قدامة أنه : « حديث ضعيف وشعيب لم يدرك عبد الله بن عمرو ، فهو مرسل » (7) .

وإن ثبت فقد حمّله أكثر العلماء على معنى حسن العشرة واستطابة نفس الزوج بذلك (8) ، ولهذا يستحسن أن تستشير به عند التبرع بماله تطيبا لخاطره ، ولما في هذا العمل من تقوية المودة والرحمة واستدامة الزواج ، لكن يبقى

(1) ابن ماجه في سننه ، كتاب الهبة ، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، حديث رقم 2389 ، ج2 ، ص798 .

(2) البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب الأكفاء في الدين ، ج7 ، ص9 ؛ و مسلم في صحيحه ، كتاب الرضاع ، باب استحباب نكاح ذات الدين ، حديث رقم 1466 ، ج2 ، ص1086 .

(3) ينظر في تصرف الزوجة في مالها بالتبرع دون إذن من زوجها ، المراجع الآتية : الكاساني ، بدائع الصنائع ، مطبعة الجمالية ، مصر ، ط1 ، 1910 ، ج6 ، ص5 ؛ الشافعي ، الأم ، دار الشعب ، دون مكان نشر ، دط ، دت ، ج3 ، ص192 وما بعدها ؛ ابن قدامة ، المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، طبعة الأوفست ، 1983 ، ج4 ، ص518 وما بعدها ؛ ابن حزم ، المحلى ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت ، ج8 ، ص309 ، ج9 ، ص160 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، دار الفتح ، بيروت ، دار التراث العربي ، ليبيا ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، ط2 ، 1976 ، ج9 ، ص417 .

(4) عبد السلام داود العبادي ، الملكية في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية - ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط1 ، 2000 ، ج2 ، ص190 .

(5) الشافعي ، المصدر السابق ، ج3 ، ص193 .

(6) ابن حزم ، المحلى ، ج8 ، ص317 .

(7) ابن قدامة ، المغني ، ج4 ، ص519 .

(8) الخطابي ، معالم السنن ، تحقيق محمد حامد الفقي ، مكتبة السنة المحمدية ، مصر ، دط ، 1941 ، ج5 ، ص184 .



هذا في حدود الاستحباب لا الإلزام⁽¹⁾.

أما حديث امرأة كعب بن مالك فإسناده ضعيف⁽²⁾، ومن ثم فلا يصح الاحتجاج به خصوصا وأنه يعارض أحاديث أصح منه في هذا الباب.

4- وأما حديث « تنكح المرأة لأربع » فواضح أن هذا الحديث لا يقر حقوقا للزوج على مال زوجته، وإنما يعرض للأمور التي قد تدفع الرجل إلى الزواج منها، فهو من باب ذكر حال الناس في الزواج، إذ ربما كان قصده من تزوج ذات الغنى لما عساه يحصل له منها من ولد فيعود ذلك المال بطريق الإرث إن وقع، أو لكونها تستغني بمالها عن كثرة مطالبته بما يحتاج إليه النساء⁽³⁾.

5- بالنسبة لقياس هبة المرأة على المريض مرض الموت فمنتقد من وجهين:

الأول: أن المرض سبب يفضي إلى وصول المال إلى الورثة، والزوجية تجعل الزوج من أهل الميراث، فهي أحد وصفي العلة، فلا يثبت الحكم بمجردهما، كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر الورثة من دون المرض. الثاني: أن المرأة تنتفع بمال زوجها وتبسط فيه عادة ولها النفقة منه، وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بمالها، وليس لها عليه الحجر، وهذا المعنى لا يوجد في الأصل، ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الأصل والفرع جميعا⁽⁴⁾.

وعلى هذا فالرأي الذي أختره هو رأي الجمهور الذي يعطي للمرأة حرية التصرف في مالها، دون أن يتوقف ذلك على إذن الزوج، فقط يستحب لها مشاورته من باب احترام شعور الزوج وتطبيقا لحاظه.

(1) نجيب بوحنيك، الذمة المالية للزوجة في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ع13، 2006، ص25.

(2) ورد هذا في زوائد البوصيري، ينظر ما أورده فؤاد عبد الباقي من تعليقات على كتاب سنن ابن ماجه، ج2، ص797.

(3) ابن حجر، فتح الباري، ج9، ص111.

(4) ابن قدامة، المصدر السابق، ج4، ص520.



المطلب الثاني : التأصيل القانوني :

يتناول هذا المطلب التدليل لاستقلالية الذمة المالية للمرأة المتزوجة في القانون الجزائري ، وفي الوقت نفسه هو بيان لموقف المشرع الجزائري من نظام الفصل في الأموال الموجب للاستقلال في الذمة المالية .
وينحصر نطاق الدراسة في قانون الأسرة ، والقانون المدني والتجاري ، وقانون الضرائب .

الفرع الأول : في قانون الأسرة :

تبنى المشرع الجزائري في قانون الأسرة استقلالية الذمة المالية للزوجين ، على غرار التشريعات العربية⁽¹⁾ ، حيث ويمكن معرفة هذا من خلال النصوص الآتية :

النص الأول : هو نص المادة 37 من القانون الجديد رقم 05-09 والتي جاء فيها : " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر .

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا بعقد رسمي حين إبرام عقد الزواج ، أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية ، وتحديد النسب التي تولد إلى كل واحد منهما " .
فهذه المادة قد تضمنت فقرتين :

الأولى : تضمنت النص صراحة على استقلالية الذمة المالية للزوجين ، مكرسة بذلك ما كان قد تبناه المشرع في المادة 2/38 من القانون رقم 84-11 بتقريره حق الزوجة في حرية التصرف في مالها .

الثانية : تضمنت شيئا جديدا ومهما ، حيث حاولت وضع تفصيل فيما يخص النظام المالي للزوجين - الذي يحدد القواعد المنظمة لحقوق الزوجين وواجباتهما المالية - وذلك من حيث ملكية الأموال (الأصول والثمار) ، والانتفاع بما وإدارتها ، وكيفية تحمل الديون الخاصة بهما ، إلى غيرها من المسائل التي تندرج ضمن هذا النظام .

وهذه القواعد قد تركت المادة تحديدها للسلطة الإرادية للزوجين وما يسفر عنه اتفاقهما ، شريطة أن يضمن هذا الاتفاق في عقد رسمي عند إبرام عقد الزواج أو بعده ، يجرى عند الموثق باعتباره موظفا محلفا .
وهذا الإجراء من شأنه أن يدرأ الكثير من المشاكل الناجمة عن العلاقة المالية ، والتي غالبا ما تفضي إلى الانفصال ، كما أنه من شأنه أن يصون الحقوق ويحميها من الضياع ؛ لأن ترك هذه المسائل دون تنظيم ومن غير توثيق رسمي يخلق صعوبة الإثبات ، خصوصا في ظل وجود المانع الأدبي وهو الزوجية⁽²⁾ .

(1) انفرد القانون التونسي دون غيره من التشريعات العربية بتبنيه صراحة نظام الاشتراك في الأموال ، حيث أعطى للزوجين عند إبرام عقد الزواج إما اختيار نظام الفصل بين الأملاك طبقا لمجلة الأحوال الشخصية ، أو نظام الاشتراك طبقا لأحكام القانون عدد 94 لسنة 1998 . ينظر الملحق رقم 2 من هذه المذكرة ص 156 .

(2) بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، موسوعة الفكر القانوني ، صادرة عن دار الهلال للخدمات الإعلامية ، وهران ، ع خ ، ص 126 ، 127 .



وعلى العموم فإن هذه الفقرة وإن تضمنت نظاما يشبه إلى حد ما أحد الأنظمة المعمول بها في فرنسا من حيث المبدأ لا الأحكام⁽¹⁾؛ فإنها لا تتعارض ومقررات الشرع والنظام العام، ذلك لأن الحكم الذي تضمنته هذه الفقرة اختياري يندرج ضمن دائرة الاشتراط، متعلق بالفروع؛ لأنه تغيير لا يمس الأصل (القاعدة العامة)، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن قوة وإلزامية هذا النظام مستمدة من الاتفاق العقدي المبرم بين الزوجين لا من عقد الزواج نفسه، إذ لا علاقة للزواج به.

وقد أشار إلى هذا المعنى بعض الفقهاء، فقد جاء في كتاب المقارنات التشريعية من أنه: «ليس في الشريعة عقد ترتيب الملاك فكل من الزوجين يحتفظ بأمواله وحرثه في التصرف، فلا شركة بين الزوجين في مال إطلاقا بمقتضى عقد الزواج، اللهم إلا إذا أسسا شركة بينهما بعد أو قبل الزواج، فتسري أحكام الشركات بينهما على عقد الشركة كالأجانب»⁽²⁾.

النص الثاني: يمكن تأكيد استقلالية الذمة المالية للزوجة من خلال ما أورده المشرع في المادة 14 من القانون رقم 84-11 من إعطائه للمرأة حرية التصرف في أموالها المهرية دون قيد يذكر، تباعا لرأي الجمهور⁽³⁾.

النص الثالث: أيضا ما أورده المشرع في المواد الخاصة بالهبة يدل على هذا الاستقلال، حيث نلاحظ أنه أعطى للمرأة حرية التصرف في أموالها بالهبة دون أن يقيد ذلك بترخيص الزوج أو إذنه، أخذنا برأي الجمهور؛ لأن هذه المواد وردت بشكل عام دون أن تفرق بين الرجل والمرأة.

الفرع الثاني: في القانون المدني:

أكد المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني على استقلالية الذمة المالية للمرأة المتزوجة، متسقا في ذلك مع النظام المقرر في الفقه الإسلامي. ويظهر هذا من خلال تسويته بين المرأة والرجل في إبرام التصرفات المالية، حيث منحها ضمانات في عدم تدخل الزوج في تصرفاتها المالية التي تجرئها، سواء أكانت هذه التصرفات دائرة بين النفع والضرر أم كانت ضارة ضررا محضا.

فجده اعتبر تصرفاتها الدائرة بين الضرر والنفع التي تقوم بها في مالها الخاص كالبيع والشراء والإيجار صحيحة نافذة في مواجهة الغير، متى بلغت السن القانونية⁽⁴⁾، دون أن يتوقف ذلك على إذن زوجها. وهو الحكم ذاته يقال بالنسبة للتصرفات الضارة ضررا محضا كالكفالة⁽⁵⁾ والقرض؛ لأن المواد المنظمة لهذه التصرفات وردت بصيغة

⁽¹⁾ هو نظام المشاركة في المكتسبات (régime participation aux acquits) أنشأه قانون 1965/07/13 وقد سبقت الإشارة إليه.

⁽²⁾ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، ج 1، ص 219.

⁽³⁾ سأعود إلى هذا الموضوع بشيء من التفصيل عند الحديث عن المهر وعلاقته بالجهاز.

⁽⁴⁾ نص المادة 40 من ق. م. رقم 75-58 على أنه: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 سنة كاملة».

⁽⁵⁾ نص المادة 644 من ق. م. على أن: «الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه». حيث نلاحظ أن لفظة "شخص" تعم الجنسين معا دون تفریق.



عامة دون أن تفرق بين الرجل والمرأة⁽¹⁾. ولذلك يمكن القول إن نصوص القانون المدني تثبت استقلال الذمة المالية للمرأة المتزوجة ، مثل نصوص قانون الأسرة .

الفرع الثالث : في القانون التجاري :

إذا استعرضنا نصوص التشريع التجاري ، نجده يعطي للمرأة المتزوجة ما للرجل من حرية التصرف في أموالها والاشتغال في التجارة ، فمتى بلغت السن القانونية (19 سنة) كان بإمكانها ممارسة التجارة في مالها ، دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها⁽²⁾ . وهذا ما تنص عليه المادة 8 من ق . ت ، 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 »⁽³⁾ .

فهذه المادة أجازت للمرأة أن تباشر بكل حرية أعمالا تجارية ، وتلتزم هي شخصيا بهذه الأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها ، بحيث يكون لهذه التصرفات التي تلتزم بها في أموالها الشخصية كامل الأثر بالنسبة للغير دون أن يعترض عليها أحد⁽⁴⁾ .

كما نلاحظ أن المادة 7 من هذا القانون⁽⁵⁾ قد أكدت أيضا على هذا المبدأ ، حيث اعتبرت أن المرأة المتزوجة لا تكتسب صفة التاجر إلا إذا مارست الأعمال التجارية لحسابها الخاص ، وليس لحساب زوجها

الفرع الرابع : في قانون الضرائب :

ورد في المادة 105 (ف 1 / ف 2) من قانون الضرائب المباشرة رقم 76-101 لسنة 1976 أنه : « تفرض الضريبة على كل رب أسرة سواء بسبب مدخولاته الشخصية ، أو مدخولات زوجته وأولاده ، والأشخاص الذين يسكنون معه والذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة بموجب المادة 125 . وفي حالة وفاة الزوجة ، فإن المدخولات المقبوضة من قبل الزوج بعد الوفاة والمكتسبة قبل الوفاة من قبل أحد الزوجين تدخل كلها في مدخول الزوج المفروض عليه الضريبة » .

(1) مسعودي رشيد ، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة ، مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار ، ع 4 ، 2004 ، ص 46 ، 47 .

(2) القانون التجاري المغربي كان لا يميز للمرأة المتزوجة أن تمارس التجارة إلا بإذن زوجها ورضاه ، حسب ما نصت عليه المادة 6 . وقد أثارت نقاشا فقهيها حادا نجم عنه فريقان ، فريق يرى ضرورة تعديل هذه المادة لكونها تخالف نصوص مدونة الأحوال الشخصية ونصوص الشرع ، وكذا الاتفاقات الدولية ، وفريق يرى الإبقاء عليها ؛ لأن الإذن من صميم الحقوق المشروعة للزوج على زوجته ، ولأن في ممارسة التجارة خروجاً من بيت الزوجية ، فطبعاً لا بد من إذنه . وقد عدلت هذه المادة وأصبحت المرأة المتزوجة بإمكانها احترام التجارة دون إذن من زوجها . ينظر في هذا : المختار بكور ، الأهلية التجارية للمرأة المتزوجة بين نصوص القانون التجاري ومدونة الأحوال الشخصية ، مجلة الميادين ، جامعة محمد الأول ، وجدة ، ع 3 ، 1988 ، ص 201 وما بعدها . وينظر في تعديل المادة الموقع على الشبكة العنكبوتية : www.Justice.gov.ma .

(3) أمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري .

(4) بودراع بلقاسم ، الوجيز في القانون التجاري ، مطبعة الرياض ، قسنطينة ، دط ، 2004 ، ص 80 .

(5) أمر رقم 96-27 المتضمن تعديل القانون التجاري 75-59 .

وجاء في المادة 424 من هذا القانون : " يكون كل من الزوجين عندما يعيشان تحت سقف واحد مسؤولاً بالتضامن عن الأموال والمداخيل التي يملكها منذ الزواج وعن الضرائب المؤسسة باسم زوجه برسم الضريبة التكميلية على مجموع الدخل " .

حيث نلاحظ أن المشرع من خلال هذه المواد ، وعلى خلاف باقي القوانين ، قد تبني نظام الإدماج بين أموال الزوجين فيما يخص فرض الضريبة⁽¹⁾ .

ولم يفرض المشرع على المرأة المتزوجة ضريبة متميزة عن زوجها ؛ إلا إذا توفرت فيها حالات معينة نصت عليها ف3 من المادة 105 ، حيث جاء فيها : " المرأة المتزوجة تكون موضوع فرض ضريبة متميزة :

- أ- عندما تكون أموالها مفصولة ولا تعيش مع زوجها .
- ب- عندما تكون في طريق الانفصال الجسماني⁽²⁾ أو الطلاق ، وتقيم منفصلة عن زوجها ضمن الشروط المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل .
- ج- عندما يتركها زوجها ، أو عندما تترك نفسها منزل الزوجية ، وتكون في حوزتها مدخولات متميزة عن مدخولات زوجها " .

ومع هذا فقد تراجع المشرع عن هذا النظام وتبنى نظام الفصل ، حيث نصت ف1 من المادة 6 من قانون 91-25 والمتضمن قانون المالية لسنة 1992 على أنه : " تفرض ضريبة الدخل على كل مكلف بالضريبة حسب دخله الخاص ومداخيل أولاده والأشخاص الذين معه والمعتبرين في كفالاته . ومن أجل تطبيق الفقرة السابقة يعتبر في كفالة المكلف بالضريبة شريطة ألا يتوفر على مداخيل متميزة عن تلك المعتمدة أساساً لفرض الضريبة على المكلف بها :

- أ- أولاده إذا قل عمرهم عن 18 عاماً ، أو عن 25 عاماً إذا كانوا يزاولون دراستهم أو كانوا عجزاً .
 - ب- وفقاً لنفس الشروط ، الأولاد الذين يأويهم في بيته " .
- وعلى هذا فالمرأة المتزوجة إذا كانت لها مدخولات ، فإنها تكون موضوع فرض ضريبة مستقلة عن مدخولات زوجها .

(1) من بين التشريعات العربية ، نجد المشرع العراقي قد تبني نظام دمج دخل الزوجين وفرض الضريبة عليها باسم الزوج ، في قانون ضريبة الدخل رقم 95 لسنة 1959 ، ونتيجة للمعارضة الشديدة والانتقاد الموجه لهذا القانون ، لكونه يعارض أحكام الشريعة التي تقضي بالفصل ، فقد عدل المشرع عن اتجاهه وأخذ في قانون ضريبة الدخل رقم 113 لسنة 1983 بانفصال الأموال بين الزوجين في فرض الضريبة . ينظر : رعد مقداد محمود الحمداني ، النظام المالي للزوجين ، ص 196 ، 197 .

(2) الانفصال الجسماني : هو حل الرابطة الزوجية ، ويصبح الزوجان بموجبه في حل من جميع التكاليف وواجبات الحياة المشتركة ، غير أنه لا يجوز لهما إمكانية الزواج بطرف ثالث . ينظر : Georges Hubrecht , Eric Agostini , op . cit , p 54 . وقد نص عليه المشرع في المادة 12 / ف2 من القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني رقم 75-58 ، مع أنها تخالف النظام والآداب العامة حسب نص المادة 24 من هذا القانون ، ولا أدري ما محلها .



الفصل الأول

مصادر الملكية الفردية

تتعدد المصادر والموارد التي تثري الجانب الإيجابي للذمة المالية للمرأة المتروجة ، ولذلك سوف أقتصر في هذا الفصل على دراسة أهم هذه المصادر والتي تثير بعض الإشكالات من الناحية الواقعية ، وهذه المصادر هي: الميراث (الخلفية) و التبرعات ، العمل . وعلى هذا يقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : الميراث والتبرعات .

المبحث الثاني : العمل .



المبحث الأول : الميراث والتبرعات .

في هذا المبحث أتطرق إلى الميراث باعتباره أهم المصادر المالية ، مركزا على حالات استحقاق المرأة (بصفة عامة) للإرث ؛ أي الحالات التي تأتيها من غير زوجها، ثم بعد ذلك أعرض للتبرعات (الهبة والوصية) ، في مطلبين :

المطلب الأول : الميراث

المطلب الثاني : التبرعات .



المطلب الأول : الميراث (1)

يمكن أن يتدعم الجانب الإيجابي للذمة المالية للزوجة عن طريق مصدر هام ، وهو الميراث الذي يعتبر أصل وجود مصطلح الذمة المالية . وقد اعتبر هذا المصدر لا يشتمل على المساواة بين الذكر والأنثى ، ولذلك ينبغي إرساء هذه المساواة من منطلق أن المجتمع قد تطور ، ولم يعد الرجل وحده ينفق ، ومن ثم فلا مبرر لهذا التفاوت . ولمناقشة هذه الأفكار ورد هذه الشبه سأتناول هذا المطلب وفق الشكل الآتي :

الفرع الأول : مبادئ الإرث في التشريع الإسلامي وخصائصه

يقوم الإرث في التشريع الإسلامي على عدة مبادئ ، ويمكن إجمالها في الآتي :

- يعتبر الإرث في التشريع الإسلامي نظاما إجباريا - لأنه من قبيل النظام الشرعي العام - إذ لا يجوز للمورث أن يمنع أحدا من ورثته من الميراث بأي طريق كان ، ولهذا نجد القرآن الكريم أبطل تصرف الوصية المتضمن هذا المعنى ، حيث **يُنْفِقُونَ فِيهَا الْمَالِ كَإِنْ حَيَاتِهِمْ فِيهَا يُؤْتُونَ** : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴾ [النساء : 12] . فالوارث - ذكرا كان أم أنثى - يستحق نصيبه جبرا من غير اختيار منه ، ولا حكم قاضي ، ولا يمكنه رد نصيبه لأنه ينتقل إليه دون حاجة إلى قبوله .

وليس معنى هذا أن الإيجار⁽²⁾ يقتضي تحمل الوارث ديون مورثه ؛ إذ الميراث غنم لا غرم ، فالتركة المحملة بالديون إذا انتقلت إلى الوارث - على مذهب من يقول ذلك⁽³⁾ - تكون مضمونة في حدودها⁽⁴⁾.

(1) يستثنى من هذا حق الإرث الناتج عن الرابطة الزوجية ، يؤخر إلى حينه .

(2) إذا كان الميراث في القانون الفرنسي ينتقل بصورة آلية ، فإن هذا لا يمنع الشخص الوارث من اختيار ثلاث طرق لقبول التركة :

1. قبول بدون شرط أو قيد : وتكون إما صراحة (express)، أو ضمنا (tacite) ، أو بقوة القانون ، وفي هذه الحالة إذا كان الجانب السلبي للتركة يفوق الجانب الإيجابي ، فالوارث يتحمل ديون مورثه من ماله الخاص .

2. قبول التركة مع الاحتفاظ بحق الجرد (L'acceptation sous bénéfice d'inventaire) ، وفي هذه الحالة الشخص الوارث يتحمل الجانب السلبي للتركة في حدود جانبها الإيجابي ، وهذه الحالة مخصصة للشخص الوارث إذا كان قاصرا ، أو بالغاً معوقاً ، أو مات ولم يحز نصيبه .

3. التخلي أو التنازل عن التركة (La renonciation à la succession) وهذا عند ما يكون الجانب السلبي للتركة يفوق الجانب الإيجابي . Georges Hubrecht , Eric Agostini , op .cit , pp 241 . 242

(3) مذهب الحنفية أن التركة تنتقل إلى الورثة إن لم تكن مستغرقة بالديون ، أما مذهب الشافعية والحنابلة فتنقل في نظرهم إلى الورثة قبل قضاء الدين ؛ أي محملة بالديون . السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، دط ، دت ، ج 29 ، ص 137 ؛ الشيرازي ، المهذب ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت ، ج 2 ، ص 23 . ابن قدامة ، المغني ، ج 12 ، ص 104 ، 105 .

(4) عبد الرحمن الصابوني ، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام ، دار الفكر المعاصر ، بيروت . دار الفكر ، دمشق ، ط 1 ، 2001 ، ص 237 .



- نظام الإرث في التشريع الإسلامي معظم أحكامه تكفل القرآن ببيائها ، فلم يتركها لنبي مرسل ، ولا لملك مقرب ، ولذلك فأحكامه في مجملها من قبيل النظام الشرعي العام التي لا يجوز مخالفتها والتعدي عليها⁽¹⁾ . وهو ما أشار إليها القرآن حين ختم آيات الميراث **بِقَوْلِهِ** : ﴿ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ

يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ ﴾ [النساء : 14] .

- حصر القرآن الميراث في دائرة الأسرة⁽²⁾ ، تأسيسا على علاقة العصبية والقرابة وعلاقة المصاهرة (الزوجية) ، واعتبار الزوجية أهم العلاقات التي أسس عليه الإرث دليل على احترام هذه العلاقة ، وتقدير آثارها الروحية والنفسية والاجتماعية⁽³⁾ .

- توزيع الإرث بالسهم المقدرة يمنع أن تكون الثروة دولةً بين الأغنياء⁽⁴⁾ .

- أعطى التشريع الإسلامي للمرأة نصيبا من الإرث بدليل **بِقَوْلِهِ** : ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ

نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾ [النساء : 7] . وهذا بعد أن كان محور الإرث عند العرب محصورا في الذكر

(1) أورد الدكتور نصر حامد أبو زيد أن حدود الله التي يجب أن لا تتعداها هي أن لا نعطي للذكر من الميراث أكثر من ضعف نصيب الأنثى ، وأن لا نعطي الأنثى أقل من نصف حظ الذكر ، فالتحديد إذن هو وضع حد للفوضى والاستثناء بفرض نصيب للمحروم بهدف الاقتراب من تحقيق المساواة في أفق الحياة الاجتماعية ، ومن ثم فإن التسوية بين الحد الأقصى للذكر والحد الأدنى للأنثى ليس فيها مخالفة لما حده الله . (نصر حامد أبو زيد ، دوائر الخوف قراءة في خطاب المرأة ، المركز الثقافي العربي ، بيروت ، ط 2 ، 2000 ، ص 233 ، 234) . وهذا التأويل يبيّن على أساس أن جل حالات إرث المرأة نصف نصيب الذكر ، وهذه مغالطة ، كما أنه يوجد فرق بين العدل والمساواة ، ومقصد التشريع تحقيق العدل ، ثم إن هذا التأويل يغفل عن قوله تعالى : ﴿ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾ أي أنه حق معين مقطوع به للرجال والنساء وليس لأحد أن ينقصهم شيئا عن هذا الحد المفروض ، فقد جاء في تفسير القرطبي أن ﴿ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾ قسما واجبا وحقا لازما . (القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 5 ، ص 48) .

(2) قد يعترض على هذا بما ذهب إليه بعض المفسرين من أن الإعطاء في قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ [النساء : 8] إنما هو على جهة الفرض ، وهذا من شأنه أن يخرج الإرث عن دائرة الأسرة . يجب أن هذا بأن جعل الإعطاء على جهة الفرض يجعل الاستحقاق في الإرث لجهتين إحداهما معلومة ، والأخرى مجهولة ، وهو ما يفضي إلى النزاع والتقاطع ومناقضة للحكمة ؛ ولذلك فالإعطاء في هذه الآية إنما هو على جهة الندب في الرأي الصحيح . ينظر في هذا : القرطبي ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 49 .

(3) عبد الرحمن الصابوني ، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام ، ص 237 .

(4) المرجع نفسه ، ص 237 .



فقط على أساس أن الإرث لا يأخذه إلا « من طاعن بالرماح ، وذاد عن الحوزة ، وحاز الغنيمة »⁽¹⁾ ، فلما جاء الإسلام رد لها الاعتبار وأوفأها حقها⁽²⁾ .

- الملاحظ أن الأنصبة المقدرة بطريق الفرض في القرآن الكريم في معظمها من نصيب المرأة .

- إن فلسفة الإسلام في الميراث تكشف عن أن التفاوت بين أنصبة الوارثين والوارثات ليس مرده إلى معيار الذكورة والأنوثة ، وإنما تحكمه ثلاثة معايير ، وهي :

المعيار الأول : درجة القرابة بين الوارث - ذكرا كان أو أنثى - وبين المورث ، فكلما اقتربت الصلة ودرجة القرابة زاد النصيب في الميراث ، وكلما ابتعدت هذه الدرجة قل النصيب ، دونما اعتبار لفارق النوع .

المعيار الثاني : موقع الجيل الوارث من التتابع الزمني ، فالأجيال التي تستقبل الحياة وتستعد لتحمل أعبائها يكون نصيبها من الإرث في الغالب الأعم أكبر من نصيب الأجيال التي تستدبر الحياة ، وتتخفف من أعبائها (وربما تصبح أعباؤها مفروضة على غيرها) ، وهذا بغض النظر عن نوع الوارث ذكرا كان أم أنثى ، إذ نجد أن بنت المتوفى - مثلا - توث أكثر من أمه ، وكلتاها أنثى ، كما توث أكثر من أبيه ، ولو كانت في المهد لم تدرك شكل أبيها بعد ، وحتى لو كان هذا الأب مصدر هذه الثروة الموروثة - التي هي للابن - ، فإن البنات في هذه الحالة تنفرد بنصف التركة ، ونجد أيضا الابن يرث أكثر من الأب وكلاهما من الذكور .

وهذا المعيار يجسد فلسفة الميراث في الإسلام بشكل جلي ، ويوضح حكماً إلهية بالغة الأهمية ومقاصد ربانية سامية .

المعيار الثالث : وهو العباء المالي الذي يوجبه التشريع الإسلامي على الوارث تحمله حيال الآخرين ، وهذا المعيار هو الذي تبني عليه قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين ، لكن هذا التفاوت ليس فيه ظلم للأنثى ولا انتقاص لحقها ، بل ربما كان العكس هو الصحيح⁽³⁾ .

(1) محمود شلتوت ، تفسير القرآن الكريم ، دار الشروق ، بيروت ، د ط ، د ت ، ص 187 .

(2) يذكر الشيخ الطاهر حداد في كتابه امرأتنا في الشريعة والمجتمع ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، د ط ، 1992 ، ص 31 أن : الإسلام رفع « مستوى المرأة فأخرجها من حالة هي أشبه بالرق ، ومكنها كالرجل من نصيبها المفروض في الميراث مهما قل أو كثر ... غير أنه إذا كان هذا شديد الوطأة على أخلاق الجاهلية ، عدله الإسلام بجعل حظها نصف الرجل ... » . ثم يقول : « لكنه مهما كان الإسلام حكيما في التدرج بحق المرأة حتى لا يبلغ بها الكمال بسرعة مخطرة ، فقد كان مع هذا شديد الوقع على المسلمين غير محتمل ... » . وهذا الكلام في غاية البطلان ، ذلك أن الله سبحانه وتعالى قد عاب على بعض القبائل العربية - في ذلك الزمان - بأشد عبارة سلوكاتهم المشينة نحو وأدهم الأنثى ، وكرامية ولادها ، وتحريمهم بعض ما رزقهم الله ، بل قد سفههم القرآن على عبادة الأوثان وهي لا تغني من الحق شيئا ، فهل كان احتقار المرأة عندهم أعز من أوثانهم التي سفهها القرآن ؟ ثم ماذا عن كثير من العادات التي دأب عليها الجاهليون وغيرها الإسلام دفعة واحدة ، وقال المؤمنون : سمعنا وأطعنا ، فلماذا لم يراع شعورهم في هذا ؟! . ينظر في الرد على هذه المفتريات بتفصيل أكثر : محمد بلتاجي ، مكانة المرأة ، دار السلام ، القاهرة ، ط 1 ، 2000 ، ص 145 وما بعدها .

(3) محمد عمارة ، التحرير الإسلامي للمرأة ، دار الشروق ، مصر ، د ط ، د ت ، ص 67 ، 68 ؛ سعاد الصالح ، الأسرة المسلمة بين النصوص والواقع ، مؤتمر الأسرة الأول ، مايو 2002 ، بيروت ، دار ابن حزم ، بيروت ، ط 1 ، 2003 ، ص 77 ، 78 .



ذلك أنه إذا تساوى الورثة في المعيارين السابقين ، أي اتفقوا في درجة القرابة ، وفي موقع الحيل الوارث ، كأولاد المتوفى - مثلاً - ذكورا وإناثا ، فهذا المعيار هو السبب في تفاوت أنصبتهم .

ومن هنا نجد القرآن الكريم يحصر هذا التفاوت في هذه الحالة فقط ، حيث **يُقَالُ بِعَالِمٍ** : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء : 11] ، وفي آخر السورة : ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رَجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [النساء : 176] ، ولم يقل : يوصيكم الله في عموم الوارثين (1) .

وتتجلى حكمة هذا التفاوت في أن الذكر - في هذه الحالة - مكلف بإعالة أسرة تتكون من أنثى - هي زوجته - وأولادهما . في حين الأنثى الوارثة ، والتي هي أخت الذكر ، إعالتها مع أولادها ، موكولة فرضاً إلى الذكر المرتبط بها . فهي بالنظر إلى أخيها الذي ورث ضعف نصيبها أكثر حظاً وامتيازاً منه في الميراث ، ذلك أن نصيبه معرض للنقص بسبب العبء المالي الملقى على عاتقه ، بينما تأخذ هي حصتها خالصة مغفأة من الإنفاق الواجب ، تدخرها لتأمين حياتها مستقبلاً عند المخاطر والتقلبات (2) .

لكن قد يقال : إن هذا الوضع كان صالحاً للمرأة في الزمان الماضي ، حين كانت كفالتها على الرجل ، ومن ثم كان منطقياً بناء أحكام الميراث على هذا الاعتبار ، أما الآن وقد تغيرت حركية المجتمع وتقاليدته ، زالت معه أسباب تفوق الرجل المؤسسة عليها هذه الأحكام ، حيث أضحت المرأة تخرج للعمل ، وتحصل رزقها بنفسها ، وتشارك مع زوجها في تحمل أعباء الحياة المشتركة ، ومن ثم فلا شيء يجعل هذه الحالة لا تتغير (3) .

ويجاب عن هذا بأنه ينبغي التفرقة بين أمرين :

الأول : الإلزام الشرعي أو القانوني .

الثاني : الإلزام الأدبي أو الحافز الأخلاقي .

(1) محمد عمارة ، التحرير الإسلامي للمرأة ، ص 68 ، 69 .

(2) محمد عمارة ، المرجع السابق ، ص 69 ؛ محمد الزحيلي ، حقوق المرأة بين الشريعة والقانون ، مؤتمر كلية الحقوق الثاني بعنوان : " حقوق الإنسان في الشريعة والقانون (التحديات والحلول) " جامعة الزرقاء الأهلية ، من 8 - 9 آب . 2001 ، ص 301 ؛ عبد الرحمن الصابوني ، مرجع سابق ، ص 239 .

(3) هذا ما اعتمد عليه الشيخ الطاهر حداد (في كتابه امرأتنا في الشريعة والمجتمع ، ص 34 ، 35) في دعوته إلى المساواة بين الذكر والأنثى في الميراث ، وهو الأمر ذاته الذي اعتمد عليه الدكتور نصر حامد أبو زيد حسب ما يظهر من الحوار الذي أجرته معه جريدة العربي عدد 26 / 6 / 1995 ، نقلاً عن محمد بلتاجي ، مكانة المرأة ، ص 148 ، 149 .



فالحافظ الأخلاقي يفتح المجال واسعا أمام المرأة للاشتراك مع الرجل (زوجها كان أو أُنحاهما ، أو غيرهما) في تحمل أعباء الأسرة ، وسائر وجوه الإنفاق ، بل هي مدعوة بمقتضى هذا الحافظ إلى تخفيف العبء المالي الملقى على زوجها ، إما في نطاق النفقة وهذا عن طريق المشاركة⁽¹⁾ أو الإبراء ، وإما في نطاق المهر ، وذلك بتجاوز ما تستطيع أن تتجاوزه .

فهذا الحافظ من شأنه أن يظهر خلق الكرم والسخاء لدى الزوجة ، لكن لا تبرز قيمته ولا يظهر هذا الجانب لو كان فيه إلزاما .

ومن ثم فهذا الحافظ لا يصلح أن يرتقي إلى مصف الإلزام الشرعي ويكون بديلا عن الإلزام الملقى على عاتق الزوج - أو غيره - في ضرورة الإنفاق ، فقد لا يوجد مثل هذا الحافظ عند الزوجة⁽²⁾ .

هذا عن الجانب الأخلاقي ، أما عن الجانب الإلزامي (الشرعي أو القانوني) ، فإن التشريع قد ألقى هذا على عاتق الزوج ، ولو ألزم الزوجة (أو المرأة عموما) بذلك ؛ لأدى إلى إلزامها الخروج للتكسب ، ولجرّها إلى ما وقعت فيه المرأة الغربية نتيجة لهذا الإلزام .

فالتشريع الإسلامي حين ألقى مسؤولية إعالة المرأة (زوجة أو بنتا أو أما) على عاتق الرجل (زوجاً أو أباً أو ابناً) ، وفتح أمامها الحرية في أن تعمل⁽³⁾ أولاً تعمل ، إنما قصد بذلك حمايتها مما وقعت فيه المرأة الغربية من مشاكل ومعاناة جراء انعدام هذه المبادئ⁽⁴⁾ .

ومن هنا فهذا الانتقاد لا يصلح دليلاً لهذا الزعم ؛ لأن الذي أرسى هذا النظام لا تخفى عليه خافية . فنظام الإنفاق في التشريع الإسلامي نظام ثابت لا يتغير بتغير الزمان والمكان .

الفرع الثاني : حالات استحقاق الإرث⁽⁵⁾

يختلف استحقاق الزوجة للإرث حسب الجهة المدلية بها إلى المورث (أو نسبتها إليه) ، فقد تكون أما ، أو بنتا ، أو بنت ابن ، أو أختا ، أو جدة ، وبيان هذه الحالات كالتالي :

أولاً : البنت : تراث البنت نحو ثلاث حالات :

(1) سيأتي الحديث عن قضية اشتراك الزوجة في نفقات الأسرة بشيء من التفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل .

(2) محمد سعيد رمضان البوطي ، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني ، دار الفكر ، دمشق ، ط 1 ، 2000 ، ص 110 ، 111 .

(3) سيأتي الحديث عن مسألة عمل المرأة في المبحث الثاني من هذا الفصل .

(4) محمد سعيد رمضان البوطي ، المرجع السابق ، ص 111 ، 112 .

(5) علاء الدين الحصكفي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده ، مصر ، دط ، دت ، ج 2 ، ص 525 وما بعدها ؛ ابن جزوي ، القوانين الفقهية ، ص 295 وما بعدها ؛ الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 26 ، 27 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص 6 - 17 ، 52 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 5 ، ص 254 - 270 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 15 ، ص 386 - 400 .



الحالة الأولى : تترث النصف (1/2) إذا كانت منفردة عن مثلها وعن معصب ، والدليل على ذلك قوله

﴿ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾ [النساء : 11] .

الحالة الثانية : تترث الثلثين (2/3) وهذا إذا كانت معها بنت أخرى أو أكثر ، وانعدم المعصب ، حيث

ترث هذا النصيب وتقتسمه بالتساوي مع أخواتها ، والدليل على هذا قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ

اِثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مِمَّا تَرَكَ ﴾ [النساء : 11] . وهذه الآية تخص البنات إذا كن ثلاثة أو أكثر ، أما إذا كن

اثنتين ، فقد ورد بشأهما حديث جابر - رضي الله عنه -⁽¹⁾ ، وأيضا قياسا على نصيب الأختين⁽²⁾ .

الحالة الثالثة : تترث بالتعصيب إذا وجد معها أخوها من نفس درجتها ، سواء أكانت واحدة أم أكثر

ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾⁽³⁾ [النساء : 11] .

وقد تضمن قانون الأسرة الجزائري النص على هذه الحالات في المواد : 144 ، 147 ، 155 على التوالي .

ثانيا : بنت الابن : لبنت الابن أربع حالات تترث فيها كالأب :

الحالة الأولى : تترث بنت الابن النصف إذا انفردت عن مثلتها ، وانعدم الفرع الوارث المذكر أو المؤنث ،

وكذا ولد الابن في درجتها .

الحالة الثانية : تترث الثلثين إذا تعددت (اثنتين فأكثر) مع انعدام معصبها والفرع الوارث .

الحالة الثالثة : السدس سواء أكانت واحدة أم متعددة ، بشرط أن تكون معها بنت واحدة ، وأن لا يكون

معها معصبها من درجتها .

(1) عن جابر قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بابتيتها من سعد ، فقالت : يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع ، قُتل

أبوهما معك في غزوة أحد ، وإن عمهما أخذ مالهما ، فلم يدع لهما مالا ، ولا يُكحان إلا بما ، فقال : « يقضي الله في ذلك » فترلت آية

الميراث ، فأرسل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى عمها ، فقال : « أعط ابنتي سعد الثلثين ، وأمهما الثمن ، وما بقي فهو لك » . أخرجه الترمذي

في سننه ، أبواب الفرائض ، باب ما جاء في ميراث البنات ، حديث رقم 2172 ، ج 7 ، ص 285 . قال فيه أنه حديث حسن صحيح ،

و ابن ماجه في سننه ، كتاب الفرائض ، باب فرائض الصلب ، حديث رقم 2720 ، ج 2 ، ص 908 ، 909 .

(2) ابن عبد البر ، التمهيد ، تحقيق أحمد أعراب ، دون مكان نشر ، دط ، 1990 ، ج 24 ، ص 96 .

(3) استنبط الشيخ محمد عبده من هذه الآية معنىً لطيفاً مفاده أن اختيار هذا اللفظ يجعل الأصل إرث الأنتى ، وإرث الذكر محمول عليه

يعرف بالإضافة إليه ، وهذا مبالغة في إبطال ما كانت عليه الجاهلية ، ولولا ذلك لقال للأنتى نصف حظ الذكر . محمد عبده ،

الأعمال الكاملة ، جمع وتحقيق محمد عمارة ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت ، دط ، 1972 ، ج 5 ، ص 180 .

نقلا عن نصر حامد أبو زيد ، دوائر الخوف قراءة في خطاب المرأة ، ص 232 .



الحالة الرابعة : ترث بالتعصيب مع ابن الابن ، أخيها ، أو ابن عمها المساوي لها في الدرجة ، أو ابن ابن الابن الأنزل منها درجة إذا احتاجت إليه ، للذكر مثل حظ الأنثيين .

وهي الأحكام المنصوص عليها في المواد : 144 ، 147 ، 149 ، 155 من قانون الأسرة الجزائري على التوالي .

والدليل على هذا (بالنسبة للحالة الأولى والثانية و الرابعة) ، النصوص نفسها الدالة على أحكام إرث البنت ؛ لأن المراد بأولادكم في **قَوْلِهِ بَعَارًا** : ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ** ﴾ فروعكم إما مباشرة من أصلابكم ، أو بواسطة أولادكم .

أما الحالة الثالثة فدل عليها قضاء ابن مسعود حين عرضت عليه مسألة ابنة ابن مع ابن ، حيث قال : « أقضي فيها بما قضى النبي - ﷺ - ، لابنة النصف ، ولابنة الابن السدس تكملة للثلثين ، وما بقي فلأخت » (1) .

ثالثا : الأخت الشقيقة :

الحالة الأولى : ترث الأخت الشقيقة نصف التركة إن هي انفردت عن مثيلتها وعن أخيها المعصب لها ، وانعدم الأب والجد والفرع الوارث وإن نزل مذكرا كان أم مؤنثا .

الحالة الثانية : ترث الثلثين في حالة تعددها (شقيقتان فأكثر) مع انعدم الشقيق والأب والفرع الوارث .

الحالة الثالثة : ترث بالتعصيب إذا وجد معها أخوها الشقيق ، وانعدم الحاجب ، للذكر مثل حظ الأنثيين .

الحالة الرابعة : ترث بالتعصيب مع الغير سواء أكانت منفردة أم متعددة إذا وجدت معها بنت صلبية أو أكثر أو بنات ابن ، بشرط انعدام الأخ الشقيق ، أو الجد ، وهي الحالات نفسها التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري في المواد : 144 ، 147 ، 155 ، 156 على التوالي .

دليل الحالات الثلاث **قَوْلُهُ بَعَارًا** : ﴿ **يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ** ^ع **إِنْ أَمْرُؤُا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ** ^ع **وَهُوَ يَرِثُهَا** ^ع **إِنْ لَمْ يَكُنْ هَا وِلْدٌ** ^ع **فَإِنْ كَانَتْ أُخْتَيْنِ فَلَهُمَا** ^ع **الثلثان** ^ع **مِمَّا تَرَكَ** ^ع **وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رَجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ** ^ع ﴾ [النساء : 176] .

أما الحالة الرابعة فدل عليها قضاء ابن مسعود السابق الذكر والقاعدة الفقهية : ((اجعلوا الأخوات مع البنات عصبه)) (2) .

(1) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الفرائض ، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة ، ج 8 ، ص 188 .

(2) هو من كلام الفرضيين ، وليس حديثا للنبي - ﷺ - ، ينظر في هذا : الباجوري ، حاشية الباجوري ، المطبعة الأزهرية ، مصر ،

ط 2 ، 1929 ، ص 119 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 15 ، ص 327 .



رابعا : الأخت لأب : ترث الأخت لأب في الحالات الآتية :

الحالة الأولى : ترث النصف إذا انفردت عن مثلتها ، وعن الأخ لأب ، وعن ذكر في الأخت الشقيقة (الحالة الأولى) .

الحالة الثانية : ترث الثلثين إذا تعددت بشرط انعدام الأخ لأب ، ومن ذكر في الشقيقة (الحالة الثانية) .

الحالة الثالثة : ترث السدس منفردة كانت أم متعددة إذا كانت مع شقيقة واحدة ، وانعدم المعصب والأصل المذكور والفرع الوارث .

الحالة الرابعة : ترث بالتعصيب (بالغير) إذا وجد معها الأخ لأب ، وانعدم الحاجب ، للذكر مثل حظ الأنثيين .

الحالة الخامسة : ترث عصبية مع الغير إذا وجدت معها بنت أو أكثر ، أو بنت ابن أو أكثر مع انعدام الأخ لأب وكذا الجد والأخت الشقيقة ، ولا فرق بين انفرادها أو تعددها .

وهذه الحالات نفسها المنصوص عليها في المواد : 144 ، 147 ، 149 ، 155 ، 156 من قانون الأسرة الجزائري .

وتنطبق الأدلة المذكورة في حالة الشقيقة على حالات الأخت لأب ، أما الحالة الثالثة ؛ فإن الله قد فرض للأخت

الشقيقة النصف بنص الكتاب ، وقد تبقى عن سهم الثلثين السدس ، فتأخذ الأخت لأب تكملة للثلثين⁽¹⁾ .

خامسا : الأخت لأم : للأخت لأم حالتان ترث فيهما لا فرق في ذلك بين الذكور والإناث .

الحالة الأولى : ترث الثلث في حالة التعدد مع الذكر أو مع الأنثى ، بشرط انعدام الأصل الوارث المذكور ، والفرع الوارث وإن نزل . (م 148 ق . أ) .

الحالة الثانية : ترث السدس إذا انفردت ، وانعدم الأصل المذكور والفرع الوارث . (م 149 ق . أ) .

والدليل على نصيب الأخت لأم ، **قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ**

فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴿ [النساء : 12] .

سادسا : الأم : ترث الأم في حالات ثلاث هي :

الحالة الأولى : ترث الثلث من التركة وهذا إذا انعدم الفرع الوارث وتعدد الإخوة .

(1) يمكن قياس حالة الأخت لأب مع الأخت الشقيقة على حالة ابنة الابن مع البنت .



الحالة الثانية : ترث السدس إذا وجد الفرع الوارث ، أو وجد عدد من الإخوة ، سواء أكانوا وارثين أو محجوبين .

الحالة الثالثة : ترث ثلث الباقي⁽¹⁾ ، وهذا إذا وجد معها الأب وأحد الزوجين ، فإن كان الزوج فله النصف وللأم ثلث الباقي (وهو السدس في الأصل) ، وإن كانت زوجة فلها الربع ، وللأم الثلث الباقي (وهو في الأصل الربع) ، وفي الحالتين للأب الباقي تعصيا ، وهذه المسألة تعرف بالغاويتين ، أو العمريتين⁽²⁾ .

والدليل على هذا النصيب **قوله تعالى** : ﴿ وَلَا يُؤْتِيهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبُوَاهُ فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ ﴾ [النساء : 11] .

وهذا بالنسبة للحالة الأولى والثانية ، أما الحالة الثالثة فقد دل عليها قضاء عمر بن الخطاب وإليها ذهب زيد بن ثابت⁽³⁾ ، و53 هو الرأي الذي سارت عليه المذاهب الفقهية فأصبح الأمر إجماعا .

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على هذه الحالات في المواد : 148 (ف 1) ، 149 (ف 2) 177 على التوالي .

سابعاً : الجدة : ترث الجدة سواء أكانت لأب أو لأم منفردة السدس ، فإن اجتمعت جدتان فهو مقسوم بينهما إذا كانتا في درجة واحدة ، فإن كانت واحدة أقرب من الأخرى اختصت به . وهذا ما نصت عليه المادة 149 (ف 4) .

والدليل على هذا حديث النبي -ﷺ- ، فقد ورد في كتب الحديث أنه جاءت الجدة إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه تطلب ميراثها فقال : ما لك في كتاب الله عزوجل شيء ، وما أعلم لك في سنة رسول الله -ﷺ- شيئا ، ولكن ارجعي حتى أسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله -ﷺ- أعطاهما السدس ، فقال : هل معك غيرك ؟ فشهد له محمد بن مسلمة ، فأمضاه لها أبو بكر ، فلما كان عمر ، جاءت الجدة الأخرى ، فقال : ما

(1) خالف ابن حزم في هذه المسألة جمهور الفقهاء ، حيث قال بأن للأم ثلث المال ، وهو في هذا تبعاً لابن عباس . الخلی ، ج 9 ، ص 260 .

(2) سميت بالغاويتين لشهرتهما كالكوكب الأغر ، وقيل لأن الأم غرت فيها بلفظ الثلث ، وهو في الحقيقة إما سدس أو ربع ، وقيل بل سميت كذلك تشبيها بغرة الفرس بجامع الظهور ، لشهرتهما في مسائل الفرائض . عبد الرحمن الأخصري ، شرح الدرّة البيضاء ، مطبعة التقدم العلمية ، مصر ، د ط ، 1325 هـ ، ص 80 ؛ الباجوري ، حاشية الباجوري ، ص 90 . أما تسميتهما بالعمريتين فنسبة إلى قضاء عمر .

(3) البيهقي ، السنن الكبرى ، دار الفكر ، بيروت ، د ط ، د ت ، كتاب الفرائض ، باب فرض الأم ، ج 6 ، ص 228 ؛ عبد الرزاق الصنعائي ، المصنف ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، (دون معلومات نشر) ، كتاب الفرائض ، حديث رقم 19015 ، ج 10 ، ص 252 .



لك في كتاب الله شيء ، وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك ، وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ، ولكن هو ذا السدس فإن اجتمعتما فهو لكما وأيتكما خلت به فهو لها⁽¹⁾ .

وخالف ابن حزم في هذه المسألة جمهور الفقهاء حيث ورث الجدة مثل حالات الأم شرط انعدامها ، فحيث تراث الأم الثلث تراث الجدة كذلك ، وحيث تراث السدس تراث الجدة السدس ، وإذا اجتمعت أكثر من جدة واجتمعن في الدرجة اقتسمن النصيب ، واستدل على ذلك **قَوْلُهُ بَعَّالًا** : ﴿ **وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ** ﴾

[النساء : 11] ، **قَوْلُهُ لِرَبِّكِ** : ﴿ **يَبْنِيءَ آدَمَ لَا يَفْتِنَنَّكُمُ الشَّيْطَانُ كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ الْجَنَّةِ** ﴾ [الأعراف : 27] ، فجعل آدم وامرأته عليهما السلام أبوين ، كما ورد عن ابن عباس أنه قال : " الجدة بمنزلة الأم إذا لم تكن أم " ⁽²⁾ .

والملاحظ على هذه الحالات (حالات إرث المرأة) أنها ثابتة - في معظمها - بنصوص من القرآن قطعية الدلالة قطعية الثبوت ، وهذا مبالغة من التشريع في إثبات حق المرأة ، الذي حرمت منه في الجاهلية ظلماً وعدواناً ، ومن جهة أخرى غلقاً لأي باب قد يفتح للتلاعب بنصيبها .

كما أن النظر في هذه الحالات ، واستقراء حالات أخرى في كتب الفرائض ، يقود إلى نتائج يغفل عنها الكثيرون ممن يتهجم ويطعن في هذا النظام ، وهذه النتائج هي :

((1. إن هناك أربع حالات فقط تراث فيها المرأة نصف الرجل .

2. وهناك حالات أضعاف هذه الحالات الأربع تراث فيها المرأة مثل الرجل تماماً .

3. وهناك حالات عشر أو تزيد تراث فيها المرأة أكثر من الرجل .

4. وهناك حالات تراث فيها المرأة ولا يرث نظيرها من الرجال .

⁽¹⁾ رواه أبو داود في سننه ، كتاب الفرائض ، باب في الجدة ، ج 2 ، ص 109 ، 110 ؛ الترمذي ، أبواب الفرائض ، باب ميراث الجدة ، حديث رقم 2183 قال عنه أنه حديث حسن صحيح ، ج 3 ، ص 284 ، و ابن ماجه في سننه ، كتاب الفرائض ، باب ميراث الجدة ، حديث رقم 2724 ، ج 2 ، ص 909 ، 910 . هذا الحديث قال عنه عبد الحق الإشبيلي : إنه ليس متصل السماع ، وهو حديث مشهور . عبد الحق ، الأحكام الوسطى ، تحقيق حمدي السلفي ، صبحي السامرائي ، مكتبة الرشد ، الرياض ، د ط ، 1995 ، ج 3 ، ص 328 . وقال فيه ابن حجر : إن إسناده صحيح لثقة رجاله ، إلا أن صورته مرسل ، لأن قبضة لم يسمع من الصديق ، ولا يمكن شهوده للقصة ، فهو قد ولد عام الفتح على الصحيح . ابن حجر ، التلخيص الحبير ، تحقيق وتعليق شعبان محمد إسماعيل ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، د ط ، 1979 ، ج 3 ، ص 95 .

⁽²⁾ ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 272 .



أي أن هناك أكثر من ثلاثين حالة تأخذ فيها المرأة مثل الرجل ، أو أكثر منه ، أو ترث هي ولا يرث نظيرها من الرجال ، في مقابلة أربع حالات محددة ترث فيها المرأة نصف الرجل» (1) .

فلو كان هؤلاء المغرضون بنقدهم هذا يبحثون عن الحقيقة بموضوعية لما تغاضوا عن هذه الحقائق ، وهذه المعايير التي توضح بجلاء مسلك التشريع الإسلامي - فلسفته - في نظام الإرث وأن لا دخل للذكورة والأنوثة في ذلك ، ولما نظروا إلى جزئياته بمعزل عن كلياته ، ولكن : ﴿ فَإِنَّهَا لَا تَعْمَى الْأَبْصَرُ وَلَكِن تَعْمَى الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ ﴾ [الحج : 46] .

وإذا كانت هذه حقيقة هؤلاء ؛ فإن هناك من هم البحث عن الحقيقة وإطلاق الحكم بموضوعية ، ومن هؤلاء المستشرق " غوستاف لوبون " في كتابه حضارة العرب حيث ذكر فيه مدى دقة نظام الإرث في التشريع الإسلامي وعدالته ، إذ يقول : " ومبادئ الميراث التي ينص عليها القرآن على جانب عظيم من العدل والإنصاف ، ويظهر من مقابليتي بينها وبين الحقوق الفرنسية والإنجليزية ، أن الشريعة الإسلامية منحت الزوجات حقوقاً في الميراث لا نجد مثلها في قوانيننا " (2) .

(1) صلاح الدين سلطان ، ميراث المرأة وقضية المساواة " سلسلة في التنوير الإسلامي " ، دار النهضة ، القاهرة ، طبعة 1999 ، ص

10 ، 46 ؛ نقلاً عن محمد عمارة ، التحرير الإسلامي للمرأة ، ص 69 .

(2) غوستاف لوبون ، حضارة العرب ، تعريب علاء زعيترا ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 3 ، 1399 هـ ، ص 352



المطلب الثاني : التبرعات :

تعتبر التبرعات أحد المصادر المشكّلة للجانب الإيجابي للذمة، وتمثل التبرعات في : الهبة والوصية والوقف .
ونظرا لكون المشرع الجزائري قد اتجه في التعديل الأخير لقانون الوقف إلى إلغاء الوقف الخاص⁽¹⁾ ، بناء
هذا سيقصر نطاق الدراسة على الهبة والوصية فقط، وذلك كآلي :

الفرع الأول : الهبة:

قد تتلقى الزوجة أموالا بطريق الهبة من شأنها أن تثري ذمتها المالية⁽²⁾ . وهذه الأموال قد تأتيها من
زوجها، أو من أبيها، وقد تأتيها من شخص أجنبي .

والهبة كقاعدة عامة تنعقد بالإيجاب والقبول كغيرها من العقود وهذا باتفاق المذاهب الستة⁽³⁾ واختلفوا في
مسألة القبض ، فذهب البعض إلى اعتباره ، وذهب البعض الآخر إلى عدم ذلك⁽⁴⁾ .

هذا ويتصل بمركز الزوجية في الملكية الآتية بطريق الهبة مسألتان مهمتان ، لهما إجراءات وأحكام خاصة
في بعض المذاهب ، وهما :

الأولى : هبة النكاح (هبة الجهاز للبنات)

الثانية : الهبة بين الزوجية .

ونظرا لما لهما من ارتباط وثيق بموضوع الدراسة فسأتناولهما في هذا الفرع ، كآلي :

(1) ألغي الوقف الخاص الوارد في المادة 6 من قانون 91 - 10 المتعلق بالأوقاف بموجب المادة 3 من القانون رقم 02 - 10 ، حيث
أبقت على الوقف العام فقط ، ومعلوم أن للوقف شخصية اعتبارية لها ذمة مالية مستقلة .

(2) يعتبر التشريع الفرنسي الأموال المكتسبة يوم الإعلان عن الزواج ، أو خلاله ، والآتية بطريق التبرع ، الميراث ، أو الهبة ، أو الوصية ،
أموالا خاصة (ممتلكات خاصة) ، فلا تدخل في نطاق الملكية المشتركة ، وهذا ما نصت عليه المادة 1405 من : ق.م.ف. ينظر :
www.legifrance.gouv.fr ; Georges Hubrecht , Eric Agostini, op. cit, p226.

(3) السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 2 ، 1993 ، ج 3 ، ص 160 ؛ ابن رشد (الحفيد) ، بداية المجتهد ،
مطبعة علي صبيح ، مصر ، ط 1 ، دت ، ج 2 ، ص 273 ؛ ابن جزوي ، القوانين الفقهية ، ص 279 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني
الاحتاج ، ج 2 ، ص 397 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ، ص 252 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 120 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل
وشفاء العليل ، ج 12 ، ص 9 ، 10 .

(4) عند الحنفية شرط صحة ، عند المالكية شرط تمام ، عند الشافعية و الحنابلة شرط لزوم ، وفي رواية ثانية عند الحنابلة أنها شرط لزوم في
المكيل والموزون فقط ، عند الظاهرية لا يعتد به ، وعند الإباضية شرط في ما وهبه الوالد لولده . ينظر : السمرقندي ، مصدر سابق ،
ج 3 ، ص 161 ؛ ابن جزوي ، مصدر سابق ، ص 279 ؛ الخطيب الشربيني ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 100 ؛ ابن قدامة ، مصدر سابق ،
ج 6 ، ص 251 ، ابن حزم ، المحلى ، مصدر سابق ، ج 9 ، ص 120 ؛ اطفيش ، مصدر سابق ، ج 12 ، ص 9 ، 10 .



البند الأول : هبة النكاح (هبة الجهاز للبت)

هذه الصورة هي من الصور التي جرى العرف بها ، واستقر عليها العمل ، ولها أهمية كبيرة في واقع الناس ، حيث كثيرا ما يعهد الآباء بتجهيز بناتهم عند الزواج تبعاً لما جرى به العرف ، كتبرع يراد منه إعانة الزوجين على شؤون الحياة المشتركة ، فهذه الصورة لو أجريت عليها الأحكام للهبية لنجم عن ذلك بعض الصعوبات ، ولهذا نجد الفقهاء الذين تناولوها قد نظروا إليها نظرة تختلف بعض الشيء عن باقي التبرعات ، من هؤلاء الفقهاء الذين عرضوا لها الحنفية والمالكية ، إضافة إلى فقهاء الشافعية و فقهاء الإباضية الذين أشاروا إليها إشارة مقتضية⁽¹⁾ - في حدود المراجع التي تيسر لي الاطلاع عليها - ، وعلى هذا الأساس سأعرض لها في المذهبين الأولين ، نظرا للتفصيل الوارد فيهما ، وذلك في الآتي :

أولا المذهب الحنفي : إذا جهز الأب ابنته البالغة العاقلة من ماله الخاص في صحته و سلمها إياه على أساس أنه هبة ، دخل ذمتها المالية بمجرد القبض ، وعلى هذا فلا يحق للأب أو لورثته من بعده الرجوع ؛ لأن الهبة قد حيزت بالقبض ولوجود مانع القرابة المحرمة ، وعلى هذا فلو حدث موت الأب قبل قبض الثمن فللبائع حق الرجوع بالثمن من التركة ، وليس للورثة الرجوع ؛ لأن التسليم وقع قبل الموت ، ولأنه لو تم الرجوع في مرض الموت لخضع لحكم الوصية⁽²⁾ .

أما البنت الصغيرة (القاصر) : فإن تدخل ذمتها المالية وتملكه بمجرد الشراء ؛ لأنها تحت ولايته ، فالهبة تتم بمجرد الإيجاب ، وعلى هذا فلا يحق للورثة استرداده سواء تسلمته في مرض موته ، أم بعد وفاته ؛ إذ العبرة بوقت الشراء⁽³⁾ .

ويلحق بهذا ما إذا دفعت الأم الجهاز مما يملكه الأب ولم يعترض ، أو اشترته من ماله وكان على علم بذلك وسكت فإنه يعتبر ملكا لها⁽⁴⁾ .

⁽¹⁾ جاء في المجموع للنووي: ” وأفتى بعض الأصحاب فيمن بعث بنته وجهازها إلى دار الزوج بأنه إن قال هذا جهاز بنتي فهو ملك لها ، وإلا فهو عارية يصدق بيمينه...“ . النووي ، المجموع ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت ، ج15 ، ص379 .

وجاء في النيل : ” ما يجعله الأب ، أو الإخوة لأخواتهم عند الزواج وتسمى عطية النكاح ، وهي صلة وهدية مندوب إليها ، وقال غير واحد لا رجوع فيها ولو للأب “ . اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج12 ، ص46 .

⁽²⁾ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر ، بيروت ، ط2 ، 1966 ، ج3 ، ص155 ؛ محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دط ، دت ، ص291 ؛ محمد مصطفى شلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ط2 ، 1977 ، ص412 .

⁽³⁾ ابن عابدين ، المصدر السابق ، ج3 ، ص155 ؛ محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، ص291 .

⁽⁴⁾ ابن عابدين ، المصدر نفسه ، ج3 ، ص157 .



ويستخلص من هذا أن فقهاء الحنفية يفرقون بين البنت البالغة والقاصر في التبرع لغرض الزواج ،
فبالنسبة للقاصر تتم ملكيتها للجهاز المتبرع به بمجرد الشراء ، ولا يشترط القبض ، إذ يفترض أن الأب قد
تولى القبض نيابة عنها حين الشراء ؛ ولأن الجهاز من الناحية الواقعية يتكون من منقولات .

وفي هذا الحكم خروج عن القاعدة العامة في اشتراط القبض رعاية بالقاصر .

أما التبرع الصادر للبالغ فقد أخضعوه للقاعدة العامة، ولذلك اشترطوا حيازتها للجهاز حال صحة
أبيها⁽¹⁾ .

هذا إذا دفع الجهاز على أساس أنه هبة، أما إن دفعه على أساس أنه عارية وصرح بذلك ؛ فإن بإمكانه
استرداده، وللورثة ذلك بعد وفاته؛ لأن العارية لا تفيد الملك التام .

وأما إن سلمها الجهاز لكن لم يذكر ولم يصرح- حين الشراء ، أو التسليم - هل هو هبة أو عارية ، ثم
حدث بعد ذلك خلاف بينها وبين أبيها ، أو بين الورثة ، فهي تقول (أو ورثتها) إن الجهاز هبة ، والأب (
أو ورثته) يقولون إنها عارية ، ففي هذه الحالة إن وجدت البينة حكم بمقتضاها لمن أقامها ، فإن أقام كل
منهما بينة على دعواه ، نظر ، فإن وجد عرف مستمر رجحت بينة من يدعي خلافه ، فلو كان العرف
يقضي بأن مثل هذا التصرف هو هبة رجحت بينة الأب ، وإن كان يقضي بأنه عارية رجحت بينة البنت أو
زوجها بعده ؛ لأن البينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر . فإن لم يوجد هناك عرف ، بأن كان بعضهم يقدم
الجهاز هبة، والبعض الآخر يقدمه عارية ، سقطت البينتان لتعارضهما ولانعدام المرجح، ويكون حينها القول
للأب المعطي، فهو أعلم بصفة تصرفه ، فإن حلف حكم له ، وإن نكل حكم لها⁽²⁾ .

هذا إذا وجدت بينة فإن انعدمت فالحكم في الرأي المعتمد يكون تبعا للعرف السائد ، إذا كان فيه عرف
غالب حيث يكون القول لمن يشهد له الظاهر (العرف الغالب) ، وقد جرى العرف أنما يقدم للبنت عند
زواجها هو هبة ، وعلى هذا فالقول لها ، أو لزوجها من بعدها مع اليمين .
وذهب البعض إلى أن القول للأب ؛ لأن ذلك يستفاد من جهته⁽³⁾ .

فإن لم يكن ثمة عرف غالب بأن كان مشتركا⁽⁴⁾ ؛ أي بعض المُدَّعِم يميز العرف أن يكون عارية ، كما
يجوز أن يكون هبة ، فإن القول للأب⁽⁵⁾ مع يمينه⁽⁶⁾ .

(1) حسن بغداداي ، نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي و الحق العيني ، ص 242 ، 243 .

(2) محمد مصطفى شليبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ص 412 ، 413 ؛ محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، ص 293 .

(3) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار ، ج3، ص156. والقول للإمام السرخسي شمس الأئمة .

(4) المقصود بالاشترار هو الكثرة ، إذ النادر غير معتبر .

(5) ذكر الشيخ أبو زهرة أن فقهاء الحنفية اختلفوا في هذه المسألة (اشترار العرف) ، مع أن الذي يوجد في حاشية ابن عابدين أن فيها

قولا واحدا ، وهو القول للأب، وإنما الاختلاف وقع في المسألة السابقة ، ففيها قال السرخسي أن القول للأب .

(6) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار ، ج3، ص156.



ثانيا : في المذهب المالكي : إذا جهز الأب ابنته من ماله زيادة على القدر الواجب في حدود الصداق⁽¹⁾ وأورده بيتها الذي بين بها الزوج فيه ، فإنه يصبح ملكا لها ، وتختص به دون بقية الورثة في حالة ما إذا توفي الأب ؛ لأنها هبة قد حازتها. كما تختص به دون الورثة في حالة ما إذا اشتراه وسماه لها ونسبه إليها⁽²⁾ ، وأقر الورثة بذلك ، أو شهدت البينة على ذلك؛ فإنه يعتبر ملكا لها ولا يضر بعد ذلك بقاؤه عنده أو عند غيره كأماها ؛ لأن الإشهاد أو الإقرار يغني عن الحيابة⁽³⁾ .

أما إذا جهزها به - يعني الأب - ولم يصرح بأنه هبة أو عارية ، ثم ادعى بعد ذلك أنه منحه إياها على سبيل العارية ، فهنا ينبغي التفريق بين الرشيدة وغير الرشيدة ، فإن كانت رشيدة لم تقبل دعوى مدعي إعارتها لا في السنة - ابتداء من يوم الدخول لا العقد- ولا بعدها ، حيث خالفت المدعي ولم تصدقه ، كان المدعي أباه أو غيره ، إلا إذا علم أن أصل المدعي به للمدعي، وإلا قبل قوله بيمين ، ولو كان أجنبيا ، وما لم يشهد على الإعارة . أما إن لم تخالفه بل صدقته، أخذت بإقرارها كانت الدعوى في السنة أو بعدها، كان المدعي أباه أو غيره ، لكن يلحظ أنه بعد السنة ينفذ في ثلثها ، فإن زاد عن الثلث فللزوج رد ما زاد إن لم يجز ذلك .

وإن كانت غير رشيدة بأن كانت مولى عليها بكرة أو ثيبا سفيهة ، فلا تقبل دعوى غير الأب (أو وصيه) سواء أصدقته أم خالفته ، كانت الدعوى في السنة أم بعدها ، إلا إذا ثبت بالبينة أن أصل ذلك المتاع المدعي به عارية له ، فيحلف ويأخذه ولو بعد السنة .

أما بالنسبة للأب (أو وصيه) فتقبل دعواه في السنة ؛ إذا كان الباقي بعد المدعي به يفي بالجهاز المشترك ، أو المعتاد ، ولو أزيد من صداقها ، فإن لم يبق ما يفي بذلك لم تقبل دعواه ، ما لم يثبت أن أصل ذلك المتاع له فيأخذه مع اليمين ، ويقضى عليه بالجهاز المشترك أو المعتاد .

فإن تجاوزت السنة فإن دعواه لا تقبل ، إلا إذا عرف أن أصل المدعي به له ، أو أشهد على أنه عارية ، وهنا يشترط في هذا الإشهاد أن يكون عند البناء أو قبله ، أو بعده قبل مضي سنة ، فإن كان الإشهاد قبل أو عند البناء قبل قوله بغير يمين ، وإن كان بعد البناء وقبل مضي السنة قبل قوله مع اليمين⁽⁴⁾ .

(1) المعلوم أن المالكية يجبرون الأب على تجهيز ابنته في حدود الصداق المقبوض ، وسيأتي الحديث عن ذلك في مبحث الصداق في الفصل الثاني.
(2) ذكر الناصر اللقاني أن التسمية في الهبة في هذه الحالة مخصوصة بالشورة فقط ؛ لأنه قد جرت العادة بأن الشورة إنما تشتري وتسمى للبت بقصد الهبة والتمليك ، دون غيرها . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، ط 3 ، 1319 هـ ، ج 2 ، ص 288 .

(3) الدردير ، الشرح الكبير (بمأمش حاشية الدسوقي) ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، ط 3 ، 1319 هـ ، ج 2 ، ص 288 ؛ الدسوقي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 288 ؛ سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية ، ج 4 ، ص 1363 .

(4) الدردير ، الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 288 ؛ الدسوقي ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 288 .

هذا وورد عن ابن القاسم أنه إنما يصدق في العارية إذا كان له على أصل العارية بينة ، قربت المسدة أم بعدت⁽¹⁾ .

من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري لم يعرض لهذا النوع من الترع ، ولعل ذلك راجع إلى كونه أخضعه للقاعدة العامة في الهبة، ذلك أن الجهاز - الشورة - يعتبر من قبيل الهبة اليدوية . ومن الناحية الواقعية جله منقول ، ومعلوم أن الهبة اليدوية « لا يشترط فيها أي إجراء فلا يشترط أن تكون بالكتابة ، ولكن شرطها الأساسي هو أن يحصل التنازل أو التسليم من يد ليد ، أو القبض بالفعل ، وهذا الشرط هو الذي يقوم مقام المحرر الرسمي في الهبات الأخرى...»⁽²⁾ .

وعلى هذا الأساس فإذا حازت البنت الجهاز أصبح ملكا لها و دخل ذمتها المالية بمجرد التسليم ، كما إذا زفت وأخذتها معها إلى بيت الزوجية ؛ لأنه منقول ، ومعلوم أن « القاعدة العامة تنص على أن الحيازة في المنقول سند الملكية... فإذا حاز شخص منقولا ، أعطي له بصفة هبة يدوية فعلى من ينازعه في ملكيته أن يثبت دعواه ، ولكن يجب أن تتوفر في الحيازة شروطها⁽³⁾»⁽⁴⁾ .

البند الثاني : الهبة بين الزوجين

كثيرا ما تقع بين الزوجين ، خصوصا من الزوج لزوجته - وهو ما يهمني في هذا المقام - فقد تقع على المنقول كما تقع على العقار ، لكن نظرا لطبيعة الحياة بينهما ، وصعوبة الحيازة لجولان أيديهما فهنا هل تطبق القواعد العامة في الهبة ، أم لا تخضع لأحكام وإجراءات خاصة ؟ هذا ما سأحاول توضيحه في الآتي :

من المعلوم فقها ، وبتطبيق القواعد العامة في الهبة أن الزوج إذا وهب هبة لزوجته وقد تمت بأركانها وشروطها فإنها تتملكها ولا يجوز للزوج الاعتصام فيها ولو حدث طلاق بعدها ، وهذا باتفاق⁽⁵⁾ ، لكن إن تمت قبل الزواج ، فإن كانت خطيبته ، وتم العدول بعد ذلك ؛ فإن الرجوع يخضع لأحكام العدول عن الخطبة .

أما إذا تمت قبل عقد الزواج ، ثم حدث بعدها اقتران ؛ فإنها على المذهب الحنفي تقع غير لازمة ، حيث يمكن للزوج - أو الزوجة - الرجوع في هبته ، إذ الأصل في الهبة عندهم جواز الرجوع ما لم يوجد مانع من

(1) الخطاب ، مواهب الجليل ، دار الفكر ، بيروت ، ط 3 ، 1992 ، ج 3 ، ص 523 .

(2) محمد تقي ، الهبة في قانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، إشراف علي علي سليمان ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية (بن عكنون) ، جامعة الجزائر ، 1996 ، 1997 ، ص 243 .

(3) يشترط في الحيازة توافر شروط معينة هي : الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح ، وهذا لنفي الحيازة المتقطعة ، والحيازة الخفية ، والحيازة الغامضة ، والحيازة بإكراه . ينظر : مصطفى مجدي هرجه ، التنظيم القانوني الجديد لمنازعات الحيازة في ضوء القانون 23 لسنة 1993 ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، دط ، دت ، 1994 ، ص 69 .

(4) محمد تقي ، المرجع السابق ، ص 244 .

(5) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1990 ، ج 3 ، ص 256 ؛ ابن رشد (الحفيد) ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 276 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ، ص 401 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ، ص 271 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 127 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 12 ، ص 14 .



موانع الرجوع⁽¹⁾ ، وتعتبر الزوجة أحد هذه الموانع ، لكنها هنا غير موجودة ، إذ العبرة بهذا المانع صدور الهبة والزواج قائما ، ولذلك أمكن الرجوع عنها⁽²⁾ .

وهذه الصورة من الهبة قد وضع لها بعض الفقهاء أحكاما وإجراءات تكشف عن أن نظرهم إليها تختلف بعض الاختلاف عن نظرهم إلى باقي التبرعات الخاضعة للقاعدة العامة .

فقد جاء في المذهب المالكي أن هبة أحد الزوجين للآخر منها ما يكفي فيه الإشهاد ولا حاجة إلى الحيابة ، ومنها ما لا بد فيه من الحيابة بالفعل ، فإذا كان الموهوب شيئا من متاع البيت ، كالأواني والثياب والأثاث ، فلا يفتقر إلى حيابة ، فمتى أشهد الواهب منهما للآخر على الهبة صحت ، ولا يضر بعد ذلك بقاءها في حوزة الواهب حتى حصول المانع .

فهذا الحكم فيه خروج عن القاعدة العامة التي تتطلب حصول الحيابة قبل وقوع المانع ، نظرا لاشتراك الحياة الزوجية في معيشة واحدة ، النافية للقطع بحيابة أحدهما مثل هذه الأشياء التي يشتركان في استعمالها ولجولان اليد فيها ، الشيء الذي دعا إلى مثل هذا الحكم دفعا للمشقة .

أما إن كان الموهوب شيئا آخر غير متاع البيت ، كالنقود والعقارات ، غير دار السكنى ، فهنا لا يكفي الإشهاد ، بل لا بد من حيابة الموهوب له للهبة قبل حصول المانع ، فلو حصل هذا المانع قبل أن تتم الحيابة فالهبة باطلة ؛ لأنه لا تدعو الحاجة إلى جولان يد الواهب في مثل هذه الأشياء ، ولذلك تتطلب الحيابة .

وأما إن كان الشيء الموهوب دار سكنى ، فإن كان الواهب الزوجة والموهوب له الزوج ، فإن الهبة تقع صحيحة إذا حصل المانع متى أشهدت عليها ، ولا يضر سكنها معه ؛ لأن سكنى الزوج معها في الدار يعد حوزا لها ، ولأن السكنى واجبة لها عليه فهو صاحب البيت وهي تبع له ، لكن إن اشترطت عليه أن لا يخرجها من هذه الدار أو أن لا يبيعها فالهبة باطلة ، ولا تعد سكنها معها حوزا ؛ لأنها ضيقت عليه في الحوز .

وإن كان الواهب الزوج ، والموهوب له الزوجة ، فإن حيازتها لها لا تنأى إلا إذا انتقل منها وسلمها مفاتيحها ، أما بقاءه معها فلا يعد حوزا ؛ لأن سكنها فيها تبع له ، وعلى هذا فلو بقي ساكنا معها حتى حصل المانع فالهبة باطلة ، والدار تعد من قبيل التركة⁽³⁾ .

(1) موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية تتمثل في : 1. العوض المالي : وهو نوعان : عوض مشروط في العقد ، وعوض متأخر عنه ، لكن يشترط في العوض المتأخر أن يكون المال الثاني فيه عوضا عن الأول بالإضافة إليه نصا ، كأن يقول : هذا عوض عن هبتك . 2. العوض من حيث المعنى : ويتمثل في : الثواب في الصدقة ، صلة الرحم ، صلة الزوجية . 3. الزيادة في الهبة زيادة متصلة . 4. خروج الموهوب عن ملك الموهوب له .

ينظر في هذا : السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج 3 ، ص 166 وما بعدها .

(2) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج 3 ، ص 256 .

(3) الدردير ، الشرح الكبير ، ج 4 ، ص 95 ؛ الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 4 ، ص 95 ؛ الصادق عبد الرحمن الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة الريان ، بيروت ، ط 1 ، 2006 ، ج 4 ، ص 257 .



هذا واعتبر المالكية أن تحلية الزوج لزوجته بعد الدخول بها ، زائداً على مهرها ، يبقى على ملك الزوج ولا يدخل في ملكية الزوجة⁽¹⁾ وليس لها منه إلا التزين والإمتاع ، فإن طلبه كان من حقه ، وإن مات فهو من جملة التركة ، إلا أن يبين أنه قد ملكها إياه ، أو أشهد على أنه هبة لا عارية ، بخلاف ما يرسله إليها قبل البناء بما فإنه يحمل على التملك تختص به دون الورثة ، وليس له الرجوع فيه إلا إذا بين وقت الإهداء أنه عارية ، أو دلت القرائن أو العادة على ذلك⁽²⁾ . ففي الحالة الأولى لا بد فيها من وضوح الصيغة ودالاتها على إفادة التملك ، بخلاف الحالة الثانية .

من الناحية القانونية فإن الهبة بين الزوجين تقع لازمة متى اكتملت شروطها ، ولا يجوز للواهب - زوجا كان أم زوجة - الرجوع بغير رضا الموهوب له ، إذ الأصل في قانون الأسرة الجزائري هو عدم الرجوع ، وهذا يظهر من خلال نصه على أن من له حق الرجوع هما الوالدين فقط فيما وهبا لولدهما (المادة 211 ق . أ) ، وهذا يدل على أنه على سبيل الحصر ، ومن ثم فغيرهما لا يجوز لهما الرجوع⁽³⁾ ، وعلى هذا الأساس فإذا وهب الزوج لزوجته - أو هي - هبة حال قيام الزوجية ، وحتى بعد انحلالها فإنه لا يجوز له الرجوع فيها ، كما لا يحق له ذلك إذا تمت وقت قيام الزوجية ثم حدث بعد ذلك فرقة ، بخلاف ما لو تمت قبل انعقاد الزواج ؛ أي في مرحلة الخطبة ، فإنه يجوز الرجوع فيها طبقاً للقواعد المقررة في ذلك⁽⁴⁾ .

أما فيما يخص الحيازة ، فإن القانون يفرق كقاعدة عامة بين العقار والمنقول ، فبالنسبة للعقار ، فإنه إلى جانب الحيازة يتطلب الرسمية حسب نص المادة 206 من ق . أ والمادة 793 ق . م ، فإذا وهب الزوج لزوجته عقاراً فلا بد من توثيقه وتسجيله في السجل العقاري وشهره ، إذ هذه الإجراءات من شأنها أن تغني عن الحيازة الفعلية ؛ نظراً للعلاقة الزوجية ، وهذا ما نصت عليه المادة 208 ، وبهذا تملكه وتدخل ذمتها المالية .

هذا ويلاحظ أنه قد ورد عن المحكمة العليا اجتهاد جاء فيه : ((من المقرر فقهاً أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز ، وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتم الحوز حتى حصول المانع ، ومات الواهب فالهبة صحيحة إذا أشهد عليها))⁽⁵⁾ ، حيث ورد في حيثيات القرار أن الشيء الموهوب هو قطعة أرض ، وأن الهبة قد تمت قبل صدور قانون الأسرة ، ومع هذا فإن القرار يتعارض مع نص المادة 793 من القانون المدني التي تنص على أن

(1) إلى مثل هذا ذهب الشافعية ، حيث ورد في مغني المحتاج أن الحلي الذي يشترطه الزوج لزوجته لا يصير ملكاً لها بمجرد الإعطاء ، وإنما لا بد فيه من التصريح بالهبة . الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ، ص 398 .

(2) الدردير ، الشرح الكبير ، ج 4 ، ص 90 ؛ الدسوقي ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 90 ؛ الصادق عبد الرحمن الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، ج 4 ، ص 251 .

(3) محمد تقي ، الهبة في قانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن ، ص 265 ، 266 .

(4) المادة 5 من قانون رقم 05 - 09 .

(5) غ . أ . ش بالمحكمة العليا قرار رقم 58700 صادر بتاريخ : 19 / 2 / 1990 ، م ق ، ع 4 ، 1991 ، ص 113 . وقد ورد في حيثيات القرار أن المطعون ضدها استظهرت بوثيقة عرفية مؤرخة في 1984/4/1 تضمنت أن زوجها وهب لها قطعة أرض قبل وفاته ، ومعلوم أن قانون الأسرة قد صدر في 1984/06/09 ، كما ورد فيه أن شهادة الشهود حررت في 1985/2/2 .



الملكية والحقوق العينية الأخرى الواقعة على عقار لا تنتقل إلا اتخذت بشأنها الإجراءات القانونية ، وخاصة إجراءات الشهر العقاري . وأيضاً المادة 12⁽¹⁾ من الأمر رقم 70 - 91 الصادر في 18 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق ، والتي جاء فيها أن العقود الواقعة على عقار تقع تحت طائلة البطلان إن لم تحرر في شكل رسمي .

وأما بالنسبة للمنقول ، فإن كان من المنقولات التي تستلزم إجراءات إدارية خاصة ، كالسيارات والسفن والأسهم ، فإن هذه الإجراءات من شأنها أن تغني عن الحيابة ، إذا كان الواهب زوج الموهوب له كما تنص على ذلك المادة 208 من قانون الأسرة .

وإذا كان المنقول ليس من طبيعته الخضوع إلى مثل هذه الإجراءات ، كالخلي والكتب والمجوهرات وغيرها ، فإنه حسب نص المادة 206 من ق . أ لا تتم الهبة إلا بالحيابة ، وذلك بالتسليم الفعلي لهذا المنقول إلى الموهوب له من قبل الواهب⁽²⁾ ، غير أن تطبيق هذه المادة في مثل هذه المنقولات من شأنها أن تخلق صعوبة تحقيق الحيابة ، ذلك أن اشتراك الزوجين في معيشة واحدة ينفي القطع بحيابة أحدهما للمال الذي يشتركان في استعماله ، وإزاء هذه الصعوبة ، فإنه ينبغي العمل بما جاء في الفقه الإسلامي من اشتراط الإشهاد الذي يغني عن الحيابة في مثل هذه الحالة .

الفرع الثاني : الوصية

تعد الوصية من أهم التصرفات المنتشرة في حياة الناس ، والتي من شأنها أن تدعم الجانب الإيجابي للذمة المالية للمستفيد ، وعلى هذا يمكن للمرأة أن تستفيد أموالاً من هذا الطريق ، قد يكون من أحد أقاربها ، وقد يكون من شخص أجنبي ، وهذه الأموال لا تدخل ذمتها المالية ولا تملكها إلا بتوافر الشروط الآتية :

1. أن يقع قبولها بعد وفاة الموصي ، فلا تدخل في ملكها بمجرد موت الموصي ؛ لأنها تملك مال لمن هو أهل الملك فتعين القبول كالهبة والبيع ، والقبول لا يكون إلا بعد وفاة الموصي ؛ لأن الإيجاب يتزل بعد الموت ، والقبول يشترط عند الإيجاب ، وهذا الرأي هو لجمهور الفقهاء⁽³⁾ ، وهو ما تبناه قانون الأسرة في المادة 197 ، وهذا خلافاً للشافعي في أحد أقواله من أنها تُتملك بالموت كالإرث ، وإنما القبول لاستقرار الملك فقط⁽⁴⁾ ، وخلافاً للإباضية أيضاً في الرأي الراجح عندهم من أنها لا تفتقر إلى القبول ، وإنما تملك بمجرد وفاة الموصي⁽⁵⁾ .

(1) حولت إلى المادة 324 مكرر 1 بموجب القانون رقم 88 - 14 المعدل للقانون المدني رقم 75 - 58 .

(2) محمد تقي ، الهبة في قانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن ، ص 240 .

(3) السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج 3 ، ص 206 ؛ القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج 2 ، ص 527 ، 528 ؛ الشيرازي ، المهذب ،

ج 1 ، ص 425 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ، ص 440 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 12 ، ص 337 ، 338 .

(4) الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ، ص 54 .

(5) اطفيش ، المصدر السابق ، ج 12 ، ص 337 .



2. أن تكون الوصية في حدود الثلث ، فإن تجاوزت حدوده توقفت الزيادة على إجازة الورثة ، فإن أجازوها دخلت هذه الزيادة مع الثلث في ملكها ، وإلا بطلت وتملكت الثلث فقط ، وهذا مذهب الجمهور⁽¹⁾ ، خلافا للظاهرية⁽²⁾ الذين منعوا الزيادة مطلقا بإجازة أو من دونها ، وقد ذهب المشرع الجزائري مذهب الجمهور ، وهذا ما نصت عليه المادة 185 من ق . أ . وهذا الشرط يجد مستنده في قول النبي ﷺ : « الثلث ، والثلث كثير »⁽³⁾ .

3. أن لا تكون وارثة حين وفاة الموصي ، إذ العبرة بوقت وفاته ، فإن كانت وارثة لم يجز لها تملك الشيء الموصى به إلا بإجازة الورثة ، فإن أجازوا دخل ملكيتها وإلا فلا وهذا عند الجمهور⁽⁴⁾ ، خلافا للشافعية في قول ثان لهم والظاهرية ، من أنها لا تجوز مطلقا أجاز الورثة أو منعوا ، وإنما الإجازة هبة مبتدأة تخضع لأحكامها⁽⁵⁾ .

ومستند هذا الشرط قوله ﷺ: « إن الله أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث »⁽⁶⁾ ، فالجمهور على أن الحديث معناه أن لا وصية لوارث نافذة أو لازمة ، أو بتقدير لا وصية لوارث عند عدم الإجازة ؛ ولأن الوصية تصرف صدر من أهله في محله ، فهي صحيحة في نفسها متوقفة على الإجازة ، في حين تمسك أصحاب الرأي الثاني بظاهر الحديث ، وبأن الورثة ليس لهم إجازة ما أبطله الله على لسان نبيه ﷺ . وقد اختار المشرع الجزائري رأي الجمهور في المادة 189 من ق . أ ، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 86039 والذي جاء فيه : « من المقرر شرعا وقانونا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة المورث »⁽⁷⁾ .

(1) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج 4 ، ص 582 ، 583 ؛ القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج 2 ، ص 507 ؛ الشيرازي ، المهذب ، ج 1 ، ص 450 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ، ص 426 ، 427 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 12 ، ص 316 .

(2) ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 317 .

(3) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الوصايا ، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكفوا الناس ، ج 4 ، ص 3 ، ومسلم في صحيحه ، كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث ، حديث رقم 1628 ، ج 3 ، ص 1250 ، حديث متفق عليه .

(4) المرغيناني ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 583 ، 584 ؛ القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج 2 ، ص 508 ؛ الشيرازي ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 451 ؛ ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 419 ؛ اطفيش ، المصدر السابق ، ج 12 ، ص 324 .

(5) الشيرازي ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 451 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 324 .

(6) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الوصايا ، باب ما جاء في الوصية للوارث ، ج 2 ، ص 103 ، والترمذي في سننه ، أبواب الوصايا ، باب ما جاء لا وصية لوارث ، حديث رقم 2204 ، ج 3 ، ص 294 . وقال حديث حسن صحيح ، وابن ماجه في سننه ، كتاب الوصايا ، باب لا وصية لوارث ، حديث رقم 2713 و 2714 ، ج 2 ، ص 905 ، 906 . قال فيه أحمد والبحاري وجماعة من الحفاظ أنه حديث صحيح ؛ لأنه مروى من جهة الشاميين . الزيلعي ، نصب الرواية ، دار الحديث ، القاهرة ، دط ، ج 4 ، ص 403 .

(7) غ . أ . ش بالحكمة العليا ، قرار رقم 96039 بتاريخ : 24 / 11 / 1992 ، م ق ، ع خ ، 2001 ، ص 292 .



4. أن لا تكون قاتلة موصيها ، فإن قتلته فلا وصية لها ، هذا عند الحنفية⁽¹⁾ ، ورواية عند الشافعية⁽²⁾ ، ورواية عند الحنابلة⁽³⁾ ، والمذهب الإباضي⁽⁴⁾ ، قياسا على الإرث .

وذهب المالكية إلى أن القتل المانع هو العمد ، إلا إذا علم بذلك فأقره عليها⁽⁵⁾ ، وقريبا من هذا ذهب الحنابلة في رواية لهم إلى أن القتل يبطل الوصية إذا طرأ بعدها ، فإن طرأ موجه قبل الوصية فهي صحيحة⁽⁶⁾ .

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى اختيار المانع في القتل العمد دون التفصيل الوارد في المذاهب حسب نص المادة 188 من ق . أ ، مستبعدا في ذلك باقي حالات القتل الأخرى .

إضافة إلى هذه الشروط ، فإن المشرع الجزائري اشترط لانتقال الملكية الآتية من هذا المصدر وجوب إفراغها في شكل رسمي ، وذلك عن طريق تصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك تُراعى فيه جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها⁽⁷⁾ ، إلا إذا حدث مانع قاهر من ذلك ، فهنا بالإمكان رفع دعوى قضائية قصد إثباتها بحكم ، الذي يؤشر به على هامش أصل الملكية بعد صيرورته نهائيا⁽⁸⁾ ، وهذا ما نصت عليه المادة 191 من ق . أ ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادها التقويمي الذي أقرت به حكم قضاة الموضوع حين استبعدوا الوصية الشفوية لانعدام هذا الإجراء⁽⁹⁾ .

والملاحظ أن هذا الإجراء الذي نصت عليه المادة 191 يعم جميع الأموال سواء أكانت منقولات أم عقارات ؛ لأن نص المادة ورد بصيغة عامة دون تفرقة بين المنقولات والعقارات ، وحيث لا يوجد نص آخر يخصها فوجب الأخذ بهذا العموم ، وعلى هذا فإذا تلتقت المرأة أموالا عقارية كانت أم منقولة بطريق الوصية فإنه يجب إفراغها في شكل رسمي⁽¹⁰⁾ كما سبق بيانه .

(1) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج 4 ، ص 583 . وقد ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه إن أجاز الورثة ذلك صحت الوصية خلافا لأبي يوسف .

(2) الشيرازي ، المهذب ، ج 1 ، ص 451 ، وعندهم رواية أخرى تجوز .

(3) ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ، ص 540 ، وفيه رواية أخرى في المذهب تجيز الوصية للقاتل .

(4) اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 12 ، ص 324 ، 325 .

(5) القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج 2 ، ص 517 .

(6) ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 540 .

(7) ينظر في هذه الإجراءات : حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص 59 ، 60 .

(8) المرجع نفسه ، ص 60 .

(9) غ . أ . ش بالمحكمة العليا ، قرار رقم 160350 بتاريخ : 23 / 12 / 1997 ، م ق ، ع خ ، 2001 ، ص 295 .

(10) الملاحظ أن الوصية غير معنية بالشهر العقاري ؛ لأن النصوص الواردة في هذا المجال تخص العقود فقط ، والوصية ليست عقدا ، ينظر في هذا : محمد زهدور ، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، دط ،

1981 ، ص 146 وما بعدها ؛ حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 65 وما بعدها .



المبحث الثاني :

العمل

يعتبر عمل المرأة بما ينتج عنه من ثمرة من أهم مصادر ذمتها المالية في جانبها الإيجابي ، ويظهر نتاج العمل في عدة صور أبرزها الراتب الوظيفي ، الذي أضحى يشكل خطرا على الحياة الزوجية بسبب ما يفرزه من مشكلات ، غالبا ما تُفضي إلى انفصال العلاقة الزوجية .
وللوقوف على أحكامه ينبغي معالجته وفق الآتي :

المطلب الأول : حكم عمل المرأة المتزوجة وضوابطه .

المطلب الثاني : مدى سلطة الزوج في إيقاف زوجته عن العمل .

المطلب الثالث : حكم راتب الزوجة (مدى أحقية الزوج في راتب زوجته) .

المطلب الأول : حكم عمل المرأة المتزوجة وضوابطه

يتناول هذا المطلب بيان حكم عمل المرأة المتزوجة خارج البيت وضوابطه ، وهذا لكي يكون النتائج حلالا ، ولهذا سأتناول حكمه في الفقه الإسلامي ، ثم أبين موقف القانون الجزائري .

الفرع الأول : في الفقه الإسلامي

من الناحية الفقهية فإن المتفق عليه أن عمل المرأة الأصلي في بيتها ، من حيث تسييره ورعايته وحفظه ، فهو الأنسب والأليق مع وظيفتها الفطرية والاجتماعية ، بله أنه في حد ذاته عبادة لها فيه أجر كبير⁽¹⁾ ، كما أنه لا خلاف يذكر بين الفقهاء في جواز عمل المرأة إن هي اضطرت إليه ، كما إذا انعدم المعيل ، وإنما النزاع بينهم يكمن في خروج المرأة للعمل خارج البيت في غير حالة الضرورة⁽²⁾ ، حيث يمكن حصر هذا الخلاف في رأيين أساسيين :
الرأي الأول⁽³⁾ : يرى أصحاب هذا الاتجاه عدم جواز خروج المرأة للعمل في غير ما ضرورة ، مستندين في ذلك إلى جملة من الأدلة ، منها :

﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى ﴾ [الأحزاب : 33] .

ووجه الاستدلال من الآية : أن القرار في البيت أمر عام لجميع النساء فهن مأمورات بملازمة بيوتهن ، منهيات عن الخروج إلا لضرورة ، فيتحتم هذا للمتزوجة لتعلق حق الزوج ، وأيضا ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾ : ﴿ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَدْحَشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾ [الطلاق : 1] .
أما من السنة النبوية فاستدلوا بحديث : « لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - الْمُتَشَبِّهِينَ مِنَ الرِّجَالِ بِالنِّسَاءِ ، وَالتَّشَبِّهَاتِ مِنَ النِّسَاءِ بِالرِّجَالِ »⁽⁴⁾ ، وأيضا قوله - ﷺ - : « الْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ ، فَإِذَا خَرَجَتْ اسْتَشْرَفَهَا الشَّيْطَانُ »⁽⁵⁾ .

(1) محمد الزحيلي ، عمل المرأة خارج البيت وأثره في الخلافات الزوجية ، بحث مقدم لجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، دبي ، الدورة 16 ، مايو 2005 ، ص 8 .

(2) هند محمد الخولي ، عمل المرأة (ضوابطه - أحكامه - ثمراته - دراسة فقهية مقارنة) ، دار القرابي ، دمشق ، ط 1 ، 2001 ، ص 124 .

(3) قطب مصطفى سانو ، في نفقة الزوجة ومرتبها وعملها رؤية منهجية ، بحث مقدم لجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة 16 ، مايو 2005 ، ص 26 ؛ ناجي بن محمد شفيق عجم ، اختلاف الزوجين حول راتب الزوجة الموظفة ، بحث مقدم لجمع الفقه الإسلامي ، الدورة 16 ، مايو 2005 ، ص 13 .

(4) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب اللباس ، باب المتشبهين بالنساء والمتشبهات بالرجال ، ج 7 ، ص 305 .

(5) أخرجه الترمذي في سننه ، أبواب الرضاع ، حديث رقم 1183 ، ج 2 ، ص 319 .

قال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب .

الرأي الثاني⁽¹⁾ : يرى أصحاب هذا الاتجاه جواز ممارسة المرأة المتزوجة الأعمال الوظيفية خارج البيت ، واستدلوا على ذلك بعدة أدلة منها :

﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ

عَنِ الْمُنْكَرِ ﴾ [التوبة : 71] ، ومعلوم أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من أهم وظائف الحسبة .

وأيضا ﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾ [التوبة : 105] ،

وأيضا ﴿ فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَمَلٍ مِّنْكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْتَىٰ

بَعْضُكُمْ مِّنْ بَعْضٍ ﴾ [آل عمران : 195] ، وفي سورة النساء ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا

اَكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اَكْتَسَبْنَ ﴾ [النساء : 32] .

كما استدلوا أيضا بأحاديث المصطفى - ﷺ - ، من ذلك الحديث الذي رواه جابر - رضي الله عنه - حيث قال : (طُلِّقَتْ خَالَتِي فَأَرَادَتْ أَنْ تَجِدَ نَخْلَهَا ، فزجرها رجل أن تخرج ، فأتت النبي - ﷺ - فقالت : « بلى فجدِّي فخلك ؛ فإنك عسى أن تصدقي ، أو تفعلي معروفًا » ⁽²⁾ ، أيضا حديث عمل أسماء في أرض الزبير ، حيث قالت أسماء - رضي الله عنها - : (تزوجني الزبير وماله في الأرض من مال ولا مملوك ، ولا شيء غير ناضج وغير فرسه ، فكنت أعلف فرسه وأستقي الماء ، وأخرزُ غرْبُهُ ، وأعجن ، ولم أكن أحسنُ أخبزُ ، وكان يخبز جارات لي من الأنصار ، وكن نسوة صِدْقٍ ، وكنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعها رسول - ﷺ - على رأسي ، وهي مني على ثلثي فرسخ ، فحُتَّ يوما والنوى على رأسي ، فلقيت رسول - ﷺ - ومعه نفر من الأنصار ، فدعاني ، ثم قال : « إخ إخ » ، ليحملني خلفه ، فاستحييت أن أسير مع الرجال ، وذكرت الزبير وغيرته ، وكان أغبر الناس ، فعرف رسول - ﷺ - أني قد استحييت فمضى) ⁽³⁾ .

ويستدلون أيضا بتولية النبي - ﷺ - الصحابية سمراء بنت نُهَيْك الأسديّة ولاية الحسبة ، حيث كانت تمر في الأسواق وتأمّر بالمعروف وتنهى عن المنكر ، وتضرب الناس على ذلك بسوط كان معها ⁽⁴⁾ .

(1) مصطفى قطب سانو ، في نفقة الزوجة ومرتبها وعملها رؤية منهجية ، ص 26 وما بعدها ؛ إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار ، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، دط ، 1995 ، ص 202 وما بعدها .

(2) سبق تخريجه ، ص 35 .

(3) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب الغيرة ، ج 7 ، ص 45 ، 46 .

(4) ابن عبد البر ، الاستيعاب في أسماء الأصحاب (بهامش الإصابة) ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، دط ، ج 4 ، ص 328 .

وأيضاً ما فعله عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حيث ولى الشفاء بنت عبد الله القرشية ولاية الحسبة على السوق⁽¹⁾ ، إلى غيرها من الأحاديث التي تدل على جواز عمل المرأة عموماً والمتروجة خصوصاً في الوظائف المهنية .

غير أن أصحاب هذا الرأي قد قيدوا رأيهم بمجموعة من الضوابط والآداب ، يتحتم لزاماً على المرأة - متزوجة أم غير متزوجة - الالتزام بها سداً لذريعة الفساد ، وهذه الضوابط⁽²⁾ على اختلاف بينهم في بعضها ، وهي :

1. أن تلتزم بالآداب الإسلامية إذا خرجت ، في الزي ، المشي ، الكلام ، الحركة ، حيث ينبغي أن يكون اللباس فيه المواصفات الشرعية من ستر الجسد دون أن يكون شفافاً ، أو مجسداً ، أو جذاباً ، أو معطراً ، حتى يؤدي إلى الغرض من وجوده ، وفرض الحجاب بهذه المواصفات ليس فيه تقييد لحرية المرأة وتضييق عليها بقدر ما هو إلا " حاجز منطقي يفصل ما بين اشتراك المرأة مع الرجل في القيام بالمهام الإنسانية والاجتماعية ، واشتراكها معه في التلاقي على معين المتعة وإشباع الغريزة " ⁽³⁾ ، وهذا حتى " لا يسري سلطان أي منهما على الآخر بالمزج والإفساد " ⁽⁴⁾ .

2. أن لا يكون عملها على حساب أعمال واجبة ذات أولوية ، كواجبها نحو زوجها وأولادها ؛ أي ينبغي على المرأة أن توازن بين متطلبات الوظيفة وواجبات البيت ؛ لأن الله سبحانه على كل تضييع لقوله - ﷺ - : « كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته ... ، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده ، فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته » ⁽⁵⁾ .

3. أن يكون العمل مشروعاً في ذاته ، بمعنى أن لا يكون محرماً ، أو مفضياً إليه ، فالعمل المحرم كإتهان حرفة الغناء ، أو العمل في الحانة ، أما المفضي إلى الحرام فهو الاختلاء بالأجنبية والانفراد بها في ميدان العمل ؛ لأنه مدعاة لإثارة الغريزة والوقوع في الحظوظ ، ومن هنا نجد النبي - ﷺ - يقول : « لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم » ⁽⁶⁾ .

4. أن يكون هذا العمل متناسباً مع طبيعة المرأة وتكوينها الفيزيولوجي ، فلا يجوز امتهاها أعمالاً شاقة .

(1) ابن عبد البر ، الاستيعاب في أسماء الأصحاب (بمأش الإصابة) ، ج 4 ، ص 333 .

(2) ينظر في هذه الضوابط : نورالدين عتر ، عمل المرأة واختلاطها ودورها في بناء المجتمع ، دار البحوث للدراسات الإسلامية ، دبي ، ط 1 ، 2001 ، ص 54 وما بعدها ؛ هند محمد الخولي ، عمل المرأة (ضوابطه - أحكامه - ثمراته - دراسة فقهية مقارنة) ، ص 127 وما بعدها ؛ إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار ، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية ، ص 204 وما بعدها ؛ يوسف القرضاوي ، مركز المرأة في الحياة الإسلامية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط 3 ، 1983 ، ص 147 ، 148 .

(3) محمد سعيد رمضان البوطي ، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني ، ص 155 .

(4) المرجع نفسه ، ص 155 .

(5) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب المرأة راعية في بيت زوجها ، ج 7 ، ص 41 ؛ ومسلم في صحيحه ، كتاب الإمارة ، باب فضيلة الإمام العادل ، حديث رقم 1829 ، ج 3 ، ص 1459 .

(6) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب لا يخلون رجل بامرأة إلا ذو محرم والدخول على المغيبة ، ج 7 ، ص 48 ؛ ومسلم في صحيحه ، كتاب الحج ، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج أو غيره ، حديث رقم 1341 ، ج 2 ، ص 978 .

5. الحصول على إذن من زوجها ، سواء أكان صريحا أم ضمنيا⁽¹⁾ ؛ لأن حق الزوج واجب ، والعمل خارج البيت من دونه يعد نشوزا ، ومن ثم فإذا خرجت من غير إذنه صارت ناشزة .

6. أن لا يؤدي عملها إلى تضيق سبل الاكتساب على الرجال ؛ لأنه يحدث اضطرابا في نظام المسؤوليات ، ومن شأنه أن يؤدي إلى مفسد ، وهذا عملا بالقاعدة الأصولية : " ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"⁽²⁾ ، ومن ثم فإن ما يترتب عليه محرم فهو محرم .

وبالإجمال فإن النظر في هذين الرأيين ، وفي أدلتهما ، فإنني أختار الرأي الثاني للأسباب الآتية :

- قوة أدلة الرأي الثاني ، عكس حجج الرأي الأول التي لا تنهض في الاستدلال على ما ذهبوا إليه ، بل إن الآية التي اعتمدوا عليها ، وهي **يَوْمَ يُنَادِي** : ﴿ **وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ** ﴾ حسب السياق هي خاصة بنساء النبي - ﷺ -⁽³⁾ .
- ما يستفاد من القواعد الشرعية والمبادئ العامة اتجاه التكليف لكلا النوعين ، إلا إذا وجد مخصص ، فإن لم يوجد فالعمل يكون بالعموم .
- وجود هذه الضوابط من شأنها أن تنفي ما يخشى من محاذير ، وفيها سد لذريعة الفساد⁽⁴⁾ .

هذا وقد منع الفقهاء عن المرأة تولي منصب الإمامة الكبرى اعتمادا على قول النبي - ﷺ - : « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة »⁽⁵⁾ ، ولأن النبي - ﷺ - لم يُول امرأة على بلد ما ، وكذلك فعل خلفاؤه من بعده⁽⁶⁾ . كما منع عنها أيضا منصب القضاء ، وهذا في رأي الجمهور⁽⁷⁾ اعتمادا على الحجج نفسها التي سيقت في منع منصب الإمامة ، لأن القضاء شبيه بما ؛ ولأن القضاء محفل يحضره الخصوم والرجال ، ويحتاج فيه إلى كمال الرأي

(1) سيأتي الحديث عن الإذن الصريح والضمني في المطلب الثاني .

(2) ابن اللحام ، القواعد ، تحقيق أمين صالح شعبان ، دار الحديث ، القاهرة ، ط 1 ، 1994 ، ص 154 .

(3) ذكر سماحة الشيخ محمد الطاهر بن عاشور ، أن الأمر الوارد في هذه الآية خاص بنساء النبي - ﷺ - حيث قال : « هذا أمر خصصن به وهو وجوب ملازمتهم بيوتهم توقيرا لهم ، وتقوية في حرماتهم ، فقرارهم في بيوتهم عبادة » ، ثم قال بعد ذلك : « وهذا الحكم وجوب على أمهات المؤمنين ، وهو كمال لسائر النساء » . محمد الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 22 ، ص 10 .

(4) في مقابل ذلك يتحتم على الرجل الالتزام بمجموعة من الآداب حتى لا يؤدي اللقاء بين الجنسين إلى مفسد مثل غض البصر ، عدم خلوه بامرأة أجنبية عنه ، إلى غيرها من الآداب .

(5) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب المغازي ، باب كتاب النبي - ﷺ - إلى كسرى وقيصر ، ج 6 ، ص 10 .

(6) ابن قدامة ، المغني ، ج 11 ، ص 380 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 14 ، ص 329 ، 330 .

(7) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، ط 1 ، 1986 ، ج 1 ، ص 26 ؛ ابن أبي الدم ، كتاب أدب القضاء ، تحقيق محمد الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ، ط 2 ، 1982 ، ص 70 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 11 ، ص 380 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 13 ، ص 22 ، 23 . أما ابن حزم فذكر شروط القاضي ولم يذكر من بينهم شرط الذكورة ، ولعله لا يشترط ذلك ، المحلى ، ج 9 ، ص 363 .

وتمام العقل والفتنة ، والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأي وليست أهلا للحضور في محافل الرجال⁽¹⁾ .

وخالف الحنفية فأجازوا لها تولي منصب القضاء في الجانب المدني دون الجنائي (الحدود والقصاص) باعتبار أن شهادتها تقبل في الجانب المدني ولا تقبل في الجانب الجنائي⁽²⁾ ، وخالف أيضا ابن جرير الطبري يروى عنه ، حيث أجاز للمرأة تولي القضاء مطلقا بحجة أنه ما دام يجوز لها أن تكون مفتية فيجوز لها أيضا أن تكون قاضية⁽³⁾ .

والملاحظ على هذا الكلام أن الفقهاء منعوا تولي منصب الإمامة الكبرى عن المرأة اعتمادا على خبر آحاد ضيف الدلالة ، فلفظة " قوم " في الحديث وردت في صيغة نكرة مقصودة في سياق النفي ، وهي من صيغ العموم ؛ لكن سبب ورود الحديث خصص هذا العموم ، فهذا الحديث يصف حال قوم معينين وهم دولة الفرس ، هذه الدولة التي تولت شؤونها فتاة صغيرة السن ، ليس لها من الخبرة في الأمور السياسية ما يؤهلها لهذا المنصب ، ثم ما أحاط بهذه الدولة من فساد وانحلال وشيوع القوضى ، في ظل هذه الأوضاع قال النبي - ﷺ - هذا الحديث يصف فيها حالهم ، وليس في الحديث حكم عام ؛ لأن هذا يتعارض مع صريح القرآن الذي نص علينا قصة ملكة سبأ التي قادت قومها نحو الفلاح ، وأيضا نماذج أخرى ناجحة في تاريخ الإنسانية⁽⁴⁾ .

وهذا الاعتراض الذي أوردته على الحديث القصد منه نفي التعارض الموجود بينه وبين القرآن ، وحتى لا يطعن فيه من جهة نجاح بعض النماذج في تاريخ الإنسانية ، وليس معناه أن المرأة يجوز لها تولي هذا المنصب - الذي زال في عصرنا عن الرجال بعد سقوط الخلافة ، فضلا عن النساء - لأنه يمكن تحريج هذا المنع على حجة أقوى من هذا ، وهو كون الخليفة يمارس إلى جانب السلطة الزمنية ، السلطة الدينية المتمثلة في جمع الناس على صلاة الجمعة وخطبتها ، ومما هو معلوم أن المرأة غير مكلفة بذلك ، أيضا من مهامه الخروج بالناس إلى صلاة العيد ، وإلى صلاة الاستسقاء ، وغيرها من المهام ذات الصبغة الدينية ، وقد لا تكون المرأة في وضع يحول لها القيام بهذه المهام ، فافتضى ذلك عدم الزج بها في مثل هذه الأمور⁽⁵⁾ .

هذا بالنسبة للإمامة الكبرى ، أما بالنسبة لولاية القضاء ، فإن ما احتجوا به من أن القضاء محفل يحضره الرجال ووجود المرأة في ذلك المكان يؤدي إلى الفتنة ، فهذا لا تقوم به الحجة ؛ لأن الممنوع هو أن تخلو برجل أجنبي عنها ، أما مجرد استجواب شهود أو تحري في القضية قصد الوصول إلى الحقيقة فلا شيء فيه⁽⁶⁾ .

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 11 ، ص 380 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 13 ، ص 22 ، 23 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 11 ، ص 380 .

(3) ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج 11 ، ص 380 .

(4) ينظر في هذه الأفكار : محمد الغزالي ، السنة النبوية بين أهل الفقه وأهل الحديث ، دار الشروق ، بيروت ، ط 1 ، 1989 ، ص

48 وما بعدها .

(5) ينظر في هذا المعنى : محمد سعيد رمضان البوطي ، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني ، ص 70 .

(6) محمد بلتاجي ، مكانة المرأة ، ص 271 .



خصوصا وأن النظم القضائية الحديثة في تشكيلتها قد ضيقت من نطاق فردية القاضي ، ومن ثم فلو تولت المرأة هذا المنصب في ظل هذا النظام فإن غفلتها تقل نوعا ما لوجودها في هيكله قضائية مغايرة للنظم القديمة .
وبالإجمال فإن منصب القضاء ليس أخطرا من منصب الفتوى الذي مارسته المرأة منذ القدم دون أن ينكر عليها أحد⁽¹⁾ .

الفرع الثاني : في القانون الجزائري

من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري لم يمنع المرأة عموما ، والمتزوجة خصوصا من العمل إن هي رغبت في ذلك ، حيث أخضعها من حيث المبدأ العام للحقوق والواجبات نفسها التي يخضع لها كل العمال ، إذ اعتبر كل تمييز في هذا الجانب على اعتبار الجنس سواء من حيث مجال التشغيل ، أو الأجر ، أو ظروف العمل ، باطلا لعدم الأثر ، حسب نص المادة 17 من قانون العمل والتي جاء فيها : ” تعد باطلا وعدمية الأثر كل الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقات ، والاتفاقات الجماعية أو عقد العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى تمييز بين العمال كيفما كان نوعه في مجال الشغل والأجرة أو ظروف العمل على أساس الجنس ، أو الوضعية الاجتماعية أو النسبية والقرابة العائلية والقناعات السياسية ، والانتماء إلى نقابة أو عدم الانتماء إليها ”⁽²⁾ .
فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة قد أكد على أن تكون شروط الالتحاق بالوظيفة مؤسسة على أطر علمية عقلانية من حيث الكفاءة والتأهيل بغض النظر عن الظروف الجنسية وحتى السياسية أو العرقية⁽³⁾ .

كما تضمن قانون الأسرة موادا تخص عمل المرأة ، فقد نصت المادة 19⁽⁴⁾ على إمكانية اشتراط المرأة العمل في عقد الزواج ، وفي المادة 67 / ف2⁽⁵⁾ اعتبرت أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة .

أما من ناحية نطاق العمل والوظائف التي يمكن للمرأة ممارستها ، فنجد أن المشرع لم يورد نصا يحظر على المرأة تولي رئاسة الدولة ، ولذلك فبإمكانها قانونا الترشح لمنصب الرئاسة دون أي عائق .

والأمر سيان بالنسبة لمنصب القضاء ، فلا توجد نصوص تمنعها من ممارستها ، ولذلك ورد عن المحكمة العليا قرار يرفض طعنا يرمي إلى نقض حكم طلاق صادر عن محكمة ترأستها قاضية ، حيث جاء فيه : ” متى كان من الثابت

(1) محمد بلتاجي ، مكانة المرأة ، ص 274 ، 275 .

(2) قانون رقم 90 - 11 المتضمن علاقات العمل .

(3) زعرور سليمة ، الحماية القانونية للمرأة العاملة في قانون العمل - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير في القانون فرع المؤسسات ، إشراف جلال مصطفى القرشي ، عمار عوابدي ، جامعة الجزائر ، 1990 ، 1991 ، ص 148 .

(4) قانون رقم 05 - 09 المتضمن تعديل قانون الأسرة رقم 84 - 11 .

(5) جاء في المادة 67 / ف2 من القانون رقم 05 - 09 : ” ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ” .



قانونا وقضاء أنه لا يوجد في النصوص التنظيمية أو الوضعية ما يمنع المرأة من اعتلاء سدة القضاء ، ولذلك فإن الفصل في دعوى الطلاق من المحكمة التي ترأست جلستها قاضية ومن المجلس الذي كانت من تشكيله قاضية ، يعد صحيحا ومطابقا للقانون ولما جرى به العمل القضائي المستقر لحد الآن ، ومتى كان ذلك استوجب عدم قبول الوجه المثار من الطاعنة في قضية الحال تأسيسا على مخالفة قاعدة شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية في مادة الأحوال الشخصية والقضاء برفض الطعن»⁽¹⁾ .

إضافة إلى هذا فإن المشرع منع بعض الأعمال عن المرأة حماية لها ، ولاعتبارات تتعلق بالتكوين الفيزيولوجي لها ، وهي أعمال لا تتناسب وطبيعتها الأنثوية كالأشغال الشاقة والوظائف المبتذلة حسب ما نصت عليه المادة 16⁽²⁾ من قانون علاقات العمل الفردية رقم 82 / 06 .

كما أنه منع من تشغيلها في بعض الظروف والأوقات خصوصا الأوقات الليلية ، إلا بترخيص من مفتش ، حسب ما نصت عليه المادة 29 من قانون رقم 90 / 11⁽³⁾ باستثناء المرأة المتزوجة فإن عليها الحصول على إذن زوجها في حالة ما سمح لها بممارسة العمل ليلا من طرف المفتش ، وإن كان لا يوجد نص قانوني يلزمها بذلك ، وإنما هذا الأمر خاضع لاعتبارات خارجة عن نطاق تنظيم علاقات العمل⁽⁴⁾ .

وما يمكن ملاحظته على هذه الأحكام والإجراءات أنه غير كافية ، ولذلك كان الأولى بالمشرع وتماشيا مع تعاليم ديننا الحنيف أن ينص على الضوابط التي ذكرها الفقهاء بخصوص عمل المرأة ، وهذا حماية لها ، وتفاديا لما يخشى من محاذير وانزلاقات .

(1) غ . أ . ش بالحكمة العليا ، قرار رقم 33397 الصادر في : 25 / 06 / 1984 ، م ق ، ع 3 ، ص 1989 ، ص 41 .

(2) جاء في المادة 16 من قانون رقم 82 / 06 : ((لا يجوز استخدام النساء في أشغال خطيرة ، أو عديمة النظافة ، أو مضرة بصحتهن ، تحدد قائمة الأشغال ، أو مناصب العمل ، أو أماكن العمل حيث يمنع استخدام النساء ، بموجب قرار من الوزير المكلف بالعمل)) .

(3) جاء في المادة 29 من القانون رقم 90 / 11 : « أنه يمنع المستخدم من تشغيل العاملات في أعمال ليلية ، غير أنه يجوز لمفتش العمل المختص إقليميا أن يمنح رخصة خاصة عندما تبرر ذلك طبيعة النشاط وخصوصيات منصب العمل » .

(4) رشيد واضح ، علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر ، دار هومة ، الجزائر ، 2003 ، ص 119 ، 120 .



المطلب الثاني : مدى سلطة الزوج في منع زوجته من العمل

بعدما اتضح في المطلب السابق حكم العمل وضوابطه ، يحاول هذا المطلب تبيان مدى سلطة الزوج في منع زوجته من العمل ، غير أن هذه المسألة لها تعلق بمدى إمكانية اشتراط المرأة العمل في عقد الزواج ، ولهذا يتعين ابتداء التطرق إلى هذه المسألة ، حينها يمكن توضيح مدى سلطته في المنع .

الفرع الأول : اشتراط المرأة العمل في عقد النكاح

البند الأول : في الفقه الإسلامي :

يتنزل هذا الشرط ضمن دائرة الشروط التقييدية المقارنة لعقد الزواج ، التي هي نوع من أنواع الشروط الجعلية⁽¹⁾ . والشروط التقييدية هي عبارة عن " التزام يتصل بالتصرف القولي حين إنشائه ، لا يستلزمه التصرف حال إطلاقه " ⁽²⁾ ، فهي شروط لا يقتضيها التصرف ولا يستلزمها ، لكن من شأنها أن تحدد آثاره ، ولهذا السبب اختلف الفقهاء في مدى حرية هذه الشروط ، أو ما يعرف بسُلطان الإرادة العقدية ، بين معتبر لها على أساس أن الأصل في الاشتراط الإباحة والإطلاق ، وبين مضيق لها على أساس أن الأصل فيها الحظر والتضييق . ولمعرفة مدى إمكانية اشتراط العمل في عقد النكاح من عدمه يتعين ابتداء التطرق إلى مذاهب الفقهاء في الشروط التقييدية في عقد النكاح ، وبعدها يتسنى بيان موقع هذا الشرط ، كما يأتي .

المذهب الأول : مسلك المضيقين : ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية إلى أن الأصل في الشروط هو الحظر والتقييد إلا ما دل الشرع على إباحته ، متمسكين في ذلك بمقتضى العقد ، وإن اختلفوا في بعض التفريعات وأنواع هذه الشروط نتيجة لاختلافهم في ضابط الشرط الجائز والشرط غير الجائز⁽³⁾ .

(1) تنقسم الشروط بصفة عامة من حيث المصدر إلى قسمين : شروط شرعية ، وشروط جعلية ، والشرعية هي ما يجعلها الشارع لازمة لتحقيق أمر آخر ترتبط به ارتباطاً لزومياً من حيث عدم الوجود ، مثل أهلية العاقد . أما الشروط الجعلية فهي شروط ينشئها المكلف بسلطته الإرادية ، بحيث يجعل تصرفاته مرتبطة بها من حيث الوجود والاستمرار ، وهذا النوع ينقسم إلى ثلاثة أقسام : شروط تعليقية : هي شروط تفيد ربط حصول تصرف على حصول أمر آخر غير موجود في الحال ، كأن يقول مثلاً : تزوجتك إن رضيت أمي ، وشروط إضافية : وهي عبارة عن إرجاء أثر التصرف المتعقد إلى زمن المستقبل ، كأن يقول تزوجتك ابتداء من الشهر القادم ، والنوع الثالث : الشروط التقييدية : (وهي محل الدراسة) . ينظر في هذا : مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ، ص 306 ؛ محمد فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط 1 ، 1994 ، ج 2 ، ص 415 ؛ وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، ط 1 ، 1986 ، ج 1 ، ص 101 ، 102 . نورة دري ، الشروط الجعلية في عقود الزواج ، رسالة ماجستير ، بإشراف سعيد فكرة ، قسم الفقه وأصوله ، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الإسلامية ، باتنة ، 1997 ، ص 54 وما بعدها .

(2) مصطفى الزرقا ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 506 ؛ محمد فتحي الدريني ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 14 .

(3) مصطفى الزرقا ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 474 ؛ محمد فتحي الدريني ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 414 ؛ أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، ص 210 .

فنجد أن الحنفية يقسمون الشروط المقيدة للعقد إلى ثلاثة أقسام :

- شروط تخالف مقتضى العقد⁽¹⁾ وطبيعته ، كاشتراط عدم الإرث وعدم الإنفاق ، أو عدم الوطاء ، وهذه الشروط باطلة لا يجوز الوفاء بها ، ويصح العقد .

- شروط تنفق ومقتضى العقد كاشتراط الإنفاق عليها أو معاشرتها بالمعروف ، فهذه الشروط وجودها وعدمها سواء ؛ لأنها تثبت بمطلق العقد .

- شروط لا تنافي مقتضى العقد وليست من نظامه ، وفيها مصلحة لأحد الزوجين ، كأن يتزوجها على مهر قدره كذا على أن لا يتزوج عليها ، أو لا يخرجها من بلدها ، فهذه الشروط في حد ذاتها فاسدة ؛ لأن فيها منع عن الأمر المشروع⁽²⁾ . ومع ذلك ورغم فسادها ، فإنه يمكن للمكلف الوفاء بها اختياراً منه⁽³⁾ ، ففى المثال السابق إن وقى الزوج بتلك الشروط فيها وللمرأة المسمى ، وإن لم يف بذلك كان للمرأة مهر المثل ، إذا كان المسمى أقل من مهر المثل ، إذ النكاح لا يقسد بالشروط الفاسدة ، وإنما في هذه الحالة يتجه الفساد نحو المهر لانعدام الرضائية ، ولا يعطى للمرأة حق الفسخ لأنه شرط فاسد⁽⁴⁾ .

هذا وقد وضع الحنفية ضوابط تنسحب على العقود بصفة العامة ، بواسطتها يمكن معرفة الشرط الجائز من غير الجائز⁽⁵⁾ ، وبناء على هذا فإن شرط العمل في عقد الزواج عند الحنفية شرط فاسد ، فرغم انعدام ما يدل على هذا صراحة في كتبهم ، إلا أن مقتضى قواعدهم في الشروط تأتي مثل هذا الشرط .

(1) يقصد بمقتضى العقد : الأحكام الأساسية التي أثبتها الشارع في العقد إما مباشرة وإما بطريق الاستنباط لحفظ التوازن بين العاقدين . مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 1 ، ص 476 .

(2) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 3 ، ص 350 ، 351 ؛ محمود الباري ، شرح العناية (بمأش فتح القدير) ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت ، ج 3 ، ص 350 ؛ الزيلعي ، تبين الحقائق ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، ط 2 ، دت ، ج 2 ، ص 148 ؛ محمد مصطفى شلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ص 154 .

(3) ذكر الدكتور وهبة الزحيلي أن الحنفية يعتبرون أنه إن تزوجها على مهر قدره كذا على أن لا يخرجها من بلدها ، أو أن لا يتزوج عليها من الشروط الصحيحة الملائمة لمقتضى العقد التي ينبغي الوفاء بها (الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ، ص 54) ، مع أن الحنفية كما هو ثابت في المتن أعلاه يعتبرون هذا النوع من الشروط شروطاً فاسدة ، ولعل هذا اللبس ناجم من كونهم يجعلون للمكلف الوفاء به اختياراً دون إلزام يحتم عليه ذلك .

(4) ابن الهمام ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 350 ، 351 ؛ محمود الباري ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 350 ؛ الزيلعي ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 148 ، 149 .

(5) هذه الضوابط هي :

1. ضابط مقتضى العقد كشرط الإنفاق وشرط المعاشرة بالمعروف .

2. ضابط الملائمة لمقتضى العقد المؤسس على مبدأ الاستحسان ، وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد صورة ، لكن يؤكد مقتضاه معنى ، مثل اشتراط أن يكون والد الزوج كفيلاً بالمهر والنفقة .

3. ضابط الشرط الذي ورد به النص كاشتراط أن تكون العصمة بيدها تطلق نفسها متى شاءت .

4. ضابط الشرط الذي ورد به عرف التعامل كاشتراط أن يدفع لها جزءاً من المهر قبل الدخول إذا جرى به عرف المنطقة .

أما الشافعية فالشروط عندهم بدورها تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

- شروط تنافي مقتضى العقد وغايته النوعية كشرط عدم الوطاء مطلقا ، أو في حالات معينة ، أو عدم التوارث ، أو أن نفقتها على غيره ، فهذه الشروط تبطل النكاح من أساسه .

- شروط لا تخالف جوهره وغايته النوعية ، لكنها تنافي بعض ما يترتب عليه ، كأن تشترط عليه أن لا يتزوج عليها ، أو أن لا تسكن مع ضرمتها ، فهذه الشروط سواء أكانت له أم لها هي شروط فاسدة تلغى ويصح النكاح ، مع فساد المهر وثبوت مهر المثل .

- شروط توافق مقتضى عقد النكاح وطبيعته كشرط أن ينفق عليها أو أن يقسم لها ، فهذه الشروط صحيحة ، لكن وجودها وعدمها سواء لكونها تثبت بمطلق العقد⁽¹⁾ .

وعلى هذا فشرط العمل عند الشافعية يصنف ضمن الشروط التي تخالف مقتضى العقد ، لكن تنافي بعض ما يترتب عليه ، ومن ثم فهو شرط فاسد يلغى ويصح العقد .

وأما الظاهرية فالشروط عندهم نوعان : شروط صحيحة ، وهي ما دل النص⁽²⁾ على جوازها ، وشروط باطلة ، وهي ما عدا ذلك ، والشرط الباطل إذا اقترن بالعقد أبطله ، أما إذا كان لاحقا فالعقد صحيح والشرط باطل⁽³⁾ .

فقد جاء في الإحكام : « أن كل شرط اشترطه إنسان على نفسه أو لها على غيره ، فهو باطل لا يلزم من التزمه أصلا ، إلا أن يكون النص أو الإجماع قد ورد أحدهما بجواز ذلك الشرط بعينه أو بإلزامه »⁽⁴⁾ .

وجاء في المحلى : « ولا يصح نكاح على شرط أصلا حاشا الصداق الموصوف في الذمة ، أو المدفوع ، أو المعين ، وعلى أن لا يضر بها في نفسها ومالها . إمساك . معروف أو تسريح بإحسان »⁽⁵⁾ .

وبناء على هذه القواعد فاشترط المرأة العمل في عقد النكاح باطل ؛ لأنه لم يأت النص على جوازه .

فإذا انطبق الشرط على واحد من هذه الضوابط فهو شرط صحيح ، أما إن لم ينطبق عليه فهو شرط فاسد أو باطل .

ينظر في هذا محمد مصطفى شليبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ص 154 ، 155 ؛ محمد فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، ج 2 ، ص 420 ، 421 .

(1) الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ، ص 226 ، 227 ؛ الكوهجي ، زاد المحتاج ، حققه وراجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، طبعة الشؤون الدينية ، قطر ، دط ، دت ، ج 3 ، ص 287 ، 288 . هذا وقد ورد في المذهب رأي يقول بفساد الشرط وصحة العقد في حالة ما إذا اشترط عدم الإرث بينهما ، أو أن نفقتها على غيره .

(2) المقصود بالنص : القرآن والسنة والإجماع ، وإن كان الإجماع راجع إليهما ؛ لأنه لا بد له من مستند .

(3) ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 517 .

(4) ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، دار الجيل ، بيروت ، ط 2 ، 1987 ، ج 5 ، ص 30 .

(5) ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 516 .



ويتضح من خلال ما سبق أن أصحاب هذا المسلك وإن اختلفوا في بعض التفريعات ، فقد اتفقوا على أن الأصل في الشروط الحظر ، وقد استندوا في هذا إلى أدلة منها قوله - ﷺ - : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو شرطاً أحل حراماً »⁽¹⁾ . فترك المشروع كاشتراط عدم التزوج هو ما يحمل عليه الشرط المحرم للحلال ، وليس معناه أنه محرم في حقيقة الأمر ؛ لأن ذلك يخرج من دائرة البطلان ، وقوله أيضاً : « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له ، وإن شرط مائة شرط »⁽²⁾ . وقال أيضاً : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »⁽³⁾ ، فكل شرط لم يقدّم دليل من الشرع على اعتباره فهو باطل ، وأيضاً حديث : « لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها ، لتستفرغ صفحتها ، فإنما لها ما قدر لها »⁽⁴⁾ .

أما حديث : « أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج »⁽⁵⁾ ، فحملوه على الشروط التي هي من مقتضى العقد ، والتي أمر الله الإيفاء بها ، ولم يرد - ﷺ - بهذا الخبر تحليل حرام ، أو تحريم حلال ، أو إيجاب ما لم يفرضه الله ، فإذا ثبت هذا دل على أن اشتراط المرأة عدم التزوج عليها ، أو عدم إخراجها من بلدها ، هي شروط فيها تحريم ما أحل الله⁽⁶⁾ .

المذهب الثاني : مسلك المالكية

يقسم المالكية الشروط التقييدية إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : شروط يقتضيها العقد كاشتراط الإنفاق ، أو الكسوة ، أو المعاشرة بالمعروف ، فهذه الشروط وجودها وعدمها سواء ؛ لأنها ثابتة بمطلق العقد

(1) رواه الترمذي في سننه ، أبواب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله - ﷺ - في الصلح ، حديث رقم 1363 ، ج 2 ، ص 403 وقال : حديث حسن صحيح .

(2) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الشروط ، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله ، ج 3 ، ص 259 .

(3) رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور ، حديث رقم 1718 ، ج 3 ، ص 30 ، 31 .

(4) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب الشروط التي لا تحل في النكاح ، ج 7 ، ص 26 .

(5) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الشروط ، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ، ج 3 ، ص 249 .

(6) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ص 351 ؛ ابن دقيق العيد ، إحصاء الأحكام شرح عمدة الأحكام ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، دط ، دت ، ج 3 ، ص 33 ؛ ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 5 ، ص 14 ، 15 ، 17 ، 23 ، 31 ؛ المحلى ، ج 9 ، ص 517 ، 518 .

القسم الثاني : شروط غير ملائمة لمقصود النكاح ، ومنافية لمقتضاه كاشتراط عدم الإنفاق ، أو عدم التوارث ، أو عدم الوطاء ، فهذه الشروط باطلة ولا يجوز اشتراطها في عقد النكاح ، وإن اشترطت أفسدت النكاح⁽¹⁾ .
وهذان القسمان لا خلاف فيهما بين جميع الفقهاء .

أما القسم الثالث وهو ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وللزوجة فيه غرض⁽²⁾ ، كشرط عدم التزوج عليها ، أو عدم إخراجها من بلدها ، أو لا يغيب عنها ، فهذه الشروط لا تؤثر في العقد بالفساد ، ولا يقتضي فسخه قبل الدخول أو بعده ، وهي شروط مكروهة⁽³⁾ في المشهور من المذهب . ومرد الخلاف بين الفقهاء راجع بالأساس إلى هذا القسم .

وهذا القسم عند جمهور المالكية غير لازم⁽⁴⁾ إلا إذا ورد معلقا على طلاق أو عتق أو تملك ، كأن يقول : إن تزوجت عليك فأنت طالق ، فإن وقع الشرط بهذه الكيفية فهو لازم ، أما إن وقع دون تعليق فلا يلزم ، لكن عملا بعموم الأدلة والقواعد التي تمتح على الوفاء بالمواثيق والالتزامات ، فيستحب الوفاء بها ديانة⁽⁵⁾ .

وقد استدلل المالكية على عدم لزوم الشرط بقضاء عمر بن الخطاب ، ” فقد تزوج رجل في عهد عمر بن الخطاب فشرط أن لا يخرجها من أرضها ، فوضع عنه عمر الشرط ، وقال : المرأة مع زوجها“⁽⁶⁾ .

(1) اختلف أهل المذهب في فسخ النكاح من عدمه ، فالمشهور أن عقد النكاح يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويلغى الشرط ، وقيل يفسخ قبل وبعد الدخول ، وقيل إن أسقط مشروط الشرط صح النكاح ، وإن تمسك به فسد . ينظر : الخطاب ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، تحقيق عبد السلام محمد الشريف ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط 1 ، 1984 ، ص 228 .

(2) هذا من باب التغليب فقط ، وليس معناه أنه خاص بالزوجة فقط دون الزوج .

(3) لعل كراهيتها مستفادة مما أثر عن مالك ، حيث يقول : ((أشرت على قاض أن ينهي الناس أن يتزوجوا على الشروط ، وأن يتزوجوا على دين الرجل وأمانته)) ، وقد كتب بذلك كتابا وصيح به في الأسواق وعابها عيبا شديدا ، ينظر : ابن رشد الجدل ، المقدمات والمهمدات ، دار صادر ، بيروت ، طبعة الأوفست ، دت ، ج 2 ، ص 369 . والملاحظ على هذا الرأي أن الإمام مالكا قد فضل التزوج على دين الرجل وأمانته بدلا من التزوج على الشروط في وقت كان الوازع الديني فيه مسيطرا على النفوس ، ولهذا السبب كره مثل هذه الشروط ، فكيف لو كان في عصرنا الذي قل فيه الوازع الديني والضمير الخلقي إلا من رحم ربك !؟

(4) إلى جانب هؤلاء نجد أن بعض المالكية ذهبوا إلى لزومية ووجوب الوفاء بالشروط التي لا يقتضيها عقد النكاح ولا ينافيها ، وهذا ما صرح به صاحب المعيار بقوله : ” ... واستحب غير واحد الوفاء للحديث ، ومال اللخمي إلى الوجوب ، وحكاها عن ابن شهاب ، وقال به بعض الموثقين “ . النونشريسي ، المعيار المعرب ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط 1 ، 1981 ، ج 3 ، ص 279 وذكر الباجي أن ابن المواز روى عن ابن شهاب أنه كان يوجب على الزوج ما التزم به من الشروط في النكاح ولو لم تكن معلقة على يمين . الباجي ، المنتقى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط 3 ، 1983 ، ج 3 ، ص 296 .

(5) الخطاب ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، ص 327 وما بعدها ؛ الشاطبي ، الموافقات ، تعليق عبد الله دراز ، المكتبة التجارية ، مصر ، دت ، ج 1 ، ص 283 ، 284 .

(6) رواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الصداق ، باب الشروط في النكاح ، ج 7 ، ص 249 .



وأما لزوميته إذا علق بطلاق أو عتق أو تملك فقد استدلوا على ذلك بعمل أهل المدينة⁽¹⁾ ، وحملوا حديث : « أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج »⁽²⁾ على الندب⁽³⁾ .

المذهب الثالث : مسلك المتمسكين بإباحة الاشرط : ذهب جمهور الحنابلة والإباضية إلى أن الأصل في الشرط الإباحة إلا ما دل النص على تحريمه .

فبالنسبة للمذهب الحنبلي نجد أن الشرط التقييدية عندهم في عقد النكاح قسمان :

القسم الأول : شروط لا يقتضيها العقد ولا ينافيها ، ولكن فيها فائدة للمشرط ، مثل اشتراط عدم التزوج بثانية ، أو عدم السفر بها خارج بلدها ، فمثل هذه الشروط يجب الوفاء بها ، فإن أخل بها فللطرف الآخر حق الفسخ ، غير أن الشرط التي دل النص على منعها كالشروط التي تمس حقوق الغير مثل أن تشترط عليه طلاق ضررها⁽⁴⁾ ، فمثل هذه الشروط باطلة لورود النهي عنها ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

القسم الثاني : وهي ثلاثة أنواع :

النوع الأول : شروط تبطل وتلغى ويصح العقد : وهي الشروط المخالفة لمقتضى العقد وغاياته النوعية ، كاشتراط عدم المهر ، أو عدم الإنفاق ، أو عدم الوطاء ، وصحة العقد لكون هذه الشروط ترجع لمعنى زائد في العقد لا يضر ذكره ولا الجهل به .

النوع الثاني : شروط تبطل النكاح من أساسه ؛ لأنها شروط تخل بمقصود العقد وجوهره ، وتمثل في أنواع ثلاثة ، وهي : نكاح الشغار ، نكاح التحليل ، نكاح المتعة .

النوع الثالث : وهو اشتراط الخيار ، أو قوله زوجتك إن جمعت بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بيننا ، فهذا الشرط باطل والنكاح صحيح في الرأي الصحيح من المذهب⁽⁵⁾ .

أما بالنسبة للمذهب الإباضي ، فإن المطلاع على كتبهم يتبين له أن اجتهادهم في مسألة الاشرط في عقد النكاح

(1) مالك ، الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي ، دار النفائس ، بيروت ، ط 11 ، 1990 ، كتاب النكاح ، باب ما يجوز من الشرط في النكاح ، ص 360 . إذ ورد فيه صيغة " والأمر عندنا " وهي من الصيغ الدالة على عمل أهل المدينة .

(2) سبق تحريجه ، ص 77 .

(3) محمد الزقاني ، شرح الزرقاني على الموطأ ، مطبعة الاستقامة ، القاهرة ، دط ، 1954 ، ج 3 ، ص 137 .

(4) قال أبو الخطاب من الحنابلة أن هذا الشرط صحيح لازم ، وهو رواية عن أحمد ، لكن الرأي الراجح في المذهب عدم جوازه لورود النهي ، ينظر : المرادوي ، الإنصاف ، صححه وحققه محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 2 ، 1986 ، ج 8 ، ص 157 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص 449 ، 450 .

(5) المرادوي ، المصدر السابق ، ج 8 ، ص 159 وما بعدها ؛ ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج 7 ، ص 448 وما بعدها .



يتفق إلى حد كبير مع النظر الحنبلي ، حيث يقسمون الشروط التقييدية في عقد النكاح إلى قسمين⁽¹⁾ :

القسم الأول : شروط فاسدة غير جائزة ، ولا يجوز الوفاء بها ، وهي نوعان :

النوع الأول : شروط تناقض مقتضى العقد وتنافيه كأن يشترط أن لا ينفق عليها ، أو أن لا يواقعها ، أو أن تشتترط أن تكون نفقته وسكانه عليها .

النوع الثاني : شروط محرمة لا يجوز الوفاء بها ، مثل اشتراط طلاق الضرة ، أو اشتراط خلو النكاح من الصداق من باب الشغار ، فهذا النوع دل النص على تحريمه فلا يجوز الوفاء به .

القسم الثاني : شروط جائزة يجب الوفاء بها ، وهي شروط ليست من مستلزمات عقد النكاح ولا تنافيه ، وفيها مصلحة لأحد المتعاقدين ، مثل أن تشتترط المرأة إن تزوجها فلا يخرجها من بلدها ، أو لا يتزوج عليها ، فهذا الشرط جائز ولها ما اشتترطت ، أما شرط أن يكون الطلاق بيدها ، فلا يخلو أن يعلق على أمر معروف ، أو لا يعلق ، فإن علق على أمر معروف مثل عدم التزوج عليها ، فهذا جائز لازم ، فإن أحل طلقت نفسها ، أما إن لم يعلق على أمر معروف ، ففيه خلاف ، بعضهم أجاز وبعضهم منع⁽²⁾ .

وقد استند أصحاب هذا المسلك في لزومية الشروط التي فيها للمشتترط غرض ، ولا يرتضيها عقد النكاح ولا ينافيها إلى عدة أدلة منها :

﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : 1] ، ﴿ وَالْوَالِدَاتُ لِلْبَنَاتِ نِصَابًا ﴾ : ﴿ وَبِعَهْدِ

اللَّهِ أَوْفُوا ذَٰلِكُمْ وَصْنَكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ [الأنعام : 152] ، ﴿ وَالْوَالِدَاتُ لِلْبَنَاتِ

﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ [الإسراء : 34] ، فهذه الآيات وغيرها تدل

بمجموعها على وجوب الوفاء بمطلق العهود ، وهو أمر عام يدخل فيه عهد الله ، والعهد الذي أخذه المرء على نفسه ، حتى وإن لم يأمره الله به .

ومن السنة قوله - ﷺ - : « أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج »⁽³⁾ ، فهذا الحديث قد دل بمنطوقه على أن الشروط في النكاح أوكد من غيرها⁽⁴⁾ ، مما يدل على أن الوفاء بها لازم .

(1) لم أذكر الشروط التي هي من مقتضيات العقد ؛ لأنها شروط ذات وجود صوري في العقد ، فهي ثابتة بمطلق العقد ، وهي شروط لا خلاف فيها بين الفقهاء .

(2) الجناوني ، كتاب النكاح في الفقه الإباضي ، تعليق علي يحيى معمر ، دون معلومات نشر ، ص 136 وما بعدها ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 6 ، ص 282 وما بعدها .

(3) سبق تخريجه ، ص 77 .

(4) ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، دار المعرفة ، بيروت ، د ط ، د ت ، ج 3 ، ص 475 ، 477 .

وقوله - ﷺ - : « المسلمون عند شروطهم »⁽¹⁾ .

كما استدلووا أيضا بعمل الصحابة ، فمن ذلك قضاء عمر بن الخطاب - ﷺ - حيث رفعت إليه قضية رجل شرط لزوجته أن تكون سكنها في دارها ، ثم أراد نقلها إلى بيتها ، فرفضت وطلبت إليه الوفاء بما اشترط على نفسه ، فقال عمر : « لها شرطها ، فقال الزوج : إذن يطلقنا ، فقال عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط »⁽²⁾ .

وبناء على هذا ، ورغم عدم وجود نصوص في كتب المذهبيين - الحنبلي والإباضي - توضح موقفهم بشكل جلي بخصوص اشتراط المرأة العمل في عقد النكاح ابتداء ، أو الاستمرار فيه ، إلا أن مقتضى قواعدهم وأصولهم تقبل مثل هذا الشرط ، خصوصا وأن هذا الشرط لم يرد نص بمنعه ، ومن ثم فالمرأة إذا اشترطت هذا الشرط كان لها حق الفسخ إن لم يف به الطرف الآخر .

المناقشة والترجيح :

مما سبق بيانه يتضح أن الخلاف بين المذاهب منحصر في الشروط التي ليست من مقتضى العقد ، ولا تنافيه وفيها غرض لأحد المتعاقدين ، حيث اعتبر الحنفية والشافعية والظاهرية أن مثل هذه الشروط غير جائزة ، في حين استحب أغلب المالكية الوفاء بها ، بينما ذهب الحنابلة والإباضية إلى لزوميتها ووجوب الوفاء بها .

وبالنظر في أدلة كل فريق - التي سبق عرضها - فإنه يلحظ ما يأتي :

أولا : إن ما احتج به أصحاب المسلك الأول من أن إباحة مثل هذه الشروط هو من باب إحلال الحرام وتحريم الحلال ؛ لأنها شروط ليست في كتاب الله تعالى ، فمثل هذه الشروط إما تبيح حراما أو تحل حراما ، أو توجب ساقطا ، والتزام المباح ، أو عدم فعله إنما هو من هذا القبيل . وقد اعترض على هذا بأن التسليم بهذا التأويل يجعل أول الحديث⁽³⁾ متناقضا مع آخره ، فبينما أول الحديث يعطي للإرادة سلطتها في الاشتراط والتزام ما اشترط ، يجعل الشطر الأخير تلك الشروط باطلة ، وهذا تناقض تنتزه عن أصول الشريعة . كما أن حمل هذا الحديث على المباح يجعل كل الشروط باطلة ؛ لأن الشرط عادة لا يرد إلا على مباح ، فالواجب والمحرم لا يفيد فيه الشرط ، فما كان محرما كالزنا مثلا فالشرط لا يحله ، وما كان واجبا فالشرط لا يسقطه ، فهذه الأمور لا يجوز فعلها بشرط أو بغيره ، فإذا ثبت هذا فإن الشرط لا يرد إلا على مباح الذي لم يكن واجبا ولا محرما⁽⁴⁾ .

(1) سبق تخريجه ، ص 77 .

(2) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الصداق ، باب الشروط في النكاح ، ج 7 ، ص 249 ؛ وعبد الرزاق في مصنفه ، كتاب النكاح ، باب الشرط في النكاح ، ج 6 ، ص 226 .

(3) هو حديث : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » .

(4) ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، ج 3 ، ص 482 .

ثانيا : حمل أصحاب المسلك الأول حديث : « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج »⁽¹⁾ على الشروط التي يقتضيها العقد ، وقد اعترض على هذا بأنه حمل ضعيف ؛ لأن مثل هذه الأمور لا تؤثر الشروط في إيجابها ولا تشتد الحاجة إلى تعليق الحكم بالاشتراط فيها ، لأنها ثابتة بمطلق العقد⁽²⁾ ، ومن ثم فمقتضى الحديث يتجه إلى الشروط المباحة التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها ، وهي في باب النكاح أكد منها من غيرها حسب لفظة " أحق " .

ثالثا : ما ذهب إليه المالكية من أن هذه الشروط الوفاء بها مستحب ديانة ولا يلزم ذلك قضاء إلا إذا كان معلقا على طلاق أو عتاق ، حيث صرفوا الحديث إلى الندب بناء على آثار واردة عن الصحابة ، فاحتجاجهم بهذه الآثار غير مسلم به ؛ لأن هذه الآثار هي قول صحابي ، وقول الصحابي مختلف في حجتيه أصوليا ، ثم إن الأخذ به يكون إذا لم يرد نص من كتاب أو سنة ، أما إذا ورد النص فالأخذ به يكون على سبيل الاستئناس⁽³⁾ . أما الحديث فإن دلالة على الوجوب أولى من الندب ؛ لأن لفظة " أحق " هي أوكد عبارات الوجوب .

وبناء على هذا فإنني أجنح إلى اختيار مسلك الموسعين في سلطان الإرادة العقدية نتيجة هذه الاعتبارات ، ولقوة أدلتهم ، غير أن الأخذ بهذا المسلك منوط بعدم التنافي مع الغاية النوعية لعقد الزواج في الحال والمآل ، بحيث إنه لو طرأت ظروف معينة صيرت هذه الشروط تنافي مقصود النكاح ، وتفوت المصلحة التي من أجلها شرع العقد المشروط ، وتلحق الضرر بالطرف الآخر ، فوجب حينها عدم مراعاة مثل هذه الشروط ؛ لأنها تصرف إرادتي جعلي ، و" الغاية شرع " ، ومعلوم أن " ما هو ثابت بالشرع مقدم على ما هو ثابت بالتصرف (بالشرط)⁽⁴⁾ " ، كما أن الالتزام بهذا الشرط في هذه الظروف من شأنه أن يوقع الطرف الآخر في عسر ومضرة ، ودفع الضرر وإزالته من مقررات الشرع . ولهذا فإذا اشترطت الزوجة على زوجها أن لا ينقلها من بلدها مثلا ، أو لا يتزوج عليها ، فهذه الشروط طالما كانت تحقق منفعة للشخص المُشترط ، وتسهم في تعزيز وتمتين الرابطة الزوجية ؛ فإن الوفاء بها واجب ، لكن إن تعذر تحقيق هذا الشرط نظرا لتغير الظروف والأحوال ، كأن اضطر الزوج للسفر مثلا قصد البحث عن العمل ، فهنا قد بدت مصلحة جديدة ، وأضحى الأخذ بها الشرط منافيا للعدل ، فوجب المصير إلى عدم مراعاته ، وعدم فسخ النكاح دفعا للضرر وتحقيقا للعدل⁽⁵⁾ .

(1) سبق تفريجه ، ص 77 .

(2) ابن دقيق العيد ، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، ج 3 ، ص 53 .

(3) سعيد فكرة ، الشرط عند الأصوليين ، رسالة دكتوراه ، إشراف محمد حمدة ، معهد الشريعة ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، 1997 ، ص 632 .

(4) ينظر في هذه القاعدة : محمد فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، ص 417 ، 438 .

(5) سعيد فكرة ، المرجع السابق ، ص 633 ، 634 .



البند الثاني : موقف قانون الأسرة الجزائري :

نظم المشرع الجزائري مسألة الشروط المقترنة بعقد النكاح في المادة 19 من القانون رقم 84 - 11، حيث جاء فيها : « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ، ما لم تتناف مع هذا القانون » ، وهذا النص هو ما تضمنه القانون القديم ، أما التعديل الجديد فقد أضاف إلى هذا النص مسألة الاشتراط بعد عقد النكاح ، وهي مسألة مهمة ذلك أنه قد يحدث أن يغفلا الزوجان عن تنظيم الشروط ، أو تستجد شروط قد تؤثر على مسير الحياة الزوجية ، لم يتعرضا لها ابتداء في العقد ؛ لأنه لا يمكن الإحاطة بجميع الشروط ، فيمكن بواسطة هذا الإجراء تدارك ما فات من خلال عقد رسمي لاحق⁽¹⁾ ، وقد أحسن المشرع حين نص على هذه المسألة⁽²⁾ . إضافة إلى هذا فقد خص شرطين مهمين نص عليهما ، وهما : شرط عدم التزوج بثانية ، وشرط العمل ، وبذلك أصبح نص المادة 19 بعد التعديل كالاتي : « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج ، أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات ، وعمل الزوجة ، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون »⁽³⁾ .

فهذه المادة قد تضمنت قسمين : القسم الأول : ورد في صيغة عامة تبيح للزوجين تضمين عقدهما ، أو بعده بأي شرط تكون فيه مصلحة لأحدهما . أما القسم الثاني : فقد جاء في شكل قيد يقيد الإطلاق الوارد في القسم الأول ، وذلك ببيان الشروط الصحيحة من الشروط الباطلة⁽⁴⁾ ، حيث وضع ضابطا يحتكم إليه في معرفة ذلك ، وهذا الضابط هو عدم منافاة هذه الشروط لما تضمنه قانون الأسرة من قواعد وأحكام⁽⁵⁾ .

(1) اشتراط الرسمية إجراء ضروري ؛ لأنه يسهل الإثبات ويحمي الحقوق من الضياع ، خصوصا في عصرنا الذي قل فيه الوازع الديني .
(2) مسألة الشروط اللاحقة تكلم عنها الفقهاء القدامى ، حيث تعرض لها المالكية والحنابلة والظاهرية . فالمالكية نصوا على أنه يمكن اشتراط حتى الشروط التي لو وجدت في صلب العقد لأفسدته مثل شروط : إنفاق الزوجة على زوجها ، فمثل هذه الشروط لا تضر بعد العقد ما دامت الزوجة في العصمة ؛ لأنها من مكارم الأخلاق . أما عند الحنابلة فالمروي عن الإمام أحمد أنها لا تلزم ، لكن ابن رجب ذكر أنها لازمة . وأما عند الظاهرية فالشروط اللاحقة لها نفس حكم الشروط المقارنة ، فإن دل النص عليها فهي صحيحة ، وإلا فهي باطلة . ينظر : الصاوي ، بلغة السالك ، مطبعة مصطفى باي الحلبي ، مصر ، دط ، 1340هـ ، ج 1 ، ص 365 ؛ المرادوي ، الإنصاف ، ج 8 ، ص 154 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 517 .

(3) أمر رقم 05 - 02 المعدل لقانون الأسرة رقم 84 - 11

(4) يبطل العقد إذا اشتمل على شرط ينفيه وهذا قبل الدخول ، أما إذا تم الدخول فيبطل الشرط ويصح العقد ، ينظر : محمد محدة ، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية) ، مطبعة الشهاب ، باتنة ، ط 2 ، 1994 ، ص 152 . ولذلك ينبغي إعادة النظر في المادتين 32 و 35 ؛ لأنهما بهذا الشكل متناقضتان ، وإزالة التناقض ينبغي تعديلهما كالاتي : المادة 32 : يبطل الزواج قبل الدخول إذا اشتمل على شرط يتناقض ومقتضيات العقد . المادة 35 : إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينفيه ، وقد تم الدخول ، كان الشرط باطلا والعقد صحيحا . وبهذا التعديل يزول التناقض .

(5) عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار البعث ، قسنطينة ، ط 1 ، 1986 ، ص 146 .

ومن هنا فإن معيار تحديد الشروط الصحيحة من الشروط الباطلة هو عدم منافاتها لأحكام قانون الأسرة ، لكن السؤال المثار : ما هي القواعد التي تضمنها هذا القانون والتي بناء عليها يمكن تحديد الشروط الباطلة من الشروط الصحيحة ؟ ، أو بالأحرى : ما هي هذه القواعد التي ينبغي للزوجين مراعاتها حال الإشرط ؟ .

إذا نظرنا في قانون الأسرة وجدنا أن أهم القواعد الأساسية التي تضمنها ، والتي لها علاقة بموضوع الإشرط ، الأحكام المنظمة لوجود العقد ابتداء (الأركان والشروط) ؛ أي الأحكام التي إن تخلقت عد العقد فاسدا أو باطلا ، كذلك الأحكام المنظمة للنفقة ، والتي أوجبت نفقة الزوجة على زوجها ، أيضا حق زيارة الأهل واستضافتهم⁽¹⁾ ، أحكام النسب التي تنص على أن نسب الولد لأبيه ، أحكام الميراث التي تجعل الزوجة سببا من أسباب الإرث ، إلى غيرها من القواعد والأحكام الملزمة .

وتأسيسا على هذا ، فكل الشروط التي تتعارض مع هذه الأحكام ، كإشرط أن لا ينفق على زوجته ، أو عدم المباشرة ، أو عدم الإرث ، فهي شروط باطلة لا يعتد بها .

أما الشروط التي لا تتعارض مع هذه الأحكام ، سواء أكان العقد يقتضيها⁽²⁾ كإشرط الإنفاق على الزوجة أو إشرط المعاشرة بالمعروف ، أم لا يقتضيها (طبعاً لا تنافيه) كإشرط عدم السفر بها خارج بلدها ، أو عدم التزوج عليها⁽³⁾ ، أو مواصلة تعليمها ، أو اشتراط العمل أو المواصلة إن كانت تعمل قبل العقد⁽⁴⁾ ، فكل هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها⁽⁵⁾ ، فإن أخل أحد الطرفين بشرط الطرف الآخر ، ينظر ، فإن كان الزوج هو الذي أخل بالشرط الاتفاقي حَقَّ للزوجة طلب التخليق بناء على الفقرة 10 من نص المادة 53 من قانون الأسرة ، أما إن كانت الزوجة هي المخلة ، فلم ينص المشرع على هذه الحالة لكون الزوج بيده عصمة النكاح⁽⁶⁾ ، فله أن يطلق إن أخلت زوجته بالشرط . وهو ما يتفق مع مسلك الموسعين .

هذا وقد صدر عن المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقاً) قرارات بخصوص الشرط المقترن بعقد النكاح ، حيث صدر عنها قرار قبل صدور قانون 84 - 11 ينسجم مع مذهب الموسعين في الشروط جاء فيه : « حيث

(1) عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 147 .

(2) وجود مثل هذه الشروط في العقد صوري ؛ لأنها ثابتة بمطلق العقد .

(3) ذكر الأستاذ عبد العزيز سعد في كتابه (مرجع سابق ، ص 147) شرط عدم التزوج بثانية هو من قبيل الشروط الباطلة ؛ لأنها تخالف أحكام القانون ، ذلك أن المادة 8 منه قد أباحت التعدد . ويؤخذ على هذا الرأي أن إباحة التعدد في المادة 8 ليس على سبيل الإلزام ، وإنما هي رخصة لمن توفرت فيه الشروط ، ومن ثم فهي ليست مادة أمرة ملزمة حتى نقول : إن شرط عدم التعدد يناقضها . وهذا ما تأكد في التعديل الجديد ، حيث نصت في المادة 19 على إمكانية إشرط عدم التعدد ، واعتبرته غير مناف لأحكام قانون الأسرة .

(4) نص التعديل الجديد للمادة 19 على إمكانية إشرط المرأة العمل في عقد النكاح .

(5) محمد محدة ، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية) ، ص 151 .

(6) رتب الفقهاء على الإخلال بهذه الشروط حق الفسخ للطرف المتضرر سواء أكان الزوج أم الزوجة ، رغم أن الزوج بيده عصمة النكاح ، وذلك لأن الفسخ يختلف عن الطلاق ، ولهذا كان الأولى بالمشرع مراعاة هذا الأمر .

أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما ، أو تحرم حلالا ، وبشرط أن لا تناقض روح العقد ، وحيث أن قضاء الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج ، استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لها من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخالفا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها الزوج ، مما يترتب عليه فك العصمة ، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ، ويعتبر الوجه غير سديد⁽¹⁾ .

وإلى جانب هذا يوجد قرار عن الجهة نفسها صدر بعد قانون 1984 جاء فيه : « إن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ، والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ ، يعد مخالفا للأحكام الشرعية ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاء الموضوع ألزموا الزوج بالعرف ، بتعهده بالبقاء بزوجه بالعاصمة ، يكونون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيودا هو مخير فيه⁽²⁾ .

وواضح من هذا القرار أنه يتعارض مع القرار السابق ، بل ويتعارض مع القانون ؛ لأنه يتبنى مسلك المالكية الذين يجعلون الوفاء بمثل هذه الشروط في دائرة الاستحباب دون الإلزام القضائي ، ولا اعتقد أن نية المشرع من نص المادة 19 هو مسلك المالكية ؛ لأن هذا المسلك من شأنه أن ينقص من قيمة هذه الشروط ويقلل من فعاليتها في حياة الناس إن لم يصحبها إلزام قضائي ، بل الذي يبدو فيها - كما سبق بيانه - أن نيته مسلك الموسعين في الاشتراط ، ولهذا فحكم قضاء الموضوع هو الأصح .

الفرع الثاني : سلطة الزوج في منع زوجته من العمل

تعالج هذه الجزئية من زاويتين ، الأولى : حالة وجود شرط ، الثانية : حالة عدم وجود شرط ، وبيان هذا كالاتي :

فبالنسبة للحالة الأولى : حالة وجود شرط : حيث اتضح مما سبق عرضه أن المذاهب الفقهية ليست على درجة واحدة في مجال الشروط التي ليست من مقتضى العقد ولا تنافيه ، فقد تبين أن هناك ثلاثة مذاهب ، مذهب المضيقيين وهم الحنفية والشافعية والظاهرية ، حيث اعتبروا أن مثل هذه الشروط فاسدة أو باطلة ، ومن ثم فيحق للزوج أن يوقف زوجته على مذهب هؤلاء⁽³⁾ سواء اشترطت أم لم تشترط ، فإن لم تمثل فهي ناشز .

(1) قرار صادر عن غرفة القانون الخاص بالجلس الأعلى (سابقا) بتاريخ : 3 / 3 / 1971 ، ن ق . ع 2 ، 19725 ، ص 39 نقلا عن بلحاج العربي ، قانون الأسرة (مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا) ، د . م . ج ، (بن عكنون) الجزائر ، د ط ، 2000 ، ص 24 .

(2) غ . أ . ش بالمحكمة العليا ، قرار رقم 49575 صادر بتاريخ : 20 / 6 / 1988 ، م ق ، ع 2 ، 1991 ، ص 54 .

(3) جاء في حاشية عابدين ما يفيد هذا ، حيث يقول : ((إذا قبضت الزوجة المهر فليس لها الخروج ، ولو للحاجة كزيارة أهلها إلا بإذن الزوج ... ولا إذا كانت غاسلة أو قابلة إلا بإذن الزوج)) ، ويقول أيضا : ((والذي ينبغي تحريمه هو أن يكون له منعها من كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه أو ضرره أو إلى خروجها من بيته)) ، ينظر : ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج 3 ، ص 602 ، 603 .



أما المذهب الثاني ، وهو مذهب المالكية فرغم تصحيحهم لمثل هذه الشروط ، إلا أنهم جعلوا الوفاء بها في دائرة الاستحباب ، ومن ثم فالزوج يستحب في حقه أن لا يوقفها⁽¹⁾ ، لكن إن أراد أن يوقفها فله ذلك ؛ فإن أصرت على عدم التوقف ومواصلة العمل فهي ناشز⁽²⁾ .

أما المذهب الثالث ، وهو مذهب الموسعين (مذهب الحنابلة والإباضية) الذي يرى صحة هذه الشروط ووجوب الوفاء بها ، فإن الزوج لا حق له - وفق هذا المذهب - في إيقاف زوجته عن العمل ، فإن أمرها بالتوقف ولم تفعل فلا تعد ناشزة ، فإن أجبرها وأكرهها على ذلك فيحق لها طلب الفسخ ، وهذا الرأي - أقصد الأخير - هو الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري ، فحسب نص المادة 19 إذا اشترطت الزوجة على زوجها العمل ابتداء أو الاستمرار فيه ، فإنه لا يحق للزوج أن يوقفها من العمل بعد ذلك ، ولا تعتبر الزوجة ناشزة إن امتنعت ، فإن أصرت على موقفه وأوقفها جبراً وكرها فلها حينئذ حق رفع دعوى التطليق تأسيساً على مخالفة الشروط الاتفاقية طبقاً للفقرة 10 من نص المادة 53 من ق . أ .

هذا عن الحالة الأولى ، أما عن الحالة الثانية ، وهي حالة عدم وجود شرط : فتخريجاً على رأي الفقهاء القدامى فللزوج الحق في إيقاف زوجته من العمل ؛ لأنه يشترط إذنه في الخروج من البيت .

أما الفقهاء المعاصرون فذهبوا إلى التفريق بين أمرين⁽³⁾ :

الأمر الأول : أن يتزوجها وهي تعمل دون أن يعترض عليها أو يمنعها ، ففي هذه الحالة نجد ثلاثة آراء :

وجاء في الفقه الشافعي في نهاية المحتاج : ((إذا أعسر الزوج بالنفقة ، وتحقق الإعسار بالنفقة ، فالأظهر إمهاله ثلاثة أيام ، ولها الفسخ صبيحة الرابع ، وللزوجة وإن كانت غنية الخروج زمن المهلة ثمارة لتحصيل النفقة بنحو كسب ، وليس له منعها ، لأن المنع في مقابل النفقة)) ، ينظر : الرملي ، نهاية المحتاج ، دار الفكر ، بيروت ، ط الأخيرة ، 1984 ، ج 7 ، ص 215 ، 216 .
وواضح من هذا أن الزوج عند الشافعية له منع زوجته من الخروج إلى العمل إلا في حالة عسره بالنفقة فقط لا غير .

⁽¹⁾ أما مذهب بعض المالكية الذين يرون وجوب الوفاء بمثل هذه الشروط فلا يحق له منعها إن اشترطت ذلك .

⁽²⁾ جاء في فتوى للدكتور محمد فوزي فيض الله أن : ((المالكية يكرهون هذا الشرط ، لما فيه من التحجير والتضييق على الزوج ، ويستحبون الوفاء به ، لكنهم يقرون حق الزوج في منعها من العمل ، وإن لم تمتنع تعتبر ناشزة ، فنسقط نفقتها ، وعلى هذا العمل في محاكم الكويت)) . ينظر : محمد فوزي فيض الله ، فتوى " حكم الاستيلاء على مرتب الزوجة " ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة الكويت ، ع2 ، 1984 ، ص 278 .

⁽³⁾ ذهب الدكتور مصطفى قطب سانو إلى رأي يأخذ بعين الاعتبار جنس العمل فقط دون النظر إلى مسألة الاضطرار ، أو العمل قبل الزواج ، حيث ذكر أنه لمعرفة مدى إمكانية الزوج من منع زوجته من العمل ينبغي النظر إلى جنس العمل وإلى نية الزوج من وراء المنع ، فإن كان العمل من فروض الكفاية فلا يحق للزوج منعها منه سواء أكانت نيته حميدة أم لا ؛ لأن ترك فروض الكفاية مما يؤثم عليه فاعله ؛ ولأن في تركه إضراراً بالمجتمع وتقويتاً للمصلحة العامة ، والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة ، أما إذا كان جنس العمل من المندوبات ، فإن كانت نية الزوج حميدة كمرعاة مصلحة الأسرة والتركيز عليها ، ففي هذه الحالة ينبغي على الزوجة أن تتوقف عن العمل ، أما إن كانت نيته غير حميدة ، كأن امتنعت مثلاً عن إعطائه جزءاً من الراتب ، ففي هذه الحالة لا يحق له منعها ، لأنه ضرب من التعسف . ينظر : محمد قطب سانو ، في نفقة الزوجة ومرتبها وعملها رؤية منهجية ، ص 31 وما بعدها .

الرأي الأول : يجوز له أن يوقفها من العمل ؛ لأن سكوته لا يعد رضياً ، فإن امتثلت فيها ، وإلا فهي ناشزة⁽¹⁾ .

الرأي الثاني : لا يجوز له أن يوقفها من العمل ؛ لأنه حين تزوجها وهو يعلم بعملها دون أن يعترض ، فهذا السكوت منه يعد رضياً ، والسكوت في معرض الحاجة إلى بيانٍ يحسب القاعدة الأصولية⁽²⁾ .

الرأي الثالث : لا يجوز له ذلك في الحالات العادية ، فإن فعل ذلك عد متعسفاً ، لكن إن طرأ على الحياة الزوجية ما يستوجب ترك الوظيفة ، بأن أصبح عملها يشكل ضرراً على الأسرة فله أن يمنعها ، ويجب عليها ترك العمل⁽³⁾ .

ويبدو أن الرأي الثالث أكثر وجاهة ؛ لأنه يوفق بين حق الزوجة وبين حق الزوج والأسرة من جهة أخرى .

الأمر الثاني : إذا تزوجها ولم تكن تعمل ، لكن أذن لها في العمل ، فإنه يجوز له أن يطلب منها الامتناع عن العمل ، فإن رفضت طلبه اعتبرت ناشزة ، لكن شريطة أن يكون الزوج قادراً على متطلبات الحياة الزوجية⁽⁴⁾ .

أما من الناحية القانونية ، فإن قانون الأسرة الجزائري لم يتضمن نصاً بخصوص هذه المسألة ، وكان الأولى بالمشروع التنصيص عليها نظراً لأهميتها ، ومع هذا يمكن الاستئناس باجتهاد قضائي صدر قبل قانون الأسرة عن إحدى المحاكم - وهي محكمة المشربة - يعالج هذه القضية ، حيث جاء فيه أن : " عمل الزوجة الذي يقتضي معه حق الاحتباس مشروط برضا زوجها بعد البناء ، وله أن يتراجع عن رضاه كلما بدا له ذلك ويتمسك بحق الاحتباس ، إلا إذا كانت المرأة تعمل قبل الزواج واشترطت عليه قبل البناء أن تعمل ، وبالتالي لا يجوز له أن يتمسك مرة أخرى بنشوز زوجته إذا لم تكف عن العمل " ⁽⁵⁾ .

والذي يظهر من هذا الحكم أن الزوج إذا تزوج زوجته وهي لا تعمل وأذن لها بذلك ، ثم تراجع عن رضاه فله ذلك ، ويحق له أن يمنعها من العمل ، وإن لم تمتنع فهي ناشزة ، أما إن تزوجها وهي تعمل ولم تكن قد اشترطت عليه مواصلة العمل فإنه يحق له أن يمنعها من ذلك .

(1) عبد الكريم زيدان ، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، ج 7 ، ص 166 .

(2) محمد الزحيلي ، عمل المرأة خارج البيت وأثره في الخلافات الزوجية ، ص 21 .

(3) محمد فوزي فيض الله ، فتوى " حكم الاستيلاء على مرتب الزوجة " ، ص 278 ؛ عيسى صالح العمري ، أعمال المرأة الكسبية وأحكامها في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية ، مجلة إربد الأهلية ، ع 9 ، المملكة الهاشمية الأردنية ، ص 26 . ينظر في الموقع :

[http // www.arablawninfo.com /research_search.asp?validate=article&articleID=304](http://www.arablawninfo.com/research_search.asp?validate=article&articleID=304)

(4) محمد مصطفى شلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ص 429 ؛ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ، ص 793 ؛ محمد الزحيلي ، عمل المرأة خارج البيت وأثره في الخلافات الزوجية ، ص 21 .

(5) حكم رقم 83 / 49 ، صادر عن محكمة المشربة بتاريخ : 25 / 4 / 1983 ، ن ق ، ع 1 ، 1985 ، ص 105 نقلاً عن محمد .. محدة ، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية) ، ص 368 .

المطلب الثالث : حكم راتب الزوجة (مدى أحقية الزوج في راتب زوجته)

نجم عن دخول المرأة ميدان العمل الكثير من المشاكل بينها وبين زوجها بخصوص الراتب ، حيث إن المرأة ترى أن لها في الراتب الحق الكامل فيه⁽¹⁾ ؛ لأنه نتاج جهدها وكسبها الخاص ، ونظرا لتمتعها بالأهلية الكاملة ، والذمة المالية المستقلة ، فهذا يخول لها مطلق التصرف فيه ، وفي المقابل يرى الزوج أن له حقا في راتب زوجته ؛ لأنه هو الذي أذن لها في العمل من أجل رفع مستوى معيشة الأسرة .

ومن جهة أخرى أهل الزوجة يرون أن لهم الحق في راتب ابنتهم ؛ لأنهم أنفقوا على تربيتها وتعليمها ، ومن ثم فلهم الحق في ثمرة عملها⁽²⁾ .

من الناحية الفقهية فإنه لا خلاف بين الفقهاء في جواز إنفاق المرأة تطوعا على زوجها وأولادها⁽³⁾ ، بل يستحب ويندب لتظافر الأدلة على ذلك ، ولما دل عليه حديث زينب زوجة عبد الله بن مسعود - رضي الله عنهما - حين سألت النبي - ﷺ - عن حكم الإنفاق على زوجها وأيتام لها في حجرها ، هل يجزئ عنها أم لا ؟ فأجابها - ﷺ - بقوله : « نعم لها أجران ، أجر القرابة وأجر الصدقة »⁽⁴⁾ .

ولما في هذا العمل من تحقيق مبدأ التكافل الاجتماعي وتعميق أواصر المودة والمحبة ونشر روح التعاون داخل الأسرة .

ويندرج ضمن هذا مسألة إنفاق المرأة على والديها ، حيث يعتبر من باب الالتزام الأخلاقي الأدبي ، ولا يعتبر واجبا شرعيا ؛ إلا إذا كانا فقيرين بحاجة إلى المساعدة فهنا يتعين عليها إن كانت موسرة مساعدتهم ، ومن ثم فلا حق لأهل الزوجة في راتب ابنتهم بحجة أنهم أنفقوا على تربيتها وتعليمها ؛ لأن هذا الأمر واجب عليهم ، فلا ينتظرون من وراء ذلك جزاءً منهم .

(1) يلاحظ أنه من الناحية الواقعية يمكن التمييز بين ثلاث اتجاهات بخصوص راتب الزوجة . فالإتجاه الأول : نجد أن الزوج يستولي على كامل راتب زوجته من غير رضاها ، بحيث لا تحصل على شيء منه ، بل فيه بعض الأزواج لا يعمل ويعتمد كلية على راتب زوجته ، وواضح ما في هذا الإتجاه من حيف وظلم لا تفره قواعد الشرع والعقل . الإتجاه الثاني : زوجات يحتفظن بكامل رواتبهن ، وينفقن في الأمور الكمالية دون النفقات منها إلى حاجة الأسرة . الإتجاه الثالث : وهي الزوجة التي تعين زوجها ، وتتكاتف معه على مصلحة الأسرة . ينظر: عبد الناصر موسى أبو البصل ، الخلافات الزوجية حول إسهام المرأة العاملة في مالية الأسرة ، بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة 16 ، 2005 ، ص 2 ، 3 .

(2) محمد الزحيلي ، عمل المرأة خارج البيت وأثره في الخلافات الزوجية ، ص 23 .

(3) إن إنفاق الزوجة على أولادها يجب عليها في حالة عجز الأب ، وفي هذا يقول ابن قدامة : ((... إذا ثبت هذا فإن الأم تجب نفقتها ، ويجب عليها أن تنفق على ولدها إذا لم يكن له أب ... ، فإن أعسر وجبت النفقة على الأم ولم ترجع بها عليه إن أيسر ...)) . ينظر : ابن قدامة ، المغني ، ج 9 ، ص 256 ، 257 .

(4) سبق نخبه ، ص 34 .

إلى هذا الحد فلا إشكال فيه بين الفقهاء ، سواء القدامى أو المعاصرين ، وإنما الإشكال يكمن فيما أفرزه العصر حول مدى إمكانية إلزام الزوجة المشاركة في نفقات الأسرة بسبب خروجها إلى العمل وما أحدثه من تغير على مستوى الأسرة .

حيث يلحظ الناظر في الفتاوى والكتابات الفقهية الراهنة أن ثمة رأيين بارزين ترد إليهما جميع الآراء⁽¹⁾ ، وبيان ذلك كالاتي :

الرأي الأول : وهذا الرأي ذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين ، حيث يرى أصحاب هذا الفريق أن الزوجة لا يجوز شرعا إلزامها المساهمة في نفقات الأسرة ، ومن هؤلاء فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي ، والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ، وأيضا الدكتور محمد سيد أحمد المسير .

حيث يقول الدكتور يوسف القرضاوي : ” وليس 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 شرعا من واجب الزوج ... إنما المرأة تساعد زوجها في نفقة البيت تبرعا ، ومن باب مكارم الأخلاق ، وليس من باب الوجوب والإلزام ولو كانت غنية بميراث أو كسب⁽²⁾ ، لكنه يستحسن أن تسهم المرأة العاملة في نفقة البيت ، حيث يقول : ” ولكننا نستحسن أن تساهم المرأة العاملة في نفقة البيت ... وأقصى ما يمكن أن تساهم به المرأة في ذلك هو الثلث⁽³⁾ ، والثلثان على الزوج ، فكما أن الرجل يرث ضعفها من التركة فكذلك يجب أن يتحمل ضعفها من النفقة⁽⁴⁾ .

أما فضيلة الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي فيذهب إلى أن راتب الزوجة الموظفة يأخذ حكم مالها عموما من عدم حلية أخذ الزوج له ، وما يفعله الأزواج من الاستلاء على مرتبات زوجاتهم الموظفات كليا أو جزئيا هو عمل شائن ، غير مبرر شرعا ؛ لأن الزوج هو المكلف شرعا بالإنفاق عليها وعلى الأولاد ، وهذا الحكم ثابت مهما تغيرت حالتها بين الفقر والغنى ، أو كونها موظفة⁽⁵⁾ .

(1) هناك رأي يذهب إلى أنه ينبغي أن يفسح المجال للزوجين لتنظيم شؤونهما المالية ، سواء عن طريق الشروط في العقد ، أو عن طريق اتفاق لاحق ، وهناك رأي آخر يرى أن النفقات الضرورية حسب المعتاد يكلف بها الزوج ، والنفقات الزائدة عن الحد الضروري تكلف بها الزوجة إذا طلبتها ، وهذا الرأي خارج عن محل النزاع . ينظر : عبد الناصر موسى أبو البصل ، الخلافات الزوجية حول إسهام المرأة العاملة في مالية الأسرة ، ص 14 ، 16 .

(2) نقلا عن عبد الناصر موسى أبو البصل ، المرجع نفسه ، ص 11 .

(3) إن تحديد مساهمة الزوجة في الإنفاق بالثلث قياسا على الميراث لا يستقيم ؛ لأنه - حفظه الله - قد جعل الإنفاق من باب التطوع والاختيار ، والتطوع لا يقيد بمحد معين .

(4) عبد الناصر موسى أبو البصل ، الخلافات الزوجية حول إسهام المرأة في مالية الأسرة ، ص 12 .

(5) محمد سعيد رمضان البوطي ، المرأة بين طغيان النظام الغربي و لطائف التشريع الرباني ، ص 214 .

وأما الدكتور محمد سيد أحمد المسير فيقول إن : « الزوج في منطلق الإسلام هو المسؤول الأول عن التبعات المالية للأسرة ، وهو المطالب شرعا بالنفقة والكسوة والسكنى لزوجته وأولاده ... وهذه الحقوق المالية واجبة على الرجل لزوجته سواء كانت غنية أو فقيرة ، ولا تجبر الزوجة على ترك شيء منها إلا عن طيب نفس باختيار وبراءة مستقلة ... فإذا كان هذا هو حكم الشرع في حقوقها المالية قبل الرجل ، هل من المعقول بعد ذلك أن يكون للرجل في مال زوجته سواء أكان مرتبا أو عقارا تملكه أو غير ذلك ؟؟ »⁽¹⁾ .

فهذه النقول وغيرها تؤكد هذا المبدأ المتمثل في عدم مشروعية إلزام الزوجة المساهمة في النفقات الواجبة على الزوج سواء بمرتبها أو جزء منه ، أو بمال غيره .

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى عدة أدلة شرعية تلزم الزوج وحده تحمل مسؤولية الإنفاق ، ومن هذه الأدلة .

من القرآن الكريم **قَوْلَهُ تَعَالَى : ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكْفِ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا﴾ [الطلاق : 7] .**

قَوْلَهُ تَعَالَى : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء : 34] ، فظاهر من هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى قد أسند القوامة للرجال لما لهم من فضل الإنفاق على الأسرة .

ومن السنة النبوية قوله - ﷺ - : « اتقوا الله في النساء ، فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ... ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف »⁽²⁾ .

كما استندوا أيضا إلى مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجة⁽³⁾ ، حيث يعتبر المال الذي حصلت عليه الزوجة - طبقا لهذا المبدأ - ملكا خالصا لها ، لها مطلق التصرف فيه كباقي أموالها ، ولا حق للزوج فيه⁽⁴⁾ .

(1) مجلة الاقتصاد الإسلامي ، صادرة عن بنك دبي الإسلامي ، ع 276 ، ماي 2004 ، ص 149 ؛ نقلا عن قطب مصطفى سانو ، في نفقة الزوجة ومرتبها وعملها رؤية منهجية ، ص 13 .

(2) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الحج ، باب حجة النبي - ﷺ - ، حديث رقم 1218 ، ج 2 ، ص 889 .

(3) ينظر في تأصيل هذا المبدأ في الفصل التمهيدي ، ص 32 وما بعدها .

(4) عبد الناصر موسى أبو البصل ، الخلافات الزوجية حول إسهام المرأة العاملة في مالية الأسرة ، ص 12 ، 13 .



أما دليلهم في استحباب إنفاق الزوجة على أسرتها - في حدود التطوع - فهو حديث زوجة عبد الله بن مسعود السابق الذكر⁽¹⁾ ، والذي دل على أن دفع الزوجة الصدقة لزوجها وأولادها لها فيه أجران ، أجر القرينة وأجر الصدقة⁽²⁾ .

الرأي الثاني : يذهب إلى هذا الرأي بعض الباحثين المعاصرين⁽³⁾ ، حيث يرون أن خروج المرأة إلى العمل قد يتسبب في زيادة نفقات الأسرة ، كما ينتج عنه تقصير في حق الزوج والأولاد ، وعليه فتعويضاً لهذا ينبغي أن تلزم بالمساهمة بجزء من راتبها في نفقات الأسرة .

فهذا الرأي مبني على التقابل بين التفرغ والإنفاق ، أي أن الزوجة قد فوتت جزءاً من التفرغ ، وهو ما يسمى بالاحتباس الناقص⁽⁴⁾ .

(1) سبق تخرجه ، ص 34 .

(2) اختلف الفقهاء في جواز دفع الزوجة زكاة مالها لزوجها إذا كان من أصحاب الأسهم ، فذهب أبو حنيفة وقول عند المالكية والراجح عند الحنابلة إلى عدم الجواز بناء على أن الزوجة تنتفع بما دفعته إلى زوجها من عود المال إليها عن طريق الإنفاق ، وذهب صاحبان والشافعية ورواية عند الحنابلة والظاهرية والإباضية إلى جواز ذلك ، وهو الرأي الذي رجحه ابن العربي من المالكية ، وقد استندوا في هذا على حديث امرأة عبد الله بن مسعود ، وذهب المالكية في قول إلى الجواز مع الكراهة . ينظر في هذا : الكاساني ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 40 ؛ ابن العربي ، أحكام القرآن ، تحقيق علي محمد الجاوي ، دار إحياء الكتب العربية ، مصر ، ص 1 ، 1957 ، ج 2 ، ص 960 ؛ الخرشبي ، الخرشبي ، علي مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، ص 2 ، ص 221 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ، ص 108 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 2 ، ص 513 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 6 ، ص 152 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 3 ، ص 226 .

(3) من هؤلاء فضيلة الدكتور أحمد يوسف سليمان ، حيث يقول : ((... أسرة المرأة العاملة لها الحق في راتبها ، حيث أهملت بعض واجباتها الأسرية ، وتسببت بخروجها إلى العمل في زيادة الأعباء المادية على الزوج ... لقد خرجت المرأة الآن للعمل بإذن زوجها الصريح أو الضمني ، ورضي الزوج بانتقاص بعض حقه في قرارها في بيته مقابل حصولها على المال من عمل مشروع لتساهم به في تخفيف أعباء الحياة على زوجها وأولادها)) ، ينظر : مجلة الإقتصاد الإسلامي ، ص 150 ، نقلا عن قطب مصطفى سانو ، في نفقة الزوجة ومرتبها وعملها رؤية منهجية ، ص 14 . ومن هؤلاء أيضا فضيلة الدكتور أحمد الخليلي ، حيث يصرح بإلزام المرأة العاملة المساهمة في الإنفاق ، فيقول : ((الواقع إن العدل والمنطق يفرضان إلزام الزوج بالنفقة كمبدأ ولكن دون إغفال الواقع الذي توجد فيه أوضاع تجعل الزوجة كذلك ملزمة بالمساهمة في نفقة البيت الزوجي ، ويتعلق الأمر خاصة بحالات ممارستها لعمل مأجور أو مهنة ، حيث تصرف جزءاً مهماً من وقتها في العمل أو المهنة التي تدر عليها الدخل ، صحيح أنه في أغلب الحالات العملية تقوم الزوجة فعلاً بالمساهمة في الإنفاق وأحياناً تتحمل النفقة كلها ، وقد تمارس أعمالاً شاقة ومهينة لتوفير هذه النفقة ، غير أنه مع ذلك ينبغي أن يتدخل القانون بالنص الإلزامي)) ، ينظر : أحمد الخليلي ، الأسرة بين التنظير والواقع ، مجلة العربية للفقهاء والقضاء ، صادرة عن الأمانة العامة لجامعة الدول العربية (مجلس زاء العدل العرب) ، ع 18 ، 1997 ، نقلا عن رعد مقداد محمود الحمداني ، النظام المالي بين الزوجين ، ص 133 .

(4) عبد الناصر موسى أبو البصل ، الخلافات الزوجية حول إسهام المرأة العاملة في مالية الأسرة ، ص 13 ، 14 ؛ قطب مصطفى سانو ، في نفقة الزوجة ومرتبها وعملها رؤية منهجية ، ص 14 ، 15 .



كما أن هذا الرأي قد استند أيضا إلى ما يحدثه خروج المرأة إلى العمل من تقصير في أداء واجباتها نحو الأسرة ، الشيء الذي ينجم عنه زيادة في الأعباء المالية ، ولهذا فالمنطق والعدل يقتضي أن تسهم في هذه الأعباء⁽¹⁾ .

والناظر في هذا الرأي (الثاني) يلحظ عليه افتقاره إلى المستند الشرعي المؤسس عليه ، بل يتعارض مع مقررات الشرع ، ومع ما هو ثابت بالكتاب والسنة من إلزام الزوج وحده مسؤولية الإنفاق ، حيث إن ارتكازهم على ما يؤدي إليه خروج المرأة إلى العمل من زيادة في نفقات الأسرة ، لا يصلح كدليل لتبرير الإلزام ؛ لأنه خارج عن محل النزاع ، إذا النزاع يدور حول النفقات الواجبة ، أما النفقات المستحبة ، أو الزائدة من الحد الواجب فليست بواجبة على الزوج ، فالزوج شرعا مطالب بتوفير الطعام والكسوة والعلاج والمسكن⁽²⁾ ، أما ما عدا هذه العناصر فلا يكلف بها الزوج شرعا ، ومن ثم فخروج المرأة إلى العمل لا يترتب عليه زيادة في الأعباء المالية⁽³⁾ ؛ حتى يجعل مستندا لإلزامها المساهمة بجزء من راتبها في الإنفاق ، أما دعوى تقصير المرأة العاملة في واجباتها اتجاه أسرتها ، أو ما يعبر عنه بالاحتباس الناقص ، فهذا أيضا لا يصلح كدليل لتبرير الإلزام ؛ لأن الزوج هو الذي رضي بهذا ، إذ كان عليه توضيح موقفه منذ البداية ، وذلك بالتفاهم حول مصير الراتب الزوجي ، أو أن يلجأ إلى إيقاف زوجته من العمل في الحالة التي يحق له فيها ذلك .

وتأسيسا على هذا ، فينبغي أميل إلى اختيار النظر الأول الذي يرى عدم شرعية إلزام الزوجة العاملة بالمساهمة في النفقة ، لقوة أدلته ولتمشييه مع مقررات الشرع ، وهذا ما أكدته قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة ، حيث جاء فيه : «

- لا يجب على الزوجة شرعا المشاركة في النفقات الواجبة على الزوج ابتداء ، ولا يجوز إلزامها بذلك .
- تطوع الزوجة بالمشاركة في نفقات الأسرة أمر مندوب إليه شرعا ، لما يترتب عليه من تحقيق معنى التعاون والتآزر والتآلف بين الزوجين «⁽⁴⁾ .

وإذا كان إلزام الزوجة العاملة بالمشاركة في نفقات الأسرة لا يجوز شرعا ، فمن باب أولى استثناء الزوج على راتب زوجته كله أو بعضه لاستعماله في أغراضه الشخصية ؛ لأن الراتب حق خالص لها ، إذ هو مقابل جهدها ، ومن ثم فلا سلطان للزوج عليه ، ولأن « الزوجية ليست طريقا شرعيا لملك الزوج أموال زوجته والتسلط عليها »⁽⁵⁾ ،

(1) عبد الناصر موسى أبو البصل ، المرجع السابق ، ص 14 .

(2) سيأتي في المبحث الأول من الفصل الثاني الحديث عن مشتعلات النفقة الزوجية .

(3) جاء في القرار 144 (2 / 16) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة ، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدي بتاريخ : 9 - 14 أبريل 2005 ما يأتي : « إذا ترتب على خروج الزوجة للعمل نفقات إضافية تخصها فإنها تتحمل تلك النفقات » ، ينظر في هذا موقع المجمع : www.Fiqhacademy.org .

(4) قرار 144 (2 / 16) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة ، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدي بتاريخ : 9 - 14 أبريل 2005 . ينظر الموقع : www.Fiqhacademy.org

(5) عبد اللطيف محمود آل محمود ، اختلافات الزوج والزوجة الموظفة ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة 16 ، مايو 2005 ، ص 24 .

وعلى هذا فإن ما يفعله بعض الأزواج - في واقع الناس - من الاستلاء على كامل مرتبات زوجاتهم هو عمل

مشين محرم ، إذ يعد من باب أكل أموال الناس بالباطل ، وهو داخل في الوعيد الوارد في قوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا

الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٣٠﴾ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا

فَسَوْفَ نُصَلِّيه نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا ﴿٣١﴾ [النساء : 29 - 30] .

هذا وإن الأخذ بالرأي الأول - الذي يرى عدم مشروعية إلزام الزوجة العاملة المساهمة في النفقة - كقاعدة عامة منوط بعدم وجود اتفاق أو شرط أثناء العقد ، أو لا حق له يحدد مصير الراتب ، كاشتراطها أن يكون الراتب لها ، أو اشترط هو أثناء الموافقة على عملها أن تعطيه جزءاً من راتبها ورضيت بذلك⁽¹⁾ ، أو أن تسهم معه في النفقة ، ففي هذه الحالة الحكم يخضع لما اتفقا عليه ، طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ولقوله - ﷺ - : « المسلمون عند شروطهم »⁽²⁾ ، ويعتبر هذا الإجراء من أمثل الطرق في التفاهم بين الزوجين لما فيه من الحفاظ على أواصر الأسرة ، وتحقيق التعاون والسكن والمودة وغلغلق منافذ الشيطان ووساوسه⁽³⁾ .

وينبغي هنا ملاحظة أن التشريع الإسلامي لا يقوم مبناه على مجرد الصرامة في القانون ، وإنما يترك للتسامح والإحسان مجاله - أو إن صح التعبير القاعدة الأخلاقية - ، ولذلك يستوجب على المرأة أن تعين زوجها في نفقات تسيير الأسرة انطلاقاً من مبدأ المودة والرحمة ، واقتداء بالسيدة زينب زوج ابن مسعود رضي الله عنهما ، حين كانت تنفق على زوجها وأيتامها - كما سبق ذكر ذلك - ولأن هذا عمل صالح وفيه أجر كبير مصداقاً

﴿ وَمَنْ يَعْمَلْ مِنْ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ

الْجَنَّةَ وَلَا يُظَلَّمُونَ نَقِيرًا ﴿١٢٤﴾ [النساء : 124] .

(1) لم يجز مجمع الفقه الإسلامي ربط الإذن أو الاشتراط للزوجة بالعمل خارج البيت مقابل الاشتراك في النفقات الواجبة على الزوج ابتداء ، أو إعطائه جزء من راتبها وكسبها ، ينظر : www.Fiqhacademy.org . ولا أدري لما منع هذا مع أن الأمر خاضع لسلطان الإرادة العقدية ، فكما تنازل هو عن حقه في الاحتباس الكامل ، تنازلت هي عن جزء من راتبها ، أو مقابل الاشتراك في الاتفاق عن طريق الرضا والتفاهم ، فما المانع ؟ .

(2) سبق ترجمته ، ص 77 .

(3) محمد الزحيلي ، عمل المرأة خارج البيت وأثره في الخلافات الزوجية ، ص 28 ؛ عيسى صالح العمري ، أعمال المرأة الكسبية وأحكامها في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، ص 39 .

هذا وقد تبني المشرع الجزائري في قانون الأسرة رأي جمهور العلماء الذي يرى عدم مشروعية إلزام الزوجة المساهمة في النفقة عكس بعض التشريعات⁽¹⁾، حيث لم يورد في المواد المنظمة للنفقة أي مادة تشير إلى ذلك، لا في القانونة القديم ولا في التعديل الذي أدخل عليه، بل ألقى مسؤولية الإنفاق على عاتق الزوج وحده، ربما الشيء الذي أورده هو إلزام الزوجة القادرة بالإنفاق على أولادها في حالة عجز الأب⁽²⁾، وهذه المسألة لا تخرج عن حدود الفقه، وعلى هذا فلا يحق له أن يمس مالها بالاستلاء عليه كلاً أو بعضاً، ولا أن يجبرها على الإنفاق معه، إلا إذا تبرعت له بذلك أو وهبته أو أقرضته، وهذا ما تقضي به أحكام المادة 37 / ف 1 التي حلت محل المادة 38 من القانون القديم⁽³⁾، حيث جاء فيها: « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر »⁽⁴⁾.

وهذا كله طالما لم يكن هناك شرط، فإن كان هناك شرط بأن اشترط عليها مثلاً عند الموافقة على عملها أن تعطيه جزءاً من راتبها على سبيل المساهمة في نفقات الأسرة، فإنها تلزم بذلك طبقاً لنص المادة 19 من ق. أ.

وإن أرادت أن تجعل راتبها من قبيل الأموال المشتركة بينها وبين زوجها فلها ذلك شريطة أن يتم ذلك في عقد رسمي أمام الموثق، فتفاديا لمشكلة الإثبات وحماية للحقوق من الضياع، وهذا ما نصت عليه المادة 37/2، حيث 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 منهما ».

⁽¹⁾ من هذه التشريعات التشريع التونسي، حيث نص في الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: « على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ويحسن عشرتها ويتجنب إلحاق الضرر بها وأن ينفق عليها وعلى أولاده منها على قدر حاله وحالها في عامة الشؤون المشمولة في حقيقة النفقة، والزوجة تساهم في الإنفاق على العائلة إن كان لها مال، وعلى الزوجة أن ترعى زوجها باعتباره رئيس العائلة وتطيعه فيما يأمرها به في هذه الحقوق وتقوم بواجباتها الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة»، وإذا كانت هذه المادة ليست صريحة في الإلزام، فإن قانون الأحوال الشخصية الصومالي في المادة 31 قد نص على الإلزام صراحة، حيث جاء فيها: « يساهم كل من الزوج والزوجة في تكاليف الحياة الزوجية بالنسبة لدخل كل منهما وفي حالة عدم قدرة أحدهما على المساهمة يلتزم الآخر بتحمل أعباء وتكاليف الحياة الزوجية ». أما التشريع الفرنسي فالأصل فيه اشتراك الزوجين في الإنفاق، حيث إن نفقة دار الزوجية تعتبر من قبيل الأموال ذات الملكية المشتركة، وهذا ما تقضي به المادة 1409 من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها: « الملكية المشتركة تتألف سلبياً من: النفقات المعيشية المستحقة من قبل الزوجين، والديون المستندة من طرفهما لأجل صيانة المنزل وتعليم الأطفال ». أما إذا كان النظام المالي المتبع هو نظام الفصل، فإن الزوجين يساهمان في أعباء الحياة الزوجية وفقاً لما تنص عليه المشاركة الزوجية (العقد المالي)، المادة (1537)، فإن لم يتضمن ذلك كان عليهما الإسهام حسب قدراتهما الشخصية (نص المادة 214). ينظر في هذا: رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين، ص 155،

116. وينظر في مواد القانون المدني الفرنسي: www.Legifrance.gouv.fr

⁽²⁾ المادة 76 من القانون رقم 84 - 11، جاء فيها: « في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ».

⁽³⁾ المادة 38 من القانون رقم 84 - 11، جاء فيها: « للزوجة الحق في: 1- زيارة أهلها من المحارم واستضافته بالمعروف.

2- التصرف في مالها ».

⁽⁴⁾ القانون رقم 05 - 09 المتضمن تعديل قانون الأسرة رقم 84 - 11.



الفصل الثاني

المصادر الناتجة عن عقدة النكاح

ينتج عن عقدة النكاح حقوق هي بمثابة مصادر للذمة المالية للزوجة ، وهذه الحقوق منها ما تنشأ متحركة ابتداء بوجود النكاح ، ومنها ما تحتاج إلى واقعة معينة لكي تتحرك ، ولهذا سأقسم هذا الفصل وفق هذا المنهج إلى مبحثين :

المبحث الأول : الحقوق المتحركة ابتداء .

المبحث الثاني : الحقوق المتحركة انتهاء .



المبحث الأول

الحقوق المتحركة ابتداء .

يقصد بالحقوق المتحركة ابتداء ، الحقوق التي تنشأ متحركة بمجرد وجود عقدة النكاح ، ولا تحتاج إلى واقعة معينة لكي تفعلها ، وهذه الحقوق تعتبر من أهم مصادر الذمة المالية للزوجة ، وتمثل في حقين اثنين هما : حق المهر ، وحق النفقة الزوجية .
وسأحاول في هذا المبحث التطرق إلى أهم أحكام هذين الحقين ، ولذلك قسمت هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : حق المهر (الصداق) .

المطلب الثاني : النفقة الزوجية .



المطلب الأول : حق المهر (الصداق) :

يعتبر المهر أحد الحقوق المالية التي يرتبها الشارع على الزواج ، وهو تحلة يقدمها الزوج لزوجته إعلاناً عن رغبته وصدق نيته في الارتباط ، وهو من النظام الشرعي العام (أو ما يعرف عند الفقهاء بحق الله⁽¹⁾) ، حيث لا يجوز الاتفاق على إسقاطه من العقد ، أو خلوه النكاح منه .

والمهر له أحكام عديدة ومتشعبة، يصعب الإحاطة بجميعها في هذا المطلب، لذلك سأقتصر على أهم العناصر التي لها صلة بموضوع البحث، وذلك كالآتي:

الفرع الأول : موجبات كامل المهر ومؤكداته :

البند الأول : في الفقه الإسلامي : لا خلاف بين الفقهاء في أن المهر لا يثبت ملكه بالعقد ثبوتاً مستقراً ، ولذلك فهو يحتاج إلى مؤكدات ، غير أنهم اختلفوا في جملة هذه المؤكدات ، فبعضها كان محل اتفاق ، والبعض الآخر كان موضع اختلاف ، وفي ما يأتي بيان ذلك .

الفقرة الأولى : الدخول : اتفق الفقهاء⁽²⁾ على أنه إذا تم الدخول بعد العقد وجب كامل المهر ، ودليل ذلك قوله

﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء:24] ، وقوله ﴿وَإِنْ

أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا

أَتَاخُذُونَهُ بِهِ هَتْنَا وَإِنَّمَا مِيبِنَا﴾ [النساء : 20] ، وفي آية أخرى : ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ

أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة : 237] . فالآية الأولى دلت على

أن الوطء موجب لكامل المهر ، أما الآية الثانية فدللت على أنه لا يحل أخذ المهر مهما كانت قيمته ؛ لأنه قد استقر كاملاً بمجرد الدخول والإفشاء ، أما الآية الثالثة فدللت بمفهوم المخالفة أنه إذا تم الدخول وجب كامل المهر⁽³⁾

(1) ذكرت الباحثة سهام صقر أن قول الفقهاء بأن المهر حق الله ابتداءً فيه تشبيه للخالقي - سبحانه - بالمخلوق ، وهذا الكلام مما يستنزه عنه الفقهاء - رحمهم الله - ، إذ جعلهم الشيء حقاً لله إنما لعظمه وخطره ، وهذه النسبة ليست نسبة مادية بقدر ما تعبر عن كون هذا الشيء من النظام الشرعي العام ، الذي لا يجوز الاتفاق على إسقاطه . سهام صقر ، أحكام الصداق في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية ، رسالة ماجستير (غير منشورة) ، إشراف سلمان نصر ، قسم الفقه وأصوله ، جامعة الأمير عبد القادر ، قسنطينة ، 1999 ، ص 53 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 2 ، ص 291 ؛ القاضي عبد الوهاب ، التلقين ، تحقيق ودراسة محمد سعيد ثالث الغاني ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت ، 1995 ، ص 290 ؛ الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 57 ؛ أبو البركات ، المحرر في الفقه ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ط 2 ، 1984 ، ج 2 ، ص 35 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 482 ؛ الجنائري ، كتاب النكاح في الفقه الإباضي ، ص 89 ، 183 .

(3) نصر سلمان ، أحكام الصداق ، مجلة المعيار ، كلية أصول الدين ، جامعة الأمير عبد القادر ، قسنطينة ، ع 9 ، 2004 ، ص 54 .



الفقرة الثانية : الوفاة : تعتبر الوفاة إحدى مؤكدات كامل المهر المسمى باتفاق⁽¹⁾ ، أما التي لم يسم لها ، والتي تعرف بالمفوضة ، فقد اختلفوا فيها ، فذهب الحنفية والشافعية في قول والحنابلة والظاهرية ورواية مرجوحة في المذهب الإباضي إلى أنه يثبت لها مهر المثل⁽²⁾ ، عملاً بحديث " عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- حين سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات ، فقال ابن مسعود : لها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط ، وعليها العدة ، ولها الميراث ، فقام معقل بن سنان الأشجعي ، فقال : قضى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في بروع بنت واشق امرأة منا مثل الذي قضيت ، ففرح بها ابن مسعود"⁽³⁾.

وذهب المالكية والشافعية في قول والإباضية في القول الصحيح إلى أنه لا مهر لها ولها الميراث ، واستندوا في ذلك لما ورد من " أن ابنة عبيد الله بن عمر كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر ، فمات ولم يدخل بها ولم يسم لها صداقاً ، فأبتغت أمها صداقها ، فقال عبد الله بن عمر ليس لها صداق ، ولو كان لها صداق لم نمسكه ولم نظلمها ، فأبت أمها أن تقبل ذلك ، فجعلوا بينهم زيد بن ثابت فقضى أن لا صداق لها ولها الميراث"⁽⁴⁾. والرأي الذي أرجحه هو الأول للأسباب الآتية :

1- دليل الفريق الثاني لا يعدو أن يكون قول صحابي ، في مقابل دليل الرأي الأول وهو قول النبي -صلى الله عليه وسلم- والحجة في قول النبي -صلى الله عليه وسلم- .

2- الطعن الذي وجه لحديث بروع من كونه روي في المدينة وأنكره ابن عباس وعمر وعلي ، وأيضا الاختلاف في راويه فمرة معقل بن سنان ، ومرة معقل بن يسار ، ومرة أخرى ناس من أشجع ، فهذا الطعن لا يوهنه ؛ لأن : « جهل أهل المدينة به لا يضر ، فلكل بلد زمرة من أصحاب النبي -صلى الله عليه وسلم- بلغت ما كان عندها...فقال هذه سنة تفرد أهل المدينة ، وهذه سنة تفرد بها أهل الكوفة...وأما الاختلاف في رواية ما ، لا يضر بعد معرفة عينه ، وأن الصحابة الأبحار الكبار قد اختلف في أسمائهم كأبي ذر وأبي هريرة وغيرهما ، فلم يقدر ذلك في روايتهم ، وأما الذي روي عن علي فلم يصح ولو كان صحيحاً ما أثر فيه ؛ لأن الرواة قد ذكروا عن عمر أنه رد حديث فاطمة بنت قيس ، وهو مشهور قد رد به أهل الرضا وعمل به أهل العلم"⁽⁵⁾.

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج2 ، ص294 ؛ ابن جزوي ، القوانين الفقهية ، ص153 ؛ الشيرازي ، المهذب ، ج2 ، ص5 ؛ أبو البركات ، المحرر في الفقه ، ج2 ، ص35 ، ابن حزم ، المحلى ، ج9 ، ص281 ؛ الجنائني ، كتاب النكاح في الفقه الإباضي ، ص90 .

(2) الكاساني ، المصدر السابق ، ج2 ، ص295 ؛ الشيرازي ، المصدر السابق ، ج2 ، ص60 ؛ ابن قدامة ، مصدر سابق ، ج8 ، ص58 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج9 ، ص481 ؛ الجنائني ، المصدر السابق ، ص87 ، 88 .

(3) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب النكاح ، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات ، ج1 ، ص488 ، و الترمذي في سننه ، أبواب النكاح ، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ، حديث رقم 1154 ، ج2 ، ص306 ، واللفظ له ، قال فيه أنه حديث حسن صحيح ، و النسائي في المجتبى ، كتاب النكاح ، باب التزوج بغير صداق ، ج6 ، ص121 وما بعدها ، كتاب الطلاق ، باب عدة المتوفى عنها زوجها قبل أن يدخل بها ، ج6 ، ص198 ، و ابن ماجه في سننه ، كتاب النكاح ، باب الرجل يتزوج ولا يفرض ، حديث رقم 1891 ، ج1 ، ص609 .

(4) رواه مالك في الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الصداق والحباء ، حديث رقم 1109 ، ص357 .

(5) ابن العربي ، عارضة الأحوذى ، المطبعة المصرية بالأزهر ، ط1 ، 1931 ، ج5 ، ص86 .



هذا إذا كانت الوفاة طبيعية ، أما إن قتلت المرأة زوجها فمهرها يسقط عند المالكية والشافعية⁽¹⁾ معاملة لها بنقيض مقصودها ، ولقلا يكون ذريعة لقتل النساء أزواجهن . وهذا الرأي وجيه حتى لا تغدو الجرائم سببا للنعم⁽²⁾ .

الفقرة الثالثة : الخلوة : يقصد بالخلوة أو ما تعرف بخلوة الاهتداء : أن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه دخول الغير عليهما⁽³⁾ ، مما يجعل احتمال الاتصال بينهما قائما ؛ لهذا السبب اختلف الفقه بشأن هذه المسألة إلى رأيين : **الرأي الأول :** حيث اعتبر أصحاب هذا الرأي أن الخلوة المجردة موجبة لكامل المهر ، ولو اتفقا على عدم الوطاء ، ومن قال بهذا الرأي الحنفية والحنابلة والإباضية⁽⁴⁾ .

وقد استندوا في ذلك على أدلة من القرآن وأخرى من السنة والإجماع ، فمن القرآن **قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿وَأِنْ**

أَرَدْتُمْ أَسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ
أَتَأْخُذُونَ بِهِتْنَا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ **وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ**
وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾ [النساء: 20] .

والدليل في هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى: ” نهي الزوج عن أخذ شيء مما ساق إليها من المهر عند الطلاق وأبان عن معنى النهي لوجود الخلوة ، كذا قال الفراء⁽⁵⁾ أن الإفضاء هو الخلوة دخل بها أو لم يدخل ، لأن الإفضاء مأخوذ من الفضاء من الأرض ، وهو الموضع الذي لا نبات فيه ولا بناء فيه ولا حاجز يمنع عن إدراك ما فيه ، فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه ، وهي التي لا حائل فيها ولا مانع من الاستمتاع “⁽⁶⁾ .

(1) الصاوي ، بلغة السالك ، ج1 ، ص384 ؛ الشرقاوي ، حاشية الشرقاوي ، ج2 ، ص266 ، نقلا عن محمد محدة ، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية) ، دار شهاب ، باتنة ، ط2 ، 1994 ، ص273 .

(2) محمد محدة ، المرجع نفسه ، ص273 .

(3) عبد الرحمان الصابوني ، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام ، 93 .

(4) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج2 ، ص291 ؛ علاء الدين الحصكفي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج1 ، ص261 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج8 ، ص61 ؛ الجنائني ، كتاب النكاح في الفقه الإباضي ، ص183 ، 184 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج6 ، ص435 . هذا وإن لم يقع مس حقيقة فلا يلزمه عندهم - الإباضية - الصداق كاملا ديانة ويلزمه قضاء ، وأيضا إن صرحت بعدم المس فلا يلزمه الصداق كاملا .

(5) هو يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الديلمي المعروف بالفراء ، المولود عام 144هـ ، والمتوفى عام 207هـ ، من علماء النحو واللغة وفنون الأدب ، صاحب كتاب : معاني القرآن . ينظر : ابن خلكان ، وفيات الأعيان ، دار صادر ، بيروت ، دط ، دت ، ج6 ، ص176 وما بعدها . وليس كما ترجمت له الباحثة سهام صقر (أحكام الصداق في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية ، هامش (1) ص141) من أنه أبو محمد الحسين بن محمد البغوي الشافعي المتوفى عام 510هـ ، صاحب لباب التأويل .

(6) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج2 ، ص292 . وقد جاء في معاني القرآن أن : ” الإفضاء أن يخلو بها وإن لم يجامعها “ . الفراء ، معاني القرآن ، تحقيق أحمد يوسف نجاتي ، محمد علي النجار ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، القاهرة ، دط ، دت ، ج1 ، ص259 .

أما من السنة فنجد قوله - ﷺ - « من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل »⁽¹⁾ ، وهو نص في هذا الباب .

أيضا ما روي عن أبي زرارة بن أوفى أنه قال : « قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا وأرخص سترها فقد وجب الصداق والعدة »⁽²⁾ ، وقضاؤهم سنة فوجب المصير إلى هذا . أما من الإجماع فقد أجمع الصحابة من الخلفاء الراشدين وغيرهم على اعتبار الخلوة موجبة لكامل المهر⁽³⁾ .

الرأي الثاني : وبه قال المالكية والشافعية والظاهرية ، حيث اعتبروا أن الخلوة المجردة غير موجبة لكامل المهر⁽⁴⁾ ، غير أن المالكية استثنوا من هذا ما لو ادعى أحدهم الإصابة ، حيث أعطوا اليد لمدعيها في كمال المهر⁽⁵⁾ .

واستندوا في ذلك إلى أدلة منها : **قَوْلُهُ بَعْضُهَا** : **﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾** [البقرة: 237] ، والمراد بالمسيس في هذه الآية هو الوطء لمعنيين :

الأول : أنه مروى عن ترجمان القرآن ابن عباس -رضي الله عنه- حيث قال : " اللمس والمس والمباشرة إلى الجماع ، ولكن الله كنى عنه " ⁽⁶⁾ .

الثاني : أن المسيس كناية لما يستقبح ذكره ، والخلوة ليست مستقبحة حتى يكتفي عنها⁽⁷⁾ .

أيضا استدلوا **بِقَوْلِهِ بَعْضُهَا** : **﴿وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾** [النساء : 20] . حيث حملوا مصطلح "الإفشاء"⁽⁸⁾ على معنى الجماع ، وهو المروي عن ابن عباس ، إذ أصل الإفشاء في اللغة المخالطة⁽⁹⁾ .

(1) أخرجه البيهقي في سننه ، كتاب الصداق ، باب من قال من أغلق بابا أو أرخص سترها فقد وجب الصداق ، ج7 ، ص256 . قال عنه أنه حديث منقطع ، وبعض رواته غير محتج به .

(2) رواه البيهقي في السنن ، كتاب الصداق ، باب من قال من أغلق بابا أو أرخص سترها فقد وجب الصداق ، ج7 ، ص255 ، 256 . قال عنه أنه مرسل ؛ لأن زرارة لم يدر كهم .

(3) الكاساني ، مصدر سابق ، ج2 ، ص292 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج8 ، ص62 .

(4) ابن جزئي ، القوانين الفقهية ، ص153 ؛ الماوردي ، الحاوي الكبير ، حققه وخرج أحاديثه محمود مطرجي ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، 1994 ، ج12 ، ص173 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج9 ، ص482 .

(5) الباجي ، المنتقى ، ج3 ، ص292 ؛ ابن جزئي ، المصدر السابق ، ص153 .

(6) أخرجه البيهقي في سننه ، كتاب العدد ، باب لا عدة على التي لم يدخل بها زوجها ، ج7 ، ص425 .

(7) الماوردي ، المصدر السابق ، ج12 ، ص175 .

(8) مصطلح الإفشاء هو مصطلح مشكل (وليس مجملا ، كما ذكرت الباحثة سهام صقر ، مرجع سابق ، ص147) ؛ لأن اللفظ المحمل لا يدرك إلا ببيان من المخاطب ، أما المشكل فهو ما خفي المراد منه بسبب يرجع لنفس اللفظ ، ولا يزال إلا بالاجتهاد عن طريق القرائن والأدلة . وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، ج1 ، ص338 ، 340 .

(9) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج5 ، ص102 ؛ ابن عطية ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، تحقيق عبد السلام عبيد الشناني محمد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1993 ، ج2 ، ص30 .

وقد ذكر هذا المعنى عن الزجاج وابن قتيبة، ومن ثم فقول الفراء محجوج⁽¹⁾.

هذه مجمل الأدلة التي ذكرها الفريقان ، ويظهر منها أن الأصل الموجب لكامل المهر إنما هو الدخول ، وهذا لاختلاف فيه بين الفقهاء ، أما الخلوة فالذين قالوا بها إنما كان على سبيل الاحتياط ، غير أن هذا الإجراء قد يؤدي بذوي النيات السيئة إلى استغلال الناس وابتزازهم ، خصوصا في عصرنا الذي كثر فيه الاختلاء بسبب طول المدة بين العقد والبناء ، وتفاديا لهذا الأمر ، ومحاولة للتوفيق بين الرأيين من جهة أخرى ، جنحت الدراسة إلى اختيار رأي فيه هذه الغاية ، وهو الرأي الذي تبناه مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري ، الذي وضعته لجنة برئاسة الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله ، مفاد هذا الرأي اعتبار المهر لا يكمل إلا بالدخول (الوطاء) ، ويعتبر الزفاف أو (ليلة البناء) دليلا على الدخول لا يقبل إثبات العكس إلا بإقرار من يدعيه أو بقاء الزوجة بكرًا⁽²⁾ .

إضافة إلى هذه المؤكدات ، فقد انفرد المالكية عن جمهور الفقهاء بمؤكد نزلوه منزلة الدخول ، وهو مكوث الزوجة ببيت الزوجية مدة سنة ، إن كانت بالغة مطيقة ، حيث جاء في الشرح الصغير : ” (وتكمل) الصداق المسمى أو صداق المثل (بوطء وإن حرم)... (و) بسبب (إقامة سنة) ببيت الزوج ولو لم يطأها ولا تلذذ بها (إن بلغ وأطاقت) “⁽³⁾ .

البند الثاني : موقف قانون الأسرة الجزائري :

تناول قانون الأسرة الجزائري النص على مؤكدات كامل المهر في المادة 16 (قانون 84-11) ، والتي جاء فيها : ” تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول ، أو بوفاة الزوج ، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول . “
فالمؤكد الأول الذي تضمنته المادة وهو الدخول ينبغي أن يكون بعد العقد الشرعي ؛ حتى ينتج أثره ، لأن ما يحصل قبل العقد ماهو إلا عمل غير شرعي⁽⁴⁾ . أما المؤكد الثاني وهو الوفاة ، فالمشرع قد تبني رأي الجمهور في ثبوت كامل المهر بالوفاة ، سواء أكان مسمى ، أم غير مسمى (حالة المفوضة) ، لورود المادة بلفظ عام ، والعام كما هو معلوم من قواعد تفسير النصوص أنه ينسحب على جميع أفرادها ، إلا إذا ورد مخصص ، ولا مخصص هنا . وأما الخلوة فقد سكت ، محيلا بذلك إلى الفقه الإسلامي حسب نص المادة 222 .

هذا وإن الناظر في اجتهادات المحكمة العليا يلحظ أنها استقرت على اعتبار الخلوة كأحد مؤكدات المهر ، أخذًا برأي الحنفية والحنابلة ، من هذه القرارات : ” من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى . “⁽⁵⁾ ، أيضا : ” من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في

(1) الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج12، ص176.

(2) مصطفى الزرقا وآخرون ، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري ، دار القلم ، دمشق ، ط1، 1996، ص78.

(3) الدردير ، الشرح الصغير (بمامش بلغة السالك) ، مطبعة مصطفى بابي الحلبي ، مصر ، دط ، 1340هـ ، ج 1، ص383.

(4) غ . أ . ش بالمحكمة العليا ، قرار رقم 34046 الصادر في : 19/11/1984، م ق ، ع1، 1990، ص67 .

(5) غ . أ . ش بالمحكمة العليا ، قرار رقم 35107 الصادر في : 19/11/1984، م ق ، ع7، 1990، ص55 .

بيته وعلق بابه عليها وهو الذي يعبر عنه شرعا " بإرخاء الستور" أو " خلوة الاهتداء" يعتبر دخولا فعليا يترتب عليه جميع الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها . ومن المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطاء⁽¹⁾.

فهذان القراران يوضحان بجلاء مسلك القضاء في اعتبار الخلوة أحد موجبات كامل المهر . واعتبار الخلوة كذلك يقتضي أن التنازع في الوطاء مع التسليم بالخلوة لا معنى له ولا ثمرة ، كما قال ذلك ابن عابدين⁽²⁾ ، غير أنه صدر من المحكمة العليا قرار جاء فيه : " من المقرر شرعا أن إثبات أو نفي ادعاء الزوج عدم المساس وادعاء الزوجة المسيس يوم الدخول بها يكون فيه الحكم القول قولها يمينها إن حلفت استحققت الصداق كاملا...⁽³⁾ . وهذا القرار وإن كان قد أخذ برأي المالكية إلا أنه يتعارض مع القرارات السابقة التي تقتضي باعتبار الخلوة أحد موجبات كامل المهر .

الفرع الثاني : التنازع في المهر :

كثيرا ما يحدث بين الزوجين نزاع حول المهر ، لما في النفوس من حب المال والشح عليه ﴿ وَأُحْضِرَتِ

الْأَنْفُسُ الشُّحَّ ﴾ [النساء : 128] ، وهذا النزاع في مجمله لا يخرج عن الصور الآتية : التنازع في أصل التسمية وفي المقدار ، التنازع الجنس ، التنازع في القبض . وقد استنبط الفقهاء قواعد - على خلاف بينهم - لحل هذا الخلاف ، وهذا ما سأحاول توضيحه ابتداء بالفقهاء الإسلامي ، ثم بيان موقف قانون الأسرة الجزائري .

البند الأول : في الفقه الإسلامي :

الفقرة الأولى : التنازع في أصل التسمية وفي المقدار :

أولا : مذهب الحنفية : إذا اختلف الزوجان في أصل التسمية بأن ادعى أحد الزوجين التسمية والآخر نفى ذلك ، فهنا يجب مهر المثل اتفاقا ، والمتعة إن طلقها قبل الدخول ؛ لأن القول قول منكر التسمية . وإذا حدث الخلاف بعد وفاة الزوجين ، فعند أبي حنيفة القول لورثة الزوج ، وعند الصحابيين الاختلاف بعد موتهما كما اختلف في حياتهما ، فيقضى بمهر المثل⁽⁴⁾ .

أما بالنسبة للاختلاف في مقدار المهر ، وذلك بأن ادعى الزوج مائة دينار مثلا ، وهي ادعت مئتان فهنا الحكم يكون لمن يشهد له الظاهر مع اليمين ، والظاهر هو مهر المثل ؛ فإن لم يكن مهر المثل موافقا لأي منهما فهنا يتحالفان ويحكم بمهر المثل ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، أما أبو يوسف فقال : القول للزوج مع يمينه ؛ إلا أن يأتي بشيء قليل ؛ لأن الزوجة تدعي الزيادة ، وهو ينكرها ، والقول للمنكر مع اليمين⁽⁵⁾ .

(1) غ . أ . ش بالحكمة ، قرار رقم 55116 الصادر في : 1989/10/02 ، م ق ، ع 1 ، 1991 ، ص 33 .

(2) ابن عابدين، رد المحتار ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 121 .

(3) غ . أ . ش بالحكمة العليا ، قرار رقم 34262 الصادر في : 1984/11/19 ، م ق ، ع 1 ، 1990 ، ص 75 .

(4) ابن نجيم ، البحر الرائق ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1997 ، ج 3 ، ص 319 ، 320 .

(5) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 3 ، ص 373 وما بعدها .



ثانيا : مذهب المالكية : بالنسبة لأصل التسمية ، فالحكم في المسألة تحكيم العرف ، فيكون القول لمن يشهد له العرف في ادعائه مع اليمين ، فإن ادعى التفويض عند معتاديه ، وادعت التسمية كان القول له مع اليمين ، فإن حدث دخول كان لها مهر المثل ، وإن حدث طلاق قبل الدخول فلا شيء لها ، أما إن ادعت التسمية عند معتاديهما كان القول قولها مع اليمين⁽¹⁾ .

أما بالنسبة للتراع في مقدار المهر ، فالمالكية في هذه الحالة يفرقون بين الدخول وعدمه ، فقبل الدخول : إذا أشبهت⁽²⁾ دعواهما ، أو لم يشبهه واحد منهما ، كان القول للزوجة مع اليمين إن كانت راشدة ، أو لوليها إن كانت غير راشدة ، فإذا حلفت حلف الزوج ، ثم يكون مخيرا بين دفع ما قالت ، أو يحكم بفسخ النكاح بطلقة واحدة ، ويلحق بهذا ما إذا نکلا جميعا ، فيكون الحكم كما لو حلفا . فإن انفرد أحدهما بالشبه دون الآخر ، ففيه روايتان عن مالك ، إحداهما : يتحالفان ويفسخ النكاح بينهما ، والأخرى القول قول من ادعى منهما ما يشبهه ، وهو الرأي الذي صوبه بعض العلماء ؛ لأن ذلك قرينة شاهدة له تحتاج لليمين لكي تعضدها .

أما بعد البناء فالقول قول الزوج مع يمينه ؛ لأنها مكنته من نفسها فصارت مدعية ؛ فإن نكل حلفت وأخذت ما ادعته . والاختلاف بعد الموت كالاختلاف في الحياة⁽³⁾ .

ثالثا : مذهب الشافعية : إذا اختلف الزوجان في أصل التسمية ، بأن ادعت التسمية وهو أنكرها ، ولم يدع تفويضا أو ادعاه تحالفا في الأصح ووجب مهر المثل . ولا يختلف الحكم إذا تنازعا في المقدار ، حيث يتحالفان ، ويبدأ بالرجل ؛ فإن حلف حلفت المرأة بعده ، فإن حلفت ووجب مهر المثل ، ولا فرق في ذلك بين الدخول وعدمه⁽⁴⁾ .

رابعا : مذهب الحنابلة : بالنسبة للاختلاف في أصل التسمية ، فقد فرقوا بين الدخول وعدمه ، فإن حدث دخول ، وقد ادعت الزوجة التسمية ، وأنكر الزوج ذلك وادعى التفويض ، فينظر : فإن ادعت مهر المثل كان لها ذلك من غير يمين ؛ لأنها لو صدقته لوجب مهر المثل ، وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها ، فالقول لها من غير يمين ، أما إن ادعت أكثر من مهر المثل فتلزمه اليمين على نفي ذلك ، ويجب لها مهر المثل إن حلف . وإن كان قبل الدخول ففيه روايتان ، رواية تقول بأن القول للزوج ؛ فإن طلقها كانت لها المتعة ، وإن لم يطلقها فلها مهر المثل ، أما الرواية الثانية ، فيقبل قول من يدعي مهر المثل ، فيكون القول لها إن ادعت مهر المثل .

(1) الدردير ، الشرح الصغير ، ج 1 ، ص 402 .

(2) معنى أشبهت دعواهما ؛ أي ادعاهما بما لا يستكر عادة في القلة والكثرة . ينظر : عثمان بن المكي التوزري ، توضيح الأحكام على

تحفة الأحكام ، المطبعة التونسية ، تونس ، ط 1 ، 1339 هـ ، ج 2 ، ص 64 .

(3) المصدر نفسه ، ج 2 ، ص 62 وما بعدها .

(4) الشافعي ، الأم ، ج 5 ، ص 64 ؛ الخطيب الشربيني ، معني المحتاج ، ج 3 ، ص 243 .

أما بالنسبة للاختلاف في المقدار ففيه روايتان : الأولى القول للزوج مطلقا ، والرواية الثانية تجعل القول لمُدعي مهر المثل ، وإن لم يوافق مهر المثل قول أحدهما ، فرض مهر المثل دون يمين⁽¹⁾ .

خامسا : مذهب الإباضية : إذا كان الاختلاف في أصل التسمية ، بأن ادعت أنه تزوجها بغير تسمية ، وطلبت عقرها⁽²⁾ ، وادعى التسمية لما هو أقل من عقرها ، فعليه البينة ، فإن لم تكن له بينة فعلى المرأة اليمين ، ويؤدى الزوج العقر، وإن ادعت التسمية وادعى هو عدم التسمية فعلى المرأة البينة ، فإن لم تكن لها بينة فعلى الزوج العقر، وإن ذكر أحدهما صداقا والآخر نفاه ولم يذكر شيئا ، كان صداق المثل⁽³⁾ .

أما إذا كان الاختلاف في المقدار ، فالقاعدة عند الإباضية في الرأي الأصح أنه : « كلما تكلم واحد عقبه آخر بغير ما قال من الصداق وكان المس ، كان الصداق كما قال من ختم به الكلام »⁽⁴⁾ .

الفقرة الثانية : التنازع في جنس الصداق : كأن يقول الزوج تزوجتك على سيارة ، وهي قالت على طاقم من الذهب .

أولا : مذهب الحنفية :

الذي يفهم من كتاب البدائع أن الاختلاف في جنس الصداق كالاختلاف في قدر المسمى ، وهذا إذا كان الصداق من النقود (الدراهم ، الدينانير) ، فإن لم يكن المسمى من النقود كأن قال لها : تزوجتك على حديقة فقالت : على قطعة أرض ، فهنا يقضى بقيمة الشيء المتنازع عليه ، الذي قيمته تساوي مهر المثل ؛ لأن مهر المثل في الدراهم والنقود يقضى من جنسها فجاز ، أما في غيرها فلا يقضى من جنسها ، فلم يجز أن يملك من غير تراض ، فعُدل إلى القيمة⁽⁵⁾ .

ثانيا : مذهب المالكية :

فرق المالكية بين الدخول وعدمه ، فقبل الدخول (البناء) فالمشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان . أما بعد البناء فيثبت النكاح ولها صداق المثل ، ما لم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به .⁽⁶⁾

ثالثا : الشافعية : الخلاف عند الشافعية في جنس الصداق كالاختلاف في القدر المسمى ، ولا فرق يذكر⁽⁷⁾ .

(1) ابن قدامة ، المغني ، ج 8 ، ص 39-44 .

(2) العقر : يقصد به دية فرج المرأة إذا غضبت على نفسها ، أو هو ما يجب للمرأة من مال إذا وطئت في نكاح غير صحيح ، ولم يكن الوطاء موجبا للحد ، ثم كثر حتى استعمل في المهر . محمد النواوي ، التوقيف على مهمات التعاريف ، تحقيق محمد رضوان الداية ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ط 1 ، 1990 ، ص 521 ؛ محمد رواس قلعه جي ، حامد صادق قنبي ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت ، ط 2 ، 1998 ، ص 318 .

(3) الجنائني ، كتاب النكاح في الفقه الإباضي ، ص 107 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 6 ، ص 149 .

(4) اطفيش ، المصدر نفسه ، ج 6 ، ص 149 .

(5) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 2 ، ص 307 .

(6) ابن رشد (الحفيد) ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 20 ، 21 .

(7) الشافعي ، الأم ، ج 5 ، ص 64 ؛ الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج 12 ، ص 122 .



رابعا : الحنابلة : إذا اختلف الزوجان في جنس الصداق ، فالقول قول الزوج أو ورثته ؛ لأنه منكر ؛ ولأن الأصل براءته مما يدعى عليه ، سواء أكان هذا قبل الدخول أم بعده (1) .

الفقرة الثالثة : الاختلاف في القبض ووصفه : قد يحدث الاختلاف والتنازع بين الزوجين في القبض وعدمه ، وقد يحدث أن يقع قبض ، لكن يختلفان في وصفه ، أحدهما يدعي أنه من الصداق والآخر يدعي أنه هبة .
أولا : التنازع في القبض : فإذا قالت الزوجة لم أقبض صداقي أصلا ، وقال بل قبضتني . فهذه الحالة اختلف الفقهاء بشأنها ويمكن إرجاعهم إلى فريقين :

الفريق الأول : ويمثله الحنفية والمالكية ، حيث اتفقوا على أن القول للزوجة قبل البناء ؛ لأنها متمسكة بالأصل ؛ إذ الأصل ثبوت المهر في ذمة الزوج ، ولا تبرأ إلا بيقين ، فهي تعد منكرة فعليها اليمين ، وهو مدعي فعليها البينة .

أما بعد الدخول فالقول للزوج بناء على أن العادة جرت أن المرأة لاتسلم نفسها حتى تقبض صداقها أو المعجل ، ولذلك لاتصدق في دعواها (2) .

الفريق الثاني : ذهب أصحابه إلى أن القول للزوجة سواء أكان قبل الدخول أم بعده ، مع اليمين ؛ لأنها منكرة ، وهو مدعي ، إذ الأصل عدم القبض وبقاء المهر في ذمة الزوج ، وبه قال الشافعية والحنابلة (3) .

والنظر في هذين الرأيين يقود إلى اختيار الرأي الأول لوجهته ؛ لأنه يحكم العرف في معرفة المدعي من المدعى عليه ، إذ ليس كل منكر مدعى عليه ، فإذا انعدم العرف عمل بالرأي الثاني ، وهو الرأي الذي ذهب إليه بعض المالكية (4) .

ثانيا : الاختلاف في وصف المقبوض : تصوير المسألة : أنه إذا بعث الزوج إلى زوجته شيئا ، ثم تنازعا فقال هو مهر ، وقالت الزوجة بل هدية ، أو هبة ، فلمن يكون القول ؟

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن القول للزوج مع يمينه ؛ لأنه هو المملك ، فهو أعرف بجهة التملك (5) .

(1) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، نشر رئاسة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد ، السعودية ، دط ، دت ، ج3 ، ص78 .
(2) ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج3 ، ص151 ؛ ابن عابدين ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، عالم الكتب ، بيروت ، دط ، دت ، ج2 ، ص126 ؛ الخطاب ، مواهب الجليل ، ج3 ، ص538 ؛ المواق ، التاج والإكليل (بمامش مواهب الجليل) ، دار الفكر ، بيروت ، ط3 ، 1992 ، ج3 ، ص538 . وينظر أيضا : محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، ص279 ، 280 .

(3) النووي ، المجموع ، ج16 ، ص383 ؛ البهوتي ، المصدر السابق ، ج3 ، ص78 .
(4) ذهب البعض من المالكية إلى أنه مادامت المسألة تخضع لحكم العرف ، فيرجع فيه لعرف المنطقة ، ومن ثم فقول الزوج يؤخذ به إذا كان عرف المنطقة يقضي بدفع المعجل ، أو الصداق قبل الدخول ، فإن لم يكن هناك عرف حكم بالأصل وهو ثبوت المهر في الذمة ، ولا تبرأ منه إلا بدليل ، وعليه يكون القول قول الزوجة . الخطاب ، مواهب الجليل ، ج3 ، ص538 .

(5) المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج2 ، ص232 ؛ الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج12 ، ص130 ؛ البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج3 ، ص78 .

أما المالكية : فقالوا : إن ادعى أنه صدق ، وهي ادعت أنه تبرع ؛ فإنه يحلف على ذلك ، ثم تخير الزوجة في أن تردده للزوج ، أو تمسكه وتحسبه من الصداق ، غير أنه إذا دفع لها ذلك عند حدوث سبب كوليمة أو عيد ، فقد جرت العادة أن تكون على وجه الهبة والاستئلاف لمودتها ، لا أن يحسب من مهرها (1).

وأما عند الإباضية ، فإن شرط ما يدفع فهو من الصداق حكم له بذلك ، وإن لم يشترط عد متبرعا ولا يحسب من الصداق ، حيث جاء في شرح النيل : ” من تزوج على أن كل ما دفع إليها ، فمن حقها ، ثم مس ، ثم دفع ، وظنته متبرعا ، وطلقها ، فطلبته فادعى أنه صاغ لها صوغ كذا ، أو دفع لها ثوبا حكم بأنه متبرع ، وإن شرط أن ما يدفعه قبل المس فهو له ، حكم له بأنه من الصداق ، ولا يعد ما أهدى إليها ، من عاجلها وآجلها إلا إن شرطه عليها ” (2).

وبالإجمال فإن ما يمكن أن يستخلص من هذه الحالات ، أن الفقهاء قد اتفقوا على تطبيق قاعدة البيعة على المدعي واليمين على من أنكر ، والخلاف الذي حدث بينهم ، يرجع في مجمله إلى الخلاف في تحديد المدعي من المدعى عليه ، بناء على الأصل المحكم .

البند الثاني : موقف قانون الأسرة الجزائري : ورد الحديث عن النزاع في الصداق في المادة 17 من القانون رقم 84-11 والتي جاء فيها : ” في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحد بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين ، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين ” .

ويلاحظ أن هذه المادة قد وردت بصيغة عامة ، فلم تخص حالة معينة من حالات النزاع ، وهذا الأمر يفتح احتمالين ، إما أن المادة تنطبق على جميع حالات النزاع ، وإما أنها تخص حالة النزاع في القبض وفق ما جاء في الفقه الإسلامي . أمام هذين الاحتمالين نجد أن بعض الشراح اعتبر المادة عامة في الحالات كلها ؛ لأنها وردت مطلقة دون تحديد (3) . أما البعض الآخر (4) فاعتبر المادة تخص حالة النزاع في القبض ؛ لأن هذه الحالة هي الغالب في النزاع من الناحية العملية ، عكس باقي الحالات التي يقل وقوعها لكون الصداق غالبا ما يحدد في العقد .

وهذا الرأي - الأخير - هو الأولي بالتأييد لكون القاعدة التي تضمنتها المادة من الناحية الفقهية تخص حالة النزاع في القبض وفق رأي الحنفية والمالكية - كما مر ذكره - أما باقي الحالات فيرجع فيها إلى الفقه الإسلامي طبقا لنص المادة 222 من ق . أ .

(1) التسولي ، البهجة شرح التحفة ، مطبعة الشرق ، مصر ، دط ، دت ، ج1 ، ص276 ، 277 ؛ عثمان بن المكي التوزري ، توضيح الأحكام على تحفة الحكام ، ج2 ، ص71 .

(2) اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج6 ، ص167 .

(3) هذا الرأي يفهم مما أورده الدكتور محمد محدة - رحمه الله - وإن لم يكن صريحا في هذا . محمد محدة ، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية) ، ص281 .

(4) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، د . م . ج ، (بن عكون) الجزائر ، دط ، 1999 ، ج1 ، ص113 ، 114 ؛ عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص114 ، 115 .

هذا ولم أعر - في حدود الاطلاع - على اجتهادات توضح مسلك القضاء في هذه المسائل (غير واردة في المادة) ، ولعل السبب راجع لقلّة وقوع هذه الحالات من الناحية العملية ، ومع ذلك فقد وجد اجتهاد يخصّ التنازع في وصف المقبوض ، إذ ورد في حيثيات أحد القرارات ادعاء الزوج دفع مؤخر الصداق في شكل هدايا ، والزوجة أنكرت ذلك وطالبت بمؤخر صداقها ، حيث اعتبرت المحكمة العليا أن الهدايا تبقى في نطاق الهدايا ولا تعد صداقا ، ولذلك رفضت طلب الزوج⁽¹⁾ . وهذا الحكم يقترب إلى حد ما من رأي الإباضية .

الفرع الثالث : علاقة المهر بالجهاز والمتاع والتنازع فيه :

البند الأول : علاقة المهر بالجهاز والمتاع (مسؤولية التجهيز) : الجهاز في عرفنا يتكون - في الغالب الأعم - من ثياب الزوجة ، وحليها ، أفرشة البيت ، وبعض الأواني⁽²⁾ ، وهو بهذا المعنى يعد جزءا من المتاع ؛ لأن المتاع يشمل كل ما يوجد في البيت من أثاث .

والسؤال المطروح في هذا الصدد هل الزوجة ملزمة بالتجهيز مما يعطى لها من صداق ؟ أم ليست ملزمة وإنما تقع مسؤولية ذلك على الزوج ؟ اختلف الفقه في هذه المسألة ويمكن التمييز بين فريقين :

الفريق الأول : ويمثله جمهور الفقهاء ، حيث ذهبوا إلى أن الصداق حق خالص للمرأة ولا يلزمها التجهيز به ، فهو أحد أملاكها الخاصة ، ومن ثم يحق لها مطلق التصرف فيه دون اعتراض من أحد⁽³⁾ .
جاء في المحلى : « ولا يجوز أن تجبر المرأة على أن تتجهز إليه بشيء أصلا ، لا من صداقها الذي أصدرها ، ولا من غيره من سائر مالها ، والصداق كله لها تفعل فيه كل ما شاءت لا إذن للزوج في ذلك ولا اعتراض »⁽⁴⁾ .

وقد استدلل هؤلاء على مذهبهم بِقَوْلِهِمْ : ﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾ [النساء : 4] .

فإنه سبحانه وتعالى قد فرض على الأزواج إعطاء زوجاتهم مهورهن نحلة ، ولم يبح لهم أخذ شيء منه بأي طريق كان إذا لم يكن عن طيب نفس منهن⁽⁵⁾ ، فكيف تجبر إذن على التجهيز لزوجها من مهرها ، والشرع لم يلزمها بذلك ، بل بالغ في طلب الرضا منها لحلية الأخذ .

الفريق الثاني : وهم المالكية في المشهور عنهم ، حيث قالوا بأن الزوجة عليها أن تتجهز بما قبضته من مهرها بجهاز مثلها مثلها حسب ما تقضي به العادة ، ويلزمها ذلك في حدود المهر المقبوض ولا يلزمها أكثر من ذلك ، وينبغي أن يكون المقبوض قبل البناء ، سواء أكان حالا أم مؤجلا وحل وقته ؛ فإن كان القبض بعد

(1) غ . أ . ش بالمحكمة العليا ، قرار رقم 59335 صادر بتاريخ 1990/04/30 ، م ق ، ع 1 ، 1992 ، ص 29 .

(2) سهام صقر ، أحكام الصداق في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية ، ص 344 .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 2 ، ص 290 ؛ الشافعي ، الأم ، ج 5 ، ص 62 ؛ البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج 3 ، ص 71 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 507 .

(4) المصدر نفسه ، ج 9 ، ص 507 .

(5) ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 507 وما بعدها ؛ الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 2 ، ص 290 .



البناء لم يلزمها التجهز به ، إلا إذا اشترط عليها ذلك ، أو كان العرف يقضي بذلك ففي هذه الحالة تلزم ، كما يشترطون في المهر المقبوض أن يكون نقدا ، أما إن كان مما يكال أو يوزن أو كان عقارا أو عروضاً فلا يلزمها بيعه للتجهز به في الرأي المعتمد ، إلا إذا كان هناك عرف يقضي بذلك ، أو اشترط عليها الزوج بيعه للتجهز به ففي هذه الحالة تلزم بذلك⁽¹⁾ . ونتيجة لتعلق هذا الحق بالمهر قالوا : لا يجوز للزوجة أن تنفق من مهرها على نفسها ، ولا تسدد به دينا ، إلا المحتاجة فإنها تنفق على نفسها في حدود المعروف⁽²⁾ .

ودليل هذا الفريق مبني على العرف ، إذ العادة جرت على أن الزوجة تتجهز بما أعطي لها من مهر ، وعليه ينبغي مراعاة العرف وإجبار الزوجة على ذلك .

وبالنظر في هذين الرأيين وأدلتهما ، يمكن اختيار الرأي الأول بناء على ما يأتي :

أولا : قوة دليلهم المستند على الآية الكريمة التي تقرر أحقية المرأة في ملكية المهر المعطى لها .

ثانيا : حق الملكية المقرر شرعا يقتضي حرية التصرف في الشيء المملوك دون إجبار من الغير ، وملكية المهر مقررة شرعا للمرأة فلها مطلق التصرف فيه ، ولا يمكن إلزامها بشيء .

ثالثا : أن الجهاز يقع على مسؤولية الزوج ؛ لأنه يدخل ضمن توابع المسكن ، من عناصر النفقة المكلف بها الزوج .

وعليه فالمهر من حق المرأة لها مطلق التصرف فيه ، ولا تجبر على التجهز به ، وإنما يبقى هذا في دائرة التطوع والاختيار ، أو تحت ما يسمى بالالتزام الأدبي- إن صح التعبير- دون أن يرتقي إلى مصف الالتزام الشرعي .

وقد تبني المشرع الجزائري رأي الجمهور في اعتبار حرية المرأة في التصرف في المهر دون أي التزام ، إذا ملكته ودخل ذمتها المالية⁽³⁾، حيث يحق لها إن كانت كاملة الأهلية التصرف فيه استهلاكا ، أو بيعا ، أو هبة ، أو غيرها من التصرفات، كما لها أيضا التجهز به إن شاءت ، طالما كان ذلك عن طوع منها ، وهذا ما يستفاد من نص المادة 14 من قانون الأسرة ، التي جاء فيها أن ”الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا ، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء“⁽⁴⁾ . ومع ذلك ، فالجاري في عرفنا أن المرأة تتجهز بالمهر المعطى لها ، بل وتضيف إليه من مالها أو من مال أبيها ، وهذا العمل منها يعتبر تبرعا لا غير ، فلا الشرع ولا القانون يلزمها بذلك⁽⁵⁾ . لكن التمتع بذلك في حدود المعروف .

(1) الدردير ، الشرح الكبير ، ج2 ، ص286 ، 287 ؛ الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص286 ، 287 .

(2) جاء في البيان والتحصيل أن الإمام مالكا أباح : ” للمرأة المحتاجة الأكل من الصداق بالمعروف ؛ وإن كان من مذهبه التجهز به لزوجها ، مراعاة لقول من يقول هو مالها ، وليس عليها أن تتجهز به ولا حق له فيه “ . ابن رشد (الجد) ، البيان والتحصيل ، تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط2 ، 1988 ، ج4 ، ص331 .

(3) محمد حمدة ، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية) ، ص250 .

(4) نص المشرع المغربي صراحة على عدم أحقية الزوج في إلزام زوجته التجهز بالمهر المعطى لها ، حيث جاء في المادة 29 من المدونة : ” الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كما تشاء ، ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره ، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه “ . القانون رقم 03 ، 70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية .

(5) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص151 .

البند الثاني : التنازع في الجهاز والمتاع :

كما سبق ذكره أن المتاع أعم من الجهاز ؛ لأن الجهاز غالبا ما تأتي به المرأة إلى بيت الزوجية ، وهو ملك لها ⁽¹⁾ ، بينما المتاع هو كل ما يوجد في البيت من أثاث ، فقد يسهم الزوجان معا في شرائه ونتيجة لطبيعة الحياة المشتركة ، وبسبب صعوبة الحيازة ؛ فقد ينشب نزاع بين الزوجين حول ملكية المتاع خصوصا إذا حدث طلاق ، فكل زوج يدعي أنه ملك له .

حيال هذا المشكل وضع الفقهاء قواعد عملية مستنبطة من الواقع الاجتماعي ، قاصدين بذلك تحقيق العدل قدر المستطاع ؛ لأنها قواعد مبنية على الظن ، وهذه القواعد لم تكن محل اتفاق بين جميع الفقهاء ، بل فيها خلاف ، ويمكن إرجاعه إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : حيث فرق أصحاب هذا الرأي بين حالتين :

الحالة الأولى : إمكانية التفريق بين ما يصلح للرجال وما يصلح للنساء ، فما يصلح للرجال فيأخذها الزوج مع يمينه ، وما يصلح للنساء تأخذها الزوجة مع يمينها ؛ لأن ما يصلح للرجال ظاهر يشهد للزوج ، وما يصلح للنساء ظاهر يشهد للزوجة ، وبه قال : أبو حنيفة ومحمد ⁽²⁾ ، وهو قول مالك ⁽³⁾ .

الحالة الثانية : استحالة التفريق ، وهو المشكل ؛ أي ما يصلح لهما معا ، فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه للرجل وهو قول مالك وابن القاسم ، وذهب زفر من الحنفية في قول له ، وابن وهب والمغيرة من المالكية إلى أن ذلك بينهما مناصفة ، غير أن ابن وهب والمغيرة قالا : الاقتسام يكون مع اليمين ⁽⁴⁾ .

الرأي الثاني : ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه في حالة انعدام البينة ؛ فإن كل ما يوجد من متاع في البيت يكون مناصفة بين الزوجين ، ومن قال بهذا الرأي الشافعي ، وابن حزم ، وهذا الأخير استثنى ما على ظهر كل واحد منهما ، فقال : هو له مع يمينه ، والمناصفة عنده وعند الشافعي أيضا مع اليمين ⁽⁵⁾ .

الرأي الثالث : وهو لأبي يوسف من الحنفية ، حيث ذهب إلى أن القول للمرأة في مقدار جهاز مثلها ، وما زاد عنه فهو للزوج ، لكونه صاحب البيت ، فهو له ⁽⁶⁾ .

(1) أجاز الحنفية للزوج أن ينتفع بجهاز زوجته ، لكن بشرط أن تأذن له بذلك ؛ لأنه لا حق له فيه ، أما المالكية فقد أعطوا للزوج الحق في الانتفاع بشورة زوجته الذي دخلت به من المهر المقبوض ، ولذلك فله منعها من التصرف في الجهاز بالبيع أو الهبة لما في ذلك من تفويت حقه في الاستمتاع ، وحدد بعضهم مدة المنع بأربع سنوات . ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج3 ، ص158 ، 585؛ الدردير ، الشرح الكبير ، ج2 ، ص454 ؛ الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص454 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج2 ، ص308،309 ؛ نظام وآخرون ، الفتاوى الهندية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط4 ، دت ، ج1 ، ص329 .

(3) مالك ، المدونة الكبرى ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت ، ج2 ، ص196 .

(4) الكاساني ، المصدر السابق ، ج2 ، ص309 ؛ نظام ، المصدر السابق ، ج1 ، ص329 ؛ التسولي ، البهجة شرح التحفة ، ج1 ، ص283 .

(5) الشافعي ، الأم ، ج5 ، ص85 ، 86 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج10 ، ص312 .

(6) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج2 ، ص309 .

وهذه الأحكام نفسها تنطبق على الاختلاف بين الورثة أو أحد الزوجين وورثة الآخر ، أي أن كل رأي من الآراء السابقة تنطبق على الخلاف بين الورثة⁽¹⁾ ، إلا ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد من أن الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر فإن ما يصلح للرجال فهو للرجل ، أو لورثته ، وما يصلح للنساء فهو للمرأة أو لورثتها ، أما ما يصلح لهما معا ، فذهب محمد إلى أنه للزوج ، أو لورثته إن كان ميتا ، وعلى قول أبي حنيفة هو للباقي منهما⁽²⁾ .

هذا وقد عالج المشرع الجزائري مسألة النزاع في المتاع في المادة 73 (من القانون 84-11) ، والتي جاء فيها « إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت ، وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة ، أو ورثتها مع اليمين المعتاد للنساء ، والقول للزوج ، أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال ، والمشاركات بينهما يقتسامها مع اليمين » .

وهذه المادة مستندها الفقهي الرأي الأول ، ففي ما يخص المتاع المعتاد للنساء ، والمتاع المعتاد للرجال فقد أخذت فيه بقول أبي حنيفة ومحمد ومالك ، أما بالنسبة للمشارك بينهما ، فقد أخذت برأي ابن وهب والمغيرة من المالكية ، كما مر ذكره . أما بالنسبة للخلاف بين الورثة فقد أخذت بالرأي الذي يسوي في الحكم بين الزوجين في حال الحياة ، وبين الورثة بعد الممات ، دون فرق يذكر ، فقط الاختلاف بينهما يكمن في كيفية الحلف ، فالورثة يحلفون على العلم ، أما الزوجان فيحلفان على البت⁽³⁾ .

واليمين الموجهة في هذه الحالة تسمى باليمين المتممة ، وهي يمين جوازية تكميلية⁽⁴⁾ ، يأمر بها القاضي من تلقاء نفسه ، حين لا يكون في المسألة دليل مكتمل ، ويمكن توجيهها في أي مرحلة من مراحل الدعوى القضائية ، طالما لم يصدر في القضية حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه ، ولا تعتبر طلبا جديدا⁽⁵⁾ . ففي هذه المسألة ، المعتاد للرجال ظاهر يشهد للرجل ، وهو دليل غير كامل فتوجه إليه اليمين في هذا القسم لتعضده ، أما الزوجة فالمعتاد للنساء ظاهر يشهد لها فتوجه إليها اليمين المتممة لتعضد هذا الدليل .

وعلى الرغم من وضوح هذه المادة ، إلا أنه قد وجد اجتهادان قضائيان في حدود الاطلاع يتعارضان مع صريح المادة ، بل ويناقضان اجتهادات أخرى⁽⁶⁾ ، فالأول جاء فيه : « أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ، ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها ، أو هو من

(1) قاضيخان ، الفتاوى الحنافية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 4 ، دت ، ج 1 ، ص 401 ؛ مالك ، المدونة ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 196 ؛ الشافعي ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 95 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ، ص 312 .

(2) نظام ، الفتاوى الهندية ، ج 1 ، ص 329 .

(3) ينظر في الفرق في الخلاف بين الزوجين والخلاف بين الورثة : مالك ، المدونة الكبرى ، ج 2 ، ص 196 . وقد هذا الفرق في القرار رقم 32131 صادر بتاريخ 1984/11/05 ، م ق ، ع 2 ، 1990 ، ص 78 .

(4) ينظر في هذا : المادتين 348 ، 349 من القانون المدني رقم 75-58 .

(5) عبد السلام عبد القادر ، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي ، مجلة الإحياء ، ع 5 ، 2002 ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ، جامعة باتنة ، ص 277 .

(6) قرار رقم 32131 (سبق ذكره) ؛ قرار رقم 189245 صادر بتاريخ 1998/04/21 ، م ق ، ع خ ، 2001 ، ص 242 .



جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية ⁽¹⁾.

أما القرار الثاني فحاه فيه : ⁽²⁾ « من المقرر شرعا و قانونا أن أثاث البيت مبدئيا هو ملك للزوج وللزوجة أن تثبت عكس ذلك » ⁽²⁾ . وواضح أن هذين القرارين يتعارضان مع حكم المادة 73 .

ومما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام أن المادة 73 لا تطبق إلا حيث يوجد المتاع المتنازع عليه وتعدم البينة ، أما إذا لم يوجد المتاع بأن أنكره أحد المتداعيين ، ففي هذه الحالة تطبق القاعدة العامة في الإثبات ، البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر ، ومن الخطأ تطبيق المادة 73 ⁽³⁾ ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدد من قراراتها ، حيث اعتبرت الاحتكام إلى القواعد العامة للإثبات هو الأنسب في مثل هذه الحالة ، ومن هذه القرارات ، قرار رقم 216836 الذي جاء فيه : ⁽⁴⁾ « من المقرر قانونا أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات ، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » ⁽⁴⁾ . إضافة إلى قرارات أخرى أكدت هذا المسلك ⁽⁵⁾ .

فالتزاع الذي يقوم بين الزوجين أو بين الورثة على المتاع في حالة انعدام الدليل ، وإنكار أحد الخصمين لوجود المتاع المدعى به ، فإنه لا تثار بشأنه اليمين المنصوص عليها في المادة 73 ق.أ ، وإنما تطبق القاعدة العامة في الإثبات ، حيث تسمى اليمين الموجهة لأحد المتنازعين ، في الفقه القانوني باليمين الحاسمة ⁽⁶⁾ ، وهي يمين تحسم النزاع ، وتوجه من أي من الخصمين إلى الخصم الآخر ، ولا يوجهها القاضي ، وإنما دوره ينحصر في منعها إن كانت تتضمن تعسفا ، وهي توجه في أي مرحلة من مراحل الدعوى ⁽⁷⁾ .

ومع هذا فقد وجد قرار صادر عن المحكمة العليا خالف هذا المسلك ، إذ طبق نص المادة 73 بتوجيه اليمين للمدعي فيما يدعيه ، بدلا من تطبيق القاعدة العامة في الإثبات ، ذلك أن حيثيات القضية - محل النزاع - توضح أن الزوج - المدعى عليه - ينكر وجود المتاع المدعى به ، ومن ثم فلا تطبق المادة 73 ، ومع هذا خرج القرار مناقضا لهذا الأصل ⁽⁸⁾ .

(1) غ . أ . ش بالمحكمة العليا ، قرار رقم 52212 صادر بتاريخ 19/01/1989 ، م ق ، ع 3 ، 1991 ، ص 55 .

(2) غ . أ . ش بالمحكمة العليا ، قرار رقم 44858 صادر بتاريخ 07/12/1987 ، م ق ، ع 4 ، 1990 ، ص 50 .

(3) عبد السلام عبد القادر ، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي ، ص 261 ، 262 ؛ الهاشمي هويدي ، توضيحات حول تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة المتعلقة بالنزاع في متاع البيت ، م ق ، ع خ ، 2001 ، ص 24 .

(4) غ . أ . ش بالمحكمة العليا ، قرار رقم 216836 الصادر بتاريخ 16/03/1999 ، م ق ، ع خ ، 2001 ، ص 245 .

(5) غ . أ . ش بالمحكمة العليا ، قرار رقم 50075 صادر بتاريخ 18/07/1988 ، م ق ، ع 4 ، 1990 ، ص 64 ؛ قرار رقم

163381 صادر في 10/06/1997 ، م ق ، ع خ ، 2001 ، ص 239 ؛ قرار رقم 256672 صادر في 21/02/2001 ،

م ق ، ع 2 ، 2001 ، ص 304 .

(6) المادة 343 من القانون المدني رقم 75-58 .

(7) عبد السلام عبد القادر ، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي ، ص 265 وما بعدها .

(8) غ . أ . ش بالمحكمة العليا ، قرار رقم 39775 صادر بتاريخ 27/01/1986 ، م ق ، ع 1 ، 1989 ، ص 108 .

هذه هي أهم أحكام المتاع والتنازع فيه ، حيث يلاحظ أن المشرع الجزائري حاول ، في ظل انعدام البينة وصعوبة الحيازة بسبب طبيعة الحياة المشتركة ، اختيار أحسن الحلول وأقربها إلى العدل لفض النزاع ، آخذاً بذلك الكثير من الاعتبارات ، حيث إن العادة جرت أن الزوجة لا تخلو من جهاز تأتي به لبنت الزوجية ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى التطور الحاصل في المجتمع ، والذي نجم عنه خروج المرأة للعمل ، مما يطرح اشتراكها في تأنيث البيت ، فاحتمال ملكيتها للأثاث قائمة إلى جانب احتمال ملكية الزوج الذي يسنده وقوع مسؤولية تجهيز البيت - شرعاً وقانوناً - على عاتقه لكونه يدخل ضمن توابع المسكن .

وأمام هذه الاحتمالات ، وانعدام البينة ؛ فلا يمكن الأخذ بالرأي القائل أن القول للزوج ، فهذا مححف في حق الزوجة ، كما لا يمكن الأخذ برأي الزوجة وحدها فهو أيضاً مححف في حق الزوج ، ومن ثم بقي القول الذي اختارته المادة 73 هو الأقرب للعدل - والله أعلم - .

وخلاصة القول في نهاية هذا المطلب أن المهر بمجرد دخوله في الذمة المالية للمرأة ، لوجود أسبابه وشروطه ، يصبح ملكاً لها ملكية مطلقة تتصرف فيه كما تشاء ، وليس للزوج فيه أي حق .

المطلب الثاني : النفقة الزوجية :

تعتبر النفقة من مصادر الذمة المالية للزوجة ، إذ لها الحق إذا قبضتها أن تتصرف فيها كما تشاء ، كسائر أموالها ، من تبرع أو معاوضة ، شريطة أن لا يعود ذلك عليها بالضرر ؛ لأن في ذلك تفويت حق الزوج (1) . والنفقة واجبة على الزوج بمقتضى عقد النكاح ، ووجودها يستفاد من نصوص صريحة ، قرآنية وسنية كثيرة ،

منها : ﴿وَاللَّيْظُ عَلَيْهِ﴾ : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:233] ، ﴿وَالْوَالِدَاتُ﴾ :

﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ط وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَنَهَا﴾ [الطلاق:7] .

أما من السنة النبوية فقوله - ﷺ - لهند بنت عتبة حين شكته شح زوجها أبي سفيان : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » (2) ، وقوله أيضا «...فاتقوا الله في النساء ، فإنكم أخذتموهن بأمان الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه ، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف... » (3) .

ولتوضيح أحكام هذا الحق (المصدر) سيتم معالجته من خلال النقاط الآتية : شروط استحقاق النفقة (فرع أول) ، مشتملاتها (فرع ثاني) أثر الامتناع عن الإنفاق (فرع ثالث) .

الفرع الأول : شروط استحقاق النفقة :

البند الأول : في الفقه الإسلامي : اختلف الفقهاء في شروط استحقاق النفقة ، ويمكن إجمالها في الآراء الآتية :

القول الأول (4) : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة ، إلى أن شروط استحقاق النفقة هي :

1- شرط التسليم : وهو يعني أن تمكن المرأة زوجها من نفسها ، أو تظهر الاستعداد لذلك فإن امتنعت عن تسليم نفسها ، هي أو وليها ، أو غيره ، أو تساكنا بعد العقد ، أو لم يطلبها ولم تبذل نفسها فلا نفقة لها . ولا يعتبر الانتقال إلى بيت الزوج شرطا ؛ لأنه متوقف على طلب الزوج ذلك ؛ إذ الانتقال حقه ، فإن طلبه فعليها

(1) ينظر في مطلق تصرف الزوجة في نفقتها : ابن قدامة ، المغني ، ج9 ، ص 241 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ، ص 434 .

(2) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النفقات ، باب إذا لم ينفق الرجل ، ج7 ، ص85 ، واللفظ له ، و مسلم في صحيحه ، كتاب الأفضية ، باب قضية هند ، حديث رقم 1714 ، ج3 ، ص 1338 .

(3) سبق تخريجه ، ص 90 .

(4) السرخسي ، المبسوط ، ج5 ، ص 187 ، 186 ؛ ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج4 ، ص 378 وما بعدها ؛ الخطيب الشربيني ، المصدر السابق ، ج3 ، ص 435 وما بعدها ؛ الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج19 ، ص 30 وما بعدها ؛ الشيرازي ، المهذب ، ج2 ، ص 160 ، 159 ؛ ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج9 ، ص 281 وما بعدها ؛ البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج3 ، ص 249 وما بعدها .

أن تنتقل وليس لها الامتناع إلا لمسوغ شرعي كعدم قبضها مهرها الحال ، ففي هذه الحالة لا تسقط نفقتها وإن لم تنتقل .

وعلى هذا فالمرأة المحبوسة سواء بحق أو بغير حق لا نفقة لها ، وذلك لانعدام التسليم .

2- شرط إطاعة الوطاء : يشترط في المرأة أن تكون ممن تطبيق الوطاء ، فالصغيرة لا تجب لها النفقة لكونها غير مستهابة أصلا لا للوطاء ولا لدواعيه ، بخلاف المريضة ، أو التي بها عيب من عيوب الزواج ؛ فإنه تجب لها النفقة لوجود التسليم ؛ ولأنه يمكن الاستمتاع بها بما دون الوطاء .

3- أن يكون العقد صحيحا ، وهو شرط متفق عليه بين الفقهاء ، فالعقد الفاسد لا تجب به النفقة ، وإن حدث التمكين ، لأنه ليس بنكاح حقيقة ، ولأن صاحبه لا يقر عليه ، وإنما يجب فسخه .

4- عدم تفويت حق الاحتباس بغير مسوغ شرعي : فإن فوتت هذا الحق بغير مسوغ شرعي . كخروجها من بيته من غير إذنه ، أو امتنعت عن الحجيء إلى بيت زوجها ابتداء ، أما امتناعها عن فراشه في البيت ، الذي عليه أغلب الحنفية أنه لا يعد نشوزا ؛ لأن له الاستيفاء ولو كررها ، عكس بعض الحنفية والشافعية والحنابلة الذي قالوا بأنه نشوز مثل باقي الصور .

القول الثاني⁽¹⁾ : وإليه ذهب المالكية ، حيث يمكن تقسيم الشروط إلى قسمين : شروط عامة (المدخول

بها ، وغير المدخول بها) ، وشروط خاصة بغير المدخول بها .

أولا : الشروط العامة⁽²⁾ : (في المدخول بها ، وغير المدخول بها) : وهي أربعة شروط :

1- بلوغ الزوج : حيث يشترط في الزوج أن يكون بالغاً إذ لا تجب النفقة على الصبي ، ولو دخل بها وافتضها ؛ لأن الوطاء منه كالعدم ، أي غير معتبر ، سواء أكانت الزوجة بالغة أم صغيرة .

2- صحة الزواج : هذا الشرط وإن لم يذكره صراحة ، فهو موجود ضمنا ، لأنه شرط متفق عليه بين الفقهاء ، فالزواج الفاسد لا يترتب عليه النفقة .

3- عدم الإعسار : أي لا يكون الزوج معسرا ؛ فإن كان معسرا ، فلا تجب عليه حتى يوسر ، ولا ترجع عليه إذا أيسر وهذا الشرط ظاهر في أنه عام في المدخول بها ، وكذا الدعوة إليه ، لأنه لا أحد يقول بوجودها عليه في حالة عسره .

(1) الدردير ، الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 452 وما بعدها ؛ عيش ، منح الجليل ، دار صادر ، بيروت ، دط ، دت ، ج 2 ، ص 430 ، 431 ؛ الصاوي ، بلغة السلك ، ج 1 ، ص 481 ؛ الصادق الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، ج 2 ، ص 639 وما بعدها .

(2) لم يورد المالكية هذا التقسيم ، وإنما فرقوا بين المدخول بها ، وغير المدخول بها ، لكن الشيخ أحمد الصاوي قد نبه إلى أن شرط عدم الإعسار ، وكذا شرط عدم النشوز هما شرطان عامان في المدخول بها وغير المدخول بها ، أما شرط البلوغ فهم وإن جعلوه ضمن الشروط الخاصة بغير المدخول بها ؛ فإنه من خلال ما أورده ضمن هذا الشرط يدل أنه شرط عام ؛ ولهذا السبب أوردت هذا التقسيم . ينظر : الصاوي ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 481 .



4- عدم تقويت حقه بالنشوز : حيث يشترط في المدخول بها أن لا تكون ناشزا ؛ كأن تخرج من بيته بغير إذنه ، أو تمنعه من الوطء ، فإن فعلت ذلك فلا نفقة لها إن لم يكن قادرا عليها إذا خرجت ، أما غير المدخول بها فإن عزمت على منعه، بأن قالت له أدخل لكن لا أمكنك فلا نفقة لها.

ثانيا: الشروط الخاصة بغير المدخول بها : وهي :

1- الدعوى للدخول (التمكين منه) : وذلك بأن تدعو المرأة زوجها للدخول هي ، أو وكيلها ، أو مجبرها إن كانت من أهل الإجماع ، وإن لم توجد هذه الدعوى ؛ أو امتنعت عن الدخول لغير مبرر شرعي فلا نفقة لها . وهذا طبعا بعد مرور مدة من الزمن للتجهز حسب العرف الجاري .

2- شرط الإطاقة : حيث يشترط في المدخول بها أن تكون مطيقة للوطء ، سواء أكانت بالغة ، أم غير بالغ ، فغير المطيقة لصغر أو رتق لا تجب لها النفقة ، إلا إذا دخل بها عالما بذلك .

3- عدم الإشراف : ومعناه أن لا يكون أحد الزوجين مريضا حد الموت ، عند الدعاء إلي الدخول ؛ فإن كان أحدهما بهذه الصورة فلا نفقة لها لعدم القدرة على الاستمتاع ، فإن دخل بها فلها النفقة ولو مع الإشراف ، أما المرض الذي هو دون حد الإشراف سواء أكان خفيفا أم شديدا فتجب فيه النفقة .

القول الثالث⁽¹⁾ : وهو مذهب الظاهرية ، حيث تجب النفقة على الزوج بمجرد العقد ، ودون شروط

تذكر ، فتجب ولو كانت في المهمل ، أو ناشزا ، أو مريضة ، دعا إلى البناء أم لم يدع .

فالنفقة وفق هذا الرأي متعلقة بالزوجية ، إذا وجدت الزوجية وجبت النفقة ، ولا تعلق لها بالجماع أو الاستمتاع . ولعل الشرط الوحيد الذي ذكره ابن حزم - حسب ما يفهم من كلامه - هو شرط عدم إعسار

الزوج ؛ لأنه إذا كان معسرا لا تجب عليه النفقة مصداقا لـ : ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا

وُسْعَهَا﴾ [البقرة: 285] فإن أيسر لا يطالب بما مضى لعدم الوجوب ، وفي هذه الحالة إن كانت المرأة

غنية كلفت بالإنفاق على نفسها وعلى زوجها ، ولا ترجع عليه فيما بعد إذا أيسر .

القول الرابع⁽²⁾ : وهو مذهب الإباضية ، حيث فرقوا بين المرأة البكر والثيب ، وفي البكر فرقوا بين البكر

ذات الأب ، والبكر عديمة الأب ، فأما الثيب والبكر البيتمة - عديمة الأب - فقالوا : إن نفقتها تجب من حين

العقد عليها ، أما البكر ذات الأب فلا تجب لها النفقة بمجرد العقد ، بل لا بد من الدخول ، أو الدعوى إليه ،

ولا يهم من كان الطالب إليه ، الزوج ، أو الأب ، أو الولي ، أو هي ، فإن لم يطلب أحد منهم فلا نفقة لها ،

وإن ترك الزوج الدخول بها تماونا لزمته النفقة ولو لم تطلب ، لكن إن أبت الجلب - الدخول والانتقال - إلى

بيته فلا نفقة لها وإن أباحت له الدخول إلى بيتها .

(1) ابن حزم، المحلى ، ج10، ص88 وما بعدها .

(2) محمد اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج6، ص481 وما بعدها .

البند الثاني : في قانون الأسرة الجزائري : الناظر في قانون الأسرة الجزائري يلحظ أن شروط استحقاق النفقة قد أشارت إليها المادة 74⁽¹⁾ .

والدارس لهذه المادة يجد أن المشرع الجزائري قد تبني المذهب المالكي ، بإيجابه للنفقة بالدخول أو الدعوى إليه ، كما يلحظ أيضا أن هذه المادة لم تنص على جميع الشروط الموجودة في الفقه ، ولإكمال هذا النقص وجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 .
والمعلوم أن المخول له الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لانتفاء رأي من آراء الفقه هم القضاة ، ولذلك سيتم تحديد باقي الشروط من خلال اجتهادات المحكمة العليا .

1- الدخول أو الدعوى إليه : تجب النفقة للزوجة من الناحية القانونية بشرط الدخول ، والمقصود بالدخول هنا هو البناء ، سواء أحدث اتصال أم لا ، متى كان العجز من جهته - الزوج - (أما إن كان من جهتها فيشترط علمه بذلك ، وإلا عد تغيرا له حق الرد) ، ما لم تمتنع عنه لغير عذر شرعي ، إذ لو امتنعت عنه عد ذلك نشوزا وسقطت نفقتها ، لأن النفقة مرتبطة أساسا بحق التمتع ، ولو حكما كما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا⁽²⁾ . وعليه فالزوجة غير المدخول بها لا يثبت حقها في النفقة ، إلا في حالة واحدة ، وهي حالة مالو دعتة للدخول : كأن حدد موعد للدخول ، ثم مر الأجل ولم يتم لذلك ، فهنا تجب لها النفقة إن أثبتت ذلك بيينة ، أو أن تقوم بإصدار الزوج عن طريق القضاء مطالبة إياه بالدخول ، فإن رفض فلها النفقة ؛ لأنها بذلت نفسها.

2- أن يكون العقد صحيحا ، لان العقد الفاسد لا تجب به النفقة ، فصاحبه لا يقر عليه ، ومن باب أولى العقد الباطل.

3- عدم النشوز : لا تجب النفقة للمرأة الناشز ، بأن تركت محل الزوجية من غير إذن زوجها مثلا ، أو تخلت عن واجباتها من غير مبرر ، وقام الزوج برفع دعوى قضائية ضدها وصدر حكم قضائي نهائي يقضي بالرجوع إلى بيت الزوجية ، فإن امتنعت عن تنفيذه ، حكم بأنها ناشز وسقط حقها في النفقة⁽³⁾ .

وهذا ما قرره المحكمة العليا في كثير من اجتهاداتها ، من ذلك : (من المقرر قانونا أن امتناع الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام أصبحت نهائية ، يعتبر نشوزا منها ، وبالتالي تفقد حقوقها الزوجية من النفقة وغيرها)⁽⁴⁾ .

(1) قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

(2) غ . أ . ش المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) ، قرار صادر بتاريخ 1986/02/10 ، ن ق ، ع 4 ، ص 151 ، نقلا عن بلحاج العربي ، قانون الأسرة (مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا) ، ص 172 .

(3) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1 ، ص 171 ، 172 ؛ محمد محدة ، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية) ، ص 357 ، 358 .

(4) غ . أ . ش ، المحكمة العليا ، قرار رقم 133762 الصادر في : 1984/07/09 ، م ق ، ع 4 ، 1989 ، ص 199 .



هذه مجمل الشروط التي أمكن استخراجها من قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا ، وبعض الشروط عمل المشرع على تجاوزها وتفاديها ، منها شرط الإطاقة⁽¹⁾ ، وشرط البلوغ ، حيث إنه قد حدد سن الزواج بـ : 19 سنة بالنسبة للحنسين ، ومن ثم فمسألة القدرة على الوطاء بالنسبة للمرأة ، والبلوغ بالنسبة للرجل لا تثار ، وفرضاً لو تم الزواج قبل هذه السن ؛ فإنها لا تثار أيضاً ؛ لأنه ينبغي أن يخضع لترخيص القاضي ، الذي يجب عليه التأكد من قدرة الطرفين على الزواج⁽²⁾.

الفرع الثاني : عناصر الإنفاق الملزم بها الزوج (مكونات النفقة) :

سأتناول هذا الفرع من خلال العناصر التي أوردتها المادة 78⁽³⁾ من قانون الأسرة الجزائري ، وموضحاً في كل عنصر آراء الفقهاء ، وذلك كالآتي :

البند الأول : الغذاء : يجب للزوجة على زوجها ما يكفيها من الطعام وما يتبعه من شراب ، وإدام ، ودهن ، وغيرها ، حسب عرف وعادة بلد الزوجين وحالهما⁽⁴⁾ ، وزماتهما⁽⁵⁾.

وقد أخذ جمهور الفقهاء بمعيار العرف والكفاية في تقديره ، عملاً بقوله -ﷺ- لهند بنت عتبة : « **خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف** »⁽⁶⁾ ، فقد أمرها -ﷺ- أن تأخذ كفايتها حسب العرف الجاري ، ولم يقدر عليها⁽⁷⁾ . في حين ذهب الشافعية إلى تقديرها تبعاً لحالة الزوج ، فالموسر يجب عليه مدان من الطعام كل يوم ، أما المعسر فيجب عليه مد ، وأما المتوسط فمد ونصف . وهذا الاجتهاد منهم قياساً على الكفارة بجامع أن كلا منهما مال يجب بالشرع ويستقر في الذمة⁽⁸⁾ .

ولعل الرأي الأول أكثر مرونة واستجابة مع متطلبات العصر ، لأنه إذا كان في القدم اعتبار الكم في تقدير النفقة يبرر هذا الأساس - الأساس الذي اعتمده الشافعية - ويجعله مقدار كافياً ؛ فإن تطور الحياة المعاصرة ،

(1) المقصود شرط عدم الإطاقة الناجم عن الصغر ، وليس نتيجة للعجز ، الذي سبق الحديث عنه في شرط الدخول.

(2) نص المادة 7 من القانون رقم 05-09 .

(3) نصت المادة 78 من القانون رقم 84-11 على أنه : " تشمل النفقة على الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة " .

(4) ذهب بعض الحنفية ، والشافعية ، والإباضية إلى أن النفقة تقدر تبعاً لحال الزوج ومستواه فقط ، وذهب أغلب الحنفية في القول الصحيح ، والمالكية ، والحنابلة إلى أن تقديرها يخضع لحال الزوجين ومستواهما الاجتماعي معاً . ينظر في هذا : ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج3 ، ص574 ؛ الدردير ، الشرح الصغير ، ج1 ، ص481 ، الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج3 ، ص426 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج9 ، ص230 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج6 ، ص479 . وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بالرأي الثاني ، الذي يراعي حال الزوجين معاً وهذا ما نصت عليه المادة 79 .

(5) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ص798 ؛ محمد محدة ، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية) ، ص378 .

(6) سبق تخرجه ، ص 113 .

(7) الكاساني ، مصدر سابق ، ج4 ، ص23 ؛ خليل ، مختصر خليل ، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده ، مصر ، دط ، ص134 ؛ ابن قدامة ، المصدر سابق ، ج9 ، ص231 ، 232 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج10 ، ص89 ؛ الجنائني ، كتاب النكاح في الفقه الإباضي ، ص199 .

(8) الخطيب الشربيني ، المصدر السابق ، ج3 ، ص426 .



وتطور العلم قد أثبت أن الغذاء لا يعتمد أساسا على الكم ، ولكن على الكيف الذي ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار ، وهذا الأمر ينسجم أكثر مع معيار الرأي الأول المستند إلى العرف⁽¹⁾.

والأصل أن تتولى الزوجة الإنفاق على نفسها ، بأن تعطى لها ، وتقدر حسب ما يناسب الزوج من الأصلاح والأيسر.

لكن الملاحظ في عصرنا وما جرت به العادة أن الزوج هو الذي يتولى الإنفاق بنفسه على زوجته إذا كانت معه ، وعلى هذا فلا يحق لها أن تطالب بتقدير النفقة ، إلا إذا أحل بذلك ، أو لم تكن مقيمة معه ، فهنا يمكن أن تطالب منه التقدير ، أو ترفع أمرها إلى القاضي ليقدر لها النفقة عليه بالثمن ، وهو أسهل وأيسر⁽²⁾ ، وهذا حسب ما ذهب إليه الحنفية ، والمالكية⁽³⁾.

البند الثاني : الكسوة وأدوات الزينة : تجب للزوجة على زوجها نفقة الكسوة ، لـ : **قَوْلُهُ بِغَيْرِ**

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:233] وهي تجب بالكفاية حسب

العرف وحال الزوجين ، وأقل ما يجب من الكسوة ما يستر الجسد والرأس ؛ حيث تجب لها في كل عام مرتين : صيفية وشتوية حسب العرف وتدفع الكسوة عند المالكية والحنبلة في بداية العام ، وتملك بالقبض ، في حين ذهب الحنفية والشافعية إلى أنها تدفع كل ستة أشهر ؛ لأن العرف في الكسوة أن تبدل في هذه المدة⁽⁴⁾.

أما ما تستعمله المرأة من زينة ، فعند الجمهور لا تجب عليه ، إلا إذا أراد منها التزين⁽⁵⁾ ، بينما المالكية فرقوا بين الزينة التي تتضرر بتركها ، والزينة التي لا تتضرر بتركها ، فأوجبوا عليه الأول لتضررها بتركه ، ولم يوجبوا عليه الثانية لعدم تضررها بتركه⁽⁶⁾ . والجمهور لم يوجب على الزوج الزينة لكونها متعلقة بحقه ، ولهذا ألزموه بها في حالة ما إذا أراد منها ذلك . لكن إذا نظرنا إلى هذا الحق نجد له تعلقا بالمرأة من حيث تفرطها

على التزين **﴿قَوْلُهُ بِغَيْرِ﴾** : **﴿أَوْ مِنْ يَنْشَأُ فِي الْحَلِيَّةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾** [الزخرف : 18] ،

ومن جهة أخرى نجد له تعلقا بالزوج ، كونه شرع لأجله ، ومن هنا يمكن اعتبار قول المالكية هو الأرجح ؛ لأنه

(1) ينظر تعليق علي يحيى معمر على كتاب النكاح للحناوي، هامش(1) ص200.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7، ص799.

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج4 ، ص240 ؛ الدردير، الشرح الصغير ، ج1، ص484.

(4) الكاساني ، المصدر نفسه ، ج4 ، ص23 وما بعدها ؛ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج1، ص555؛ ابن جزوي ، القوانين الفقهية ، ص168؛ الدردير، الشرح الكبير ، ج2 ، ص235 ؛ الشيرازي ، المهذب ، ج2 ، ص162؛ ابن قدامة ، المغني ، ج9 ، ص241 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج10، ص89 ؛ الجنائي، كتاب النكاح في الفقه الإباضي ، ص199؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج6 ، ص479 ، 492 ، 493.

(5) ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج3 ، ص579 ، 580 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج3، ص430 ؛ ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج9 ، ص235 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج10، ص91 ؛ اطفيش ، المصدر السابق ، ج14، ص153.

(6) الخطاب ، مواهب الجليل ، ج4 ، ص184.

يراعي الحقين معا ، ويرجع إلى العرف لمعرفة المقدار الذي تتضرر بتركه ، أما ما زاد عن هذا المقدار فلا يكلف به الزوج شرعا ، وإنما يكون من مالها إن طلبت ذلك . مع ملاحظة أن التزين ينبغي أن يكون في البيت وإلا عد محظورا يستحق مرتكبه الإثم .

وأختم بالقول : إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص صراحة على نفقة الزينة ، وإنما تركها ضمن عنصر ما يعتبر من قبيل الضروري في العرف والعادة حسب نص المادة 78 .

البند الثالث : نفقات العلاج : اتفق الفقهاء⁽¹⁾ على أن نفقة العلاج ليست واجبة على الزوج⁽²⁾ ، وإنما تتكفل بها المرأة إن من مالها ، وإن من مال من كانت تحت نفقته قبل زواجها .

ولعل عدم إدراج الفقهاء العلاج ضمن النفقة الواجبة ؛ كون الطب في ذلك الوقت لم يكن متطورا بالشكل المعهود عليه في عصرنا ، حيث كان إنسان ذلك الزمان يعتمد طرق الوقاية ، وأيضا التداوي بالطرق التقليدية ، ولذلك لم يكن العلاج في زمانهم ذو حاجة أساسية ، فكان اجتهادهم مبني على العرف الجاري .

وتأسيسا على أن الأحكام الفقهية المبنية على العرف تتغير بتغيير الزمان والمكان ، ذهب الفقه المعاصر إلى إيجاب نفقة العلاج على الزوج مثل باقي النفقات الضرورية ؛ ولأنه إذا كانت نفقة الطعام والشراب وجبت للإبقاء على حياة الزوجة ؛ فإن نفقة العلاج الحاجة إليها أشد من الحاجة إلى الطعام والشراب ، إذ لا يمكن للمرء أن يهنأ بالأكل والشرب وهو يعاني الآلام والأوجاع ، وترك الزوجة تتألم من دون علاجها ليس من المعاشرة بالمعروف المطلوبة بنصوص الشرع⁽³⁾ .

ولهذا الاعتبار نص المشرع الجزائري على العلاج ضمن مشتملات النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة ، وأخذ بما هو متعارف عليه في بلدنا من تحميل الزوج نفقة علاج زوجته⁽⁴⁾ .

وإن كان يستحب للمرأة العاملة ، أو التي لها مال أن تعين زوجها في نفقات العلاج نظرا لكلفتها الباهضة .

(1) ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج3 ، ص580 ؛ المواق ، التاج والإكليل ، ج4 ، ص184 ؛ الشيرازي ، المذهب ، ج 2 ، ص161 ، 162 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج9 ، ص235 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج10 ، ص90 وما بعدها (حيث لم يذكر العلاج ضمن النفقات الواجبة) ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج6 ، ص398 .

(2) ما ذكره المالكية من وجوب مستلزمات الولادة (أجرة القابلة وغيرها) على الزوج ليس لكونها من قبيل نفقة العلاج ، وإنما لكونها من متعلقات الولد . الدردير ، الشرح الصغير ، ج1 ، ص482 .

(3) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ص794 ، 795 ؛ مصطفى شلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ص424 ، 425 ؛ عبد الكريم زيدان ، المفضل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، ج7 ، ص185 .

هذا وقد جاء في الفقه الزيدي النص على إلزامية الزوج بنفقة العلاج ، حيث جاء في التاج المذهب : " ويجب عليه أن يشتري لها (دواء) بإرشاد وأجرته إذا مرضت " . أحمد بن قاسم الصنعاني ، التاج المذهب ، مطبعة اليمن الكبرى ، صنعاء ، دط ، دت ، ج2 ، ص278 .

(4) محمد محدة ، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية) ، ص382 .

البند الرابع : السكن⁽¹⁾ : يجب للزوجة على زوجها حق الإسكان ﴿لَقَوْلِهِمْ بَعُولًا﴾ : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق:06] ، وقوله أيضا : ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:19] وتوفير المسكن من المعاشرة بالمعروف ، وتوفير المسكن قد يكون بملك ، أو كراء ، أو عارية . وهو ضروري لا يقل أهمية عن الطعام والكسوة ؛ لأنها لا تستغني عنه ؛ للاستتار عن العيوب والتصرف والاستمتاع . هذا وقد وضع الفقهاء لاعتبار المسكن شرعيا مجموعة من الشروط ، تفاوتت فيها أنظار المذاهب ، وهذه الشروط هي :

1- شرط الملائمة والتناسب : بمعنى أن يكون المسكن ملائما لحالة الزوج المالية ، وحالة الزوجة الاجتماعية ، أخذنا بقوله تعالى : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ ، وهذا الشرط عند من يراعي في تقدير النفقة حال الزوجين معا .

2- استقلالية المسكن : اختلفت الأنظار الفقهية في هذا الشرط ، كالآتي :

فبالنسبة لاستقلاله عن الأهل ، تطرق إليه الحنفية والمالكية دون غيرهم من المذاهب ، فالمذهب الحنفي أعطى للمرأة الحق في السكن المنفرد عن الأهل ، وليس للزوج أن يسكن معها أحدا⁽²⁾ ، لما في ذلك من الضرر والخوف على المتاع ومنع الاستمتاع والمعاشرة ، لكن إن كان في الدار بيوت ، وأفرغ لها بيتا له غلق خاص ، وله مرافق ، فهل لها أن تطلب دارا على انفراد أم لا ؟ . المشهور من المذهب الحنفي أن ليس لها ذلك ؛ لأن العلة التي من أجلها منحت هذا الحق قد زالت ، أما المالكية فقد فرقوا بين المرأة الشريفة والوضيعة ، فأما الشريفة (ذات القدر) فقالوا لها الامتناع من السكنى مع أقرابه⁽³⁾ ، إذا كان هذا في دار واحدة لما فيه من ضرر الداخل عليها بسبب الإطلاع على حالها وشؤونها الخاصة ، إلا إذا كان هناك شرط من الزوج في العقد فليس لها ذلك إلا إذا تضررت .

أما الوضيعة (وهي التي لا قدر لها) فليس لها الامتناع من السكن معهم في دار واحدة ، إلا إذا اشترطت ذلك حين العقد ، أو أصابها ضرر . والحاصل عند المالكية أن حجرة واحدة بمراققتها تكفي شريطة أن ترضى بذلك .

(1) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج 4 ، ص 328 وما بعدها ؛ ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج 3 ، ص 599 وما بعدها ؛ الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ، ص 13، 14 ؛ الدردير ، الشرح الصغير ، ج 1 ، ص 482 ، 483 ؛ الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 162 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ، ص 432 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 8 ، ص 137 ، ج 9 ، ص 236 ، 237 ؛ البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج 3 ، ص 244 ، 245 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ، ص 91 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النبل وشفاء العليل ، ج 14 ، ص 152 . ومن المراجع الحديثة ينظر : وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ، ج 7 ، ص 803 وما بعدها ؛ محمد محدة ، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية) ، ص 384 وما بعدها .

(2) استثنى الحنفية ولد الزوج إذا كان غير مميز فله أن يسكنه معها . ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج 3 ، ص 599 .

(3) استثنى المالكية من هذا ولده من غيرها ، إذا لم يكن له حاضن ، أو علمت به وقت البناء ورضيت بذلك ، والأمر سيان بالنسبة لولدها من غيره . الدردير ، الشرح الصغير ، ج 1 ، ص 482 .



أما بالنسبة للضرات ، فالذي عليه الحنفية أن بيتا له غلق ومرافق يكفي ، وليس لها المطالبة بغيره ، وإن كان فيه رأي آخر أن عليه أن يسكنها في دار واحدة ، لأن المنافرة بينهما أشد منها مع الأحماء .
أما المالكية فأجازوا أن يجمع بينهن في دار واحدة ، ولكل منهن بيت إذا رضين بذلك ، وإلا فلا ، أما الجمع بينهن في بيت واحد فلا يجوز ولو رضين بذلك ، وأما الحنابلة والشافعية فعندهم يجوز للزوج أن يجمع بين زوجاته في بيت واحد إذا رضين بذلك ، ومن باب أولى إذا كان لكل واحدة بيت في دار واحدة ، ويظهر من كلام الإباضية أن الجمع بين الزوجات غير جائز .

هذا وإن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط ، وكان الأولى التنصيص عليه نظرا لما يكتسبه من أهمية بالغة في حياة الناس ، إذ معظم المشاكل الزوجية ناجمة عنه ، وقد ترك المجال للاجتهاد القضائي ، الذي استقر على إعطاء الزوجة حق السكن المنفرد إن تمسكت به ولم ترض بالسكن مع أهله ، ابتداء أو بعده ، أخذا برأي المالكية ، وهذا ما يظهر في كثير من قرارات المحكمة العليا المطلع عليها ، ومن ذلك : (أن للزوجة حق المطالبة بإسكانها في مسكن منفرد ومستقل عن أهله ، ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حيث إبرام العقد ، أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ، ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم ، وأن القضاء بما يخالف هذا يعرض القرار للنقض)⁽¹⁾ .

3- أن يكون المسكن كامل المرافق الضرورية من أثاث وغيرها ، كآلات الطبخ ، ودورة المياه ، وكذا الأثاث من مفروشات وغيرها حسب العادة ، واستثنى المالكية أثاث البيت من مفروشات الجلوس والنوم ، وجعلوها على الزوجة في حدود المهر المقبوض .

4- ينبغي أن يكون المسكن في مكان آمن تأمن فيه على نفسها ، وذلك بأن يكون وسط جيران صالحين ، فإذا كان وسط جيران يؤذونها ، أو بمعزل عن الناس فلا يعتبر مسكنا شرعيا ، وهذا الشرط نص عليه الحنفية والإباضية .

هذا والمشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط ، كما أن الاجتهادات القضائية المطلع عليها لم تشير إلى مثل هذا الشرط .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن حق المسكن لا تمتلكه الزوجة ملكية الرقبة ، وإنما تمتلك منه حق المنفعة ، أو الانتفاع كما نص على ذلك الشافعية ، لكن يلاحظ في عصرنا أن المرأة العاملة قد تشترك مع زوجها في شراء مسكن الزوجية ، وفي هذه الحالة إذا اشتركت معه فلها حق الملكية بقدر أسهمها ، ولا يجوز للزوج أن يسجله باسمه ، فهذا حرام قطعاً ؛ لأنه من باب أكل مال الناس بالباطل⁽²⁾ ، ولعل مراد المشرع الجزائري بنصه في الفقرة الثانية من المادة 37 هو هذه المسألة .

(1) غ . أ . ش بالمحكمة العليا ، قرار رقم 38331 الصادر في : 04-11-1985 ، م ، ع ، 1 ، 1989 ، ص 101 ؛ وأيضاً قرار رقم 213669 الصادر في : 06/02/1999 ، م ، ق ، ع ، 1 ، 2001 ، ص 219 .

(2) قرار رقم 144 (2 ، 162) بشأن " اختلافات الزوج والزوجة الموظفة " الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر

البند الخامس : ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة :

وهذا العنصر نص عليه المشرع الجزائري في المادة 78 . وهذا العنصر يختلف تكييفه بحسب البيئات والأزمان ، وغالب الأشياء التي تعارف الناس عليها ، وأصبحت من قبيل الضروري ، هي ما تعتبر من توابع المسكن من آلات تنظيف وطبخ ووسائل التدفئة والتبريد والوقود ، وأيضا أثاث البيت من مفروشات وغيرها (1) ، كما يدخل في هذا العنصر ما ذكره الفقهاء من توفير الخادم للزوجة ؛ إذا كان الزوج موسرا ، وكانت المرأة ممن تُخدم ولا تُخدم ؛ لكونها من ذوي الأقدار أو مريضة (2) .

الفرع الثالث : أثر الامتناع عن الإنفاق :

قد يحدث أن يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، وهذا الامتناع لا يخرج عن صورتين :

الأولى : الامتناع بسبب العسر ، والثانية : الامتناع مع القدرة ، أو عدم إثبات العجز ؛ وعلى هذا ساقسم هذا الفرع إلى قسمين حسب هذه الصور .

البند الأول : الإعسار بالنفقة : لا خلاف بين الفقهاء في أن الإعسار - وهو حالة تعرض للإنسان ، تصيره لا يملك ما ينفقه على زوجته - ضرر يدخل على الزوجة ؛ وإنما الخلاف وقع بينهم في الآليات التي يرفع بها الضرر ، ويمكن إرجاع هذا الخلاف وحصره في ثلاثة آراء كالآتي :

الرأي الأول : وهو رأي الحنفية (3) ، حيث يرون أن الضرر الواقع على الزوجة بسبب عسر الزوج لا يرفع بتطبيق الزوجة ؛ وإنما يكون عن طريق الاستدانة ؛ حيث يأمر القاضي الزوجة بالاستدانة ، وللدائن الرجوع على الزوج حال يسره . أو أن تنفق على نفسها إن كانت موسرة ، ولها الرجوع على الزوج ، وإن تعذرت هذه الحالات كانت نفقتها على من تجب عليه لولا الزوج ، وله الرجوع على الزوج إذا أيسر .

وقد استدلوا على ذلك بأدلة من المنقول ، وأخرى من المعقول ، فمن المنقول : **قَوْلُهُ بِنْفَاقِهِ** : ﴿وَإِنْ

كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 280] ، فهذه الآية دلت بعمومها على إنظار المعسر ، والزوج يندرج ضمن هذا العموم .

أما من المعقول فقد استدلوا بأن في التفريق إبطالا لحقه بالكلية ، أما في الإنظار والاستدانة عليه ففيه تأخير ، والإبطال أقوى في الضرر ، فكان التأخير أولى ، والالتزام بالذمة هو المعروف الأليق بحال المعسر .

(1) محمد عمدة ، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية) ، ص 390 ، 391 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 4 ، ص 24 ؛ الدردير ، الشرح الصغير ، ج 1 ، ص 282 ؛ الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 162 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 9 ، ص 237 ، 238 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النبل وشفاء العليل ، ج 14 ، ص 153 .

(3) السرخسي ، المبسوط ، ج 5 ، ص 190 وما بعدها ؛ ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 389 وما بعدها .

الرأي الثاني : ذهب جمهور الفقهاء⁽¹⁾ من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والإباضية إلى أن للزوجة الحق في البقاء مع زوجها والصبر حتى تيسر حاله ، أو أن تطلب التفريق ، وزاد المالكية شرط أن لا تكون عالمة بإعساره حال العقد ؛ إذ في هذه الحالة ليس لها ذلك عندهم .

وقد استدلووا على رأيهم بأدلة من المنقول وأخرى من المعقول ، فمن المنقول : **قَوْلُهُ بَيْعَانًا** : ﴿فَأَمْسَاكَ

بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229] فالإمساك مع عدم الإنفاق ليس إمساكًا بمعروف ، فتعين حينئذ التفريق .

ومن السنة ما روي عن أبي الزناد أنه قال : « سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال : نعم ، قال : سنة ؟ قال : سنة »⁽²⁾ ، وكلام ابن المسيب مرفوع إلى النبي - ﷺ -⁽³⁾ ، أيضا ما ثبت من أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نساءهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى⁽⁴⁾ .

أما من المعقول ، فقد ثبت التفريق للعجز عن الوطاء لعيب من العيوب ، ومعلوم أن الضرر الناتج عن فقد الوطاء أقل من الضرر الناجم عن عدم الإنفاق ؛ إذ البدن لا يقوم من دونها ؛ فإذا ثبت هذا فمن باب أولى ثبوت التفريق نتيجة للإعسار .

الرأي الثالث : وهو رأي الظاهرية⁽⁵⁾ ، حيث ذهبوا إلى أن الزوج إذا أعسر بالنفقة لم يقض عليه بشيء ،

حتى يوسر **قَوْلُهُ بَيْعَانًا** : ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: 286] وإذا أيسر فلا شيء عليه لما مضى ؛ لأن الله لم يكلفه بشيء . وإذا كانت زوجته غنية كلفت بالإنفاق على نفسها وعليه ، ولا ترجع عليه إذا أيسر ؛ لأنها وارثة بدليل قوله تعالى : ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: 233] ؛ والزوجة وارثة فعليةا أن تنفق .

هذه هي مجمل الآراء الفقهية فيما يخص الأثر المترتب عن الإعسار بالنفقة ، ولعل الرأي الثاني هو الأرجح لقوة أدلته ، ولكونه يراعي طبائع الناس ؛ إذ ليس كل الناس في درجة واحدة من الصبر ، والمعلوم أن القاعدة التشريعية ينبغي أن تكون عامة صالحة لجميع الناس .

(1) الدردير، الشرح الصغير ، ج1، ص486 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج3 ، ص442 وما بعدها ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج9 ، ص243 وما بعدها ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج14 ، ص204 وما بعدها . وليس كذلك ما ذكره رعد مقداد (النظام المالي للزوجين ، ص119) من أن الإباضية مثل الحنفية لا يميزون التفريق في حالة الإعسار .

(2) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النفقات ، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، ج7 ، ص469 .

(3) قال الشافعي : « والذي يشبه قول سعيد سنة أن تكون سنة من رسول الله » . المصدر نفسه ، ج7 ، ص469 .

(4) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النفقات ، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، ج7 ، ص469 .

(5) ابن حزم ، المحلى ، ج10 ، ص92 .

كما يلاحظ أن قول المالكية بعدم ثبوت النفقة دينا في ذمة الزوج المعسر⁽¹⁾ ، يدفع بالزوجة للمطالبة بالتفريق ، عكس قول الحنابلة والشافعية ، ولذلك فإن الأخذ بكلامهم أولى من قول المالكية دفعا لهذا الأمر⁽²⁾ .

أما من الناحية القانونية فالمشرع الجزائري قد تبني رأي الجمهور القائل بالفسخ في حالة الإعسار ، ويظهر هذا من عبارة (عدم الإنفاق) التي يفهم منها الامتناع لعجز أو لعمد ، وعلى هذا فإذا أعسر الزوج حق للزوجة طلب التطليق ، مع مراعاة الشروط اللازمة لذلك⁽³⁾ ، وليس كما ذهب إليه البعض من أن الامتناع بسبب العسر لا يخول للزوجة طلب التطليق⁽⁴⁾ ، ولعل هذا اللبس ناجم عن ورود المادة بلفظ عام ، لذلك كان الأولى بالمشرع التفريق بين حالة الامتناع وحالة العسر ، إزالة لهذا اللبس .

هذا ولم يعط المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق في حال علمها بعسر زوجها ، أخذا برأي المالكية .

البند الثاني : الامتناع عن النفقة :

يقصد بالامتناع ترك الزوج الإنفاق على زوجته مع القدرة على ذلك . وتختلف حالة الامتناع عن حالة الإعسار من حيث القصد ، فحالة الإعسار قرينة على الضرر ، لكن يفترض في الشخص المعسر أن يكون حسن النية ، أما حالة الامتناع فهي قرينة على نية الإضرار ، والشخص الممتنع يعتبر ذا نية سيئة ، ولهذا فرق الفقهاء بين الحالتين⁽⁵⁾ .

ولتوضيح الأثر المترتب عن هذه الحالة ستم المعالجة في الفقه الإسلامي ، ثم بيان موقف قانون الأسرة الجزائري :

الفقرة الأولى : في الفقه الإسلامي : أورد الفقهاء على اختلاف بينهم حالات كأثر مترتب عن امتناع الزوج عن الإنفاق ، وهذه الحالات هي :

1- التنفيذ في مال الزوج : قرر الفقهاء أنه إذا كان للزوج مال ظاهر بالتنفيذ يكون فيه مباشرة باقتطاع مقدار النفقة ، ويكون هذا الاقتطاع إما بواسطة الزوجة من دون إذنه ، كما جاء في الحديث حيث أمر النبي -ﷺ- هند بنت عتبة أن تأخذ من مال أبي سفيان ما يكفيها ويكفي ولدها بالمعروف⁽⁶⁾ .

وإما أن يتم التحصيل بواسطة القضاء إذا تعذر عليها ذلك ؛ بأن ترفع أمرها إلى القاضي فيأمره بالإنفاق ،

(1) لأن النفقة في حال الإعسار لا تجب - عندهم - على الزوج ولذلك لا تثبت في ذمته .

(2) صالح بوبشيش ، نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والامتناع ، مجلة الإحياء ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ، جامعة العقيد لخضر ، باتنة ، ع5 ، 2002 ، ص217 .

(3) سيأتي بيان هذه الشروط عند الحديث عن حالة الامتناع .

(4) ممن ذهب إلى هذا فضيلة الدكتور بلحاج العربي ، والأستاذ فضيل سعد ، حيث ذكرا أن من بين الشروط التي ينبغي أن تتوفر لكي

تتمكن الزوجة من طلب التطليق : "أن لا يكون الزوج معسرا" . بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 276 ؛ فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، ط1986 ، ج1 ، ص272 ،

273 .

(5) صاح بوبشيش ، المرجع السابق ، ص222 ، 223 .

(6) سبق تخريجه ، ص113

فإن امتنع وكان له مال ظاهر نفذ فيه حكم النفقة⁽¹⁾.

2- الإجماع عن طريق التعزير : إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يكن له مال ظاهر ، وبقي مصرا على الامتناع بعد أمره بالامتثال ، ففي هذه الحالة يحق للقاضي أن يعزره إما بالضرب وهذا عند الإباضية ، وإما بالحبس وهذا عند الحنفية والحنابلة ورواية عند المالكية . وليس للتعزير بالضرب حد عند من يقول به ، أما بالنسبة للحبس فقد وردت في المذهب الحنفي عدة روايات فيما يخص مدته ، ورجح بعضهم⁽²⁾ ترك تحديدها للسلطة التقديرية للقاضي ؛ لأن الحكمة من الحبس الإضجار وحمل الزوج الأداء ، وهذا مما تختلف فيه أحوال الناس عادة⁽³⁾ .

وهذا الإجراء يجد له مستندا في قول النبي -ﷺ- : « لي الواجد يحل عرضه وعقوبته »⁽⁴⁾ ، والمنتنع عن الإنفاق مع القدرة على ذلك ظالم ، والظالم يستحق العقوبة .

3- التفريق : إذا استمر الزوج في عدم الإنفاق ، ولم يتمكن من تحصيل النفقة منه ، ففي هذه الحالة يحق للزوجة طلب التفريق للضرر اللاحق بها ، ومن قال بالتفريق الجمهور القائلون بالتفريق في الإعسار⁽⁵⁾ ، وخالف الشافعية في الوجه الأصح فقالوا ليس لها الفسخ ؛ لإمكانية استيفاء حقها بالحكم⁽⁶⁾ . ورأي الجمهور أولى ؛ لأن قول الشافعية ينطبق على حالة إمكانية الإنفاق عليها من ماله ، وهذه الحالة لا إشكال فيها ، وإنما الإشكال يكمن في حالة تعذر استيفاء حقها من ماله ، فهذا إضرار ولا يمكن دفعه إلا بالفسخ ، ثم إنه إذا جاز الفسخ على المعذور فغيره من باب أولى ، وأما ما احتجوا به من أنه إذا امتنع في يوم فرما لا يمتنع في الغد بخلاف المعسر⁽⁷⁾ ، فهذا لا يسلم لهم لأن هذا الاحتمال موجود أيضا في حالة المعسر فقد يفتح عليه ويعفى⁽⁸⁾ .

(1) السرخسي، المبسوط ، ج5، ص187 وما بعدها ؛ ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج4 ، ص390؛ الصاوي ، بلغة السالك ، ج1، ص486 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج3 ، ص442 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج9 ، ص245 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج10، ص92 ، حيث أشار ابن حزم إلى أن الزوجة إذا وجدت مال الزوج أن تأخذ منه حسب ما يكفيها ، كما دل عليه حديث هند بنت عتبة .

(2) هو رأي الإمام السرخسي .

(3) السرخسي ، المصدر السابق ، ج5 ، ص187 ، 188 ؛ ابن الهمام ، المصدر السابق ، ج4 ، ص390 ؛ التسولي ، البهجة شرح التحفة ، ج1 ، ص374 ؛ الصاوي ، المصدر السابق ، ج1 ، ص486 ؛ ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج9 ، ص245 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج6 ، ص483 ، ج14 ، ص204 .

(4) أخرجه البخاري في صحيحه معلقا ، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس ، باب لصاحب الحق مقال ، ج3 ، ص155 ، وقد أخرجه أبو داود في سننه موصولا من طريق عمرو بن الشريد عن أبيه ، كتاب الأفضية ، باب في الحبس في الدين وغيره ، ج2 ، ص281، 282 . قال عنه الحافظ ابن حجر إن إسناده حسن . فتح الباري ، ج5 ، ص47 .

(5) وهم المالكية والحنابلة والإباضية ، ينظر : التسولي ، المصدر السابق ، ج1 ، ص374 ؛ الصاوي ، المصدر السابق ، ج1 ، ص486 ؛ ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج9 ، ص246 ؛ اطفيش ، المصدر السابق ، ج6 ، ص283 ، 284 ، ج14 ، ص204 ، 205 .

(6) الخطيب الشربيني ، المصدر السابق ، ج3 ، ص442 .

(7) ابن قدامة ، المغني ، ج9 ، ص246 .

(8) صالح بوبشيش ، نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والامتناع ، ص227 .

بقي في الأخير أن أشير إلى مسألة ما إذا لم تتضح حالة الشخص ، هل هو معسر أم غير معسر ، وهذه المسألة أشار إليها الحنفية والمالكية ، فالحنفية قالوا : إذا لم يثبت للقاضي عسر الزوج من عدمه ، فلا يحبس في أول الأمر ، بل يأمره بالإفناق مع التهديد بالحبس إذا لم يفعل ، فإن تكررت الشكوى مرتين أو ثلاثا فله حبسه لظهور ظلمه ، فإن اتضح له عسره بعد ذلك خلى سبيله . أما المالكية فقالوا بأن القاضي في هذه الحالة يأمره بالإفناق أو الطلاق ، فإن امتنع ضربت له مدة ثم طلق عليه ، وقيل يطلق عليه في الحال⁽¹⁾ .

الفقرة الثانية : موقف قانون الأسرة الجزائري : رتب المشرع الجزائري على الامتناع عن النفقة مع القدرة على ذلك أثرين : أحدهما : مدني ، والآخر جنائي ، وتوضيح ذلك كالآتي :

أولا : الأثر المدني : تبني المشرع الجزائري رأي الجمهور الذي يعطي للمرأة حق طلب التتطبيق في حال امتناع زوجها عن النفقة ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة ، وعليه فالزوجة التي امتنع زوجها عن الإفناق عليها يحق لها أن ترفع دعوى قضائية تطالب فيها بالتطبيق ، وحتى يتسنى لها ذلك ينبغي توفر الشروط الآتية :

- 1- صدور حكم يقضي بوجوب⁽²⁾ سداد النفقة ، وينبغي على الزوجة أن تحصل على نسخة من هذا الحكم
- 2- أن يكون هذا الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه ، أي لا يقبل الطعن.
- 3- أن يكون الزوج قد بلغ بالحكم المسند إليه ، وثبت امتناعه بموجب محضر يحضره المكلف بالتنفيذ ، ولم يكن ثمة عذر مقبول⁽³⁾ .

هذا ولم ينص المشرع على المدة التي ينبغي على الزوجة أن تنتظرها بعد صدور الحكم ليتسنى لها طلب التطبيق ، وإنما ترك هذا للاجتهاد القضائي ، وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 ، والمحكمة العليا قد استقرت على تحديد المدة بأكثر من شهرين⁽⁴⁾ .

كما أنه لم يتحدث عن الزوج الممتنع عن النفقة إذا كان له مال ظاهر ، ولهذا تقترح الدراسة إضافة مادة مفادها : " إذا كان الزوج الممتنع عن النفقة له مال ظاهر وجب تنفيذ الحكم فيه دون الحاجة إلى التطبيق " .

ثانيا : الأثر الجنائي : يترتب على عدم الإفناق أيضا أثر جنائي نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات ، جاء فيها : " يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى ثلاث سنوات ، وبغرامة من 500 إلى 5000 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 ضده بدفع نفقة إليهم .

(1) السرخسي ، المبسوط ، ج5 ، ص 187 ، 188 ؛ الصاوي ، بلغة السالك ، ج1 ، ص 486 .

(2) العبارة الواردة في المادة 53/1 ينبغي أن تعدل ؛ لأن الحكم يتضمن أمرا للزوج بالامتثال في تسديد النفقة ولا يتضمن وجوب النفقة ، لأنها واجبة ابتداءً بوجود سببها وهو الزوجية .

(3) عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 203 ، 204 ؛ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 187 ، 276 وما بعدها .

(4) غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 34791 صادر في : 19/11/1984 ، م ق ، ع3 ، 1989 ، ص 76 .

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل ، أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال والمحكمة المختصة بالجنح المشار إليها في هذه المادة هي محكمة موطن ، أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة ، أو المنتفع بالمعونة⁽¹⁾ .

وبناء على هذا النص ، إذا رفعت الزوجة دعوى قضائية ضد زوجها بامتناعه عن الإنفاق ، وصدر بذلك حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه ، وامتنع الزوج عن تنفيذه بعد إمهاله مدة شهرين حسب نص المادة ؛ فإنه يحق لها ، بعد تسلمها للحكم القضائي ، ومحضر التكليف بالأداء ، ومحضر الامتناع (الذي يحمره المحضر القضائي) ، أن ترفع شكوى لدى وكيل الجمهورية ، الذي يقوم ببناء على هذه الشكوى تحريك الدعوى العمومية لمتابعة هذا الزوج جنائيا⁽²⁾ .

حيث يحق للمحكمة المختصة بنظر القضية ، بعد ثبوت الجريمة أن توقع على الزوج عقوبة بدنية تتراوح بين ستة أشهر وثلاث سنوات حبسا ، وعقوبة مالية تتراوح ما بين خمسمائة وخمسة آلاف دينار نتيجة للامتناع عن دفع النفقة بعد الحكم وليس قبله . ويلاحظ أن المشرع الجزائري لخطورة هذا الأمر اعتبر أن عدم الدفع عمدي مفترض ، إلا إذا ثبت العكس وهذا استثناء من القاعدة العامة في إثبات الركن المعنوي (القصد الجنائي)⁽³⁾ ، كما اعتبر أن الإعسار الناتج عن الكسل أو سوء السلوك لا يعد عذرا مقبولا⁽⁴⁾ .

وخلاصة القول إن النفقة حق مالي يثبت للزوجة على زوجها بعقد الزواج الصحيح ، في نطاق المشتملات الأساسية السابقة الذكر ، وما زاد عن هذا الحد فلا يدخل في حقها ولا يكلف به الزوج شرعا وقانونا ، فإن طلبته فهو من مالها ، لا من ماله .

(1) الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات .

(2) بن وارث . م ، مذكرات في القانون الجزائري الجزائي (القسم الخاص) ، دار هومة ، الجزائر ، دط ، 2004 ، ص 165 ؛ عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 202 ، بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1 ، ص 185 ، 186 .

(3) القاعدة العامة في إثبات القصد الجنائي أنه يقع على عاتق سلطة الاتهام (النيابة العامة) ، وهذا إعمالا لقريفة البراءة الأصلية . ينظر : محمد مروان ، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري ، د . م . ج ، الجزائر ، دط ، 1999 ، ج 1 ، ص 185 .

(4) بن وارث . م ، مرجع سابق ، ص 167 ؛ عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 203 ؛ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1 ، ص 185 ، 186 .



المبحث الثاني : الحقوق المتحركة انتهاء

تتولد عن الزواج حقوق تشكل مصدرا من مصادر الذمة المالية للزوجة ، وهذه الحقوق يمكن تسميتها بالحقوق المتحركة انتهاء ؛ لأنها تتولد عن الزواج لكنها لا تتفعل إلا بوجود واقعة معينة ، وهذه الحقوق هي : حق الإرث ، ونفقة المطلقة (نفقة العدة ونفقة المتعة) . وعلى هذا سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

- المطلب الأول : حق الإرث .
- المطلب الثاني : نفقة المطلقة .

المطلب الأول : حق الإرث

إرث الزوجة من زوجها هو من الحقوق الساكنة الناشئة⁽¹⁾ عن الزواج ؛ أو إن صح التعبير هو من الحقوق المتحركة انتهاء ؛ أي إنها لكي تتفعل لابد من حدوث واقعة الوفاة .

ولتوضيح هذا الحق يتطلب الأمر التطرق إلى السبب الموجب لهذا الحق ؛ ثم إلى شرطه ومانعه ، وبعدها التطرق إلى ذكر المقدار المستحق .

الفرع الأول : سبب نشوئه

ينشأ حق إرث الزوجة من زوجها بناء على قيام رابطة الزوجية (عقد الزواج الصحيح) ؛ سواء أتم الدخول أم لم يتم . فإذا مات الزوج قبل الدخول بالزوجة فإنها ترثه ؛ لأن النبي - ﷺ - قد قضى في بروع بنت واشق أن لها الميراث ؛ وقد مات عنها زوجها قبل الدخول والفرض⁽²⁾ .

وإذا حدث الطلاق ، ثم حدثت بعده واقعة الوفاة ؛ فإن الزوجة ترث من زوجها إذا كانت في عدة الطلاق الرجعي ؛ لأن الزوجية في هذا النوع من الطلاق لا تزال قائمة ، ولا خلاف في هذا .

أما إذا كانت المعتدة من طلاق بائن سواء أكانت البيئونة كبرى أم صغرى ؛ فإنها لا ترث من زوجها ؛ لأن البيئونة تقطع رباط الزوجية فلا يبقى بذلك للزوج على زوجته أي حق ، عكس الرجعية⁽³⁾ .

هذا إذا كان المطلق في حال الصحة ، ولم يكن مريضاً ؛ لأنه في هذه الحالة لا يتهم - ظاهراً - بالفرار من إرث الزوجة . أما إن طلقها في مرض موته ، ففي هذه الحالة يتهم في قصده - ظاهراً - على أنه فار من توريث زوجته ؛ ويسمى طلاقه عند الفقهاء بـ : طلاق الفار . وهذه الحالة اختلفت فيها أنظارهم بين معتبر للبيئونة الموجبة لعدم الإرث ، وبين معتبر للقصود من الطلاق وهو الفرار ، فعاملوه بنقيض قصده⁽⁴⁾ .

(1) المقصود بالحقوق الساكنة : هي تلك التي تنشأ غير متحركة ، وتحتاج لكي تتفعل إلى وجود واقعة معينة ، كحق إرث الزوجة من زوجها مثلاً ؛ فإنه ينشأ بمقتضى عقد الزوجية ، لكنه يتحرك بوجود واقعة الوفاة . ويمكن استنباط هذا مما ذكره ابن قدامة في المغني : " أن المرض سبب يفضي إلى وصول المال إليهم بالميراث ، والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردهما... " . ابن قدامة ، المغني ، ج 4 ، ص 520 . ويقصد بالمرض مرض الموت المتصل بالموت ، ومنه فالوفاة هي العلة المفعلة والحركة للحق في الإرث .

(2) سبق تخريجه ، ص 99 .

(3) ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج 3 ، ص 386 ، ج 6 ، ص 372 ؛ ابن جزئي ، القوانين الفقهية ، ص 177 ، 291 ؛ عبد الرحمن الأخضر ، شرح الدرّة البيضاء ، ص 59 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ، ص 4 ؛ الباجوري ، حاشية الباجوري ، ص 53 ؛ ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج 7 ، ص 213 ، 217 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 7 ، ص 481 ، ج 15 ، ص 367 ، 368 .

(4) عبد الكريم زيدان ، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، ج 11 ، ص 270 .

فالجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة والإباضية (في الرواية المشهورة) ذهبوا إلى أنها ترث ، عملاً بنقيض مقصوده ، مع اختلاف بينهم في حدود العمل بهذه القاعدة .

فالحنفية والإباضية ذهبوا إلى أنها ترث منه ما لم تنقض عدتها⁽¹⁾ . وذهب المالكية إلى أنها ترثه سواء انقضت عدتها أم لا ، وسواء تزوجت أم لم تتزوج⁽²⁾ . أما الحنابلة فذهبوا إلى أنها ترث منه ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج⁽³⁾ .

واحتج هؤلاء بما فعل عثمان بن عفان حين ورث زوجة عبد الرحمن بن عوف لما طلقها في مرض موته فبتها ، واشتهر ذلك بين الصحابة ولم يكن ثمة معارض فكان إجماعاً ؛ ولأنه قصد فاسد فيجب معاملته بنقيض قصده كالقاتل⁽⁴⁾ .

وذهب الشافعي في الجديد والظاهرية والإباضية في رواية أخرى إلى أن المطلقة البائن لا ترث إذا طلقها زوجها ، سواء أكان الطلاق في حال الصحة أم في حال المرض ؛ لأن الإرث يثبت بالزوجية ، وهنا الزوجية قد انقطعت⁽⁵⁾ .

هذا ولا خلاف عند الفقهاء في أن النكاح الباطل لا يثبت به إرث ، كنكاح المتعة مثلاً . أما النكاح الفاسد : فالجمع على فساده كالنكاح بلا شهود لا يثبت فيه توارث ، أما النكاح المختلف في فساده كالنكاح من غير ولي ، ففيه خلاف ، فذهب جمهور الفقهاء إلى منع الإرث فيه ، في حين ذهب المالكية إلى عدم ذلك مراعاة لشبهة الخلاف ، ولو كان الخلاف خارج المذهب بشرط أن يكون الموت قبل الفسخ⁽⁶⁾ . واستثنوا من هذا الزواج في حالة مرض الموت ، فهو وإن كان مختلفاً في صحته إلا أنهم قالوا : لا توارث فيه إن مات أحدهم قبل الفسخ ولو تم الدخول لنهي النبي - ﷺ - عن إدخال وارث ، والنهي يقتضي الفساد⁽⁷⁾ .

(1) نظام وآخرون ، الفتاوى الهندية ، ج 1 ، ص 462 ؛ ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج 3 ، ص 383 ، 384 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 7 ، ص 497 ، 498 . عند الحنفية لا ترث في حال الطلاق قبل الدخول ولو بعد الخلوة الصحيحة . ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج 3 ، ص 120 . وعند الإباضية إن طلق قبل الدخول ومات وكان الطلاق في مرض الموت ورثت . اطفيش ، المصدر السابق ، ج 7 ، ص 501 .

(2) ابن جزئي ، القوانين الفقهية ، ص 172 ، عبد الرحمن الأخضر ، شرح الدرّة البيضاء ، ص 58 .

(3) ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص 218 .

(4) ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج 7 ، ص 218 .

(5) الباجوري ، حاشية الباجوري ، ص 53 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ، ص 228 ؛ اطفيش ، المصدر السابق ، ج 7 ، ص 501 .

(6) ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج 6 ، ص 762 ؛ ابن جزئي ، المصدر سابق ، ص 159 ، 160 ؛ الدردير ، الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 216 ؛ عبد الرحمن الأخضر ، المصدر السابق ، ص 57 ؛ الباجوري ، المصدر السابق ، ص 53 ؛ ابن قدامة ، المصدر

السابق ، ج 7 ، ص 345 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ، ص 491 ، 514 ؛ اطفيش ، المصدر السابق ، ج 15 ، ص 368 .

(7) الدردير ، الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 214 ؛ الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 2 ، ص 214 . وهي رواية عند

الإباضية . اطفيش ، المصدر السابق ، ج 15 ، ص 368 .

أما من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري نص على اعتبار الزوجية الصحيحة أحد الأسباب المنشئة للإرث (مادة 126 ق . أ) سواء أتم الدخول أم لم يتم (م 130 ق . أ) ، ولو كانت حكما كالمعتدة من طلاق رجعي ؛ وهذا ما يفهم من نص المادة : 132 من ق . أ .

أما إن حدث طلاق بائن أو كان رجعيا وانتهت العدة ففي هذه الحالة لا توارث بين الزوجين وهو ما نصت عليه المادة 132 ق . أ (1) .

ولم ينص المشرع الجزائري على طلاق المريض مرض الموت ، وإنما يرجع في أحكام المريض مرض الموت إلى أحكام الفقه الإسلامي مثلما تقضي به المادة 222 ق . أ .

هذا وقد ورد في حيثيات القرار رقم 101444 أن الزوج إذا طلق زوجته طلاقا بائنا ومات وهي في عدتها ، وقد ثبت أنه قصد حرمانها من الميراث ، أما ترثه ويعتبر الزواج قائما حكما ، وهذا معاملة له بنقيض مقصوده (2) .

الفرع الثاني : شرط إرث الزوجة من زوجها

المعلوم أن الملكية اختصاص واستئثار بالشيء يُمكن صاحبه من الانتفاع بالشيء . والميراث من هذا القبيل فهو خلفية الوارث للمورث ، ومن هنا فحتى ترث الزوجة من زوجها ينبغي توفر الشروط الآتية (3) :

أولاً (4) : موت المورث : وهو زوجها سواء أكان هذا الموت حقيقة - ويكون بالمعينة كما إذا شوهد ميتا ، أو بالبينة - ، أو حكما وهذا يكون عن طريق القاضي كما في حالة المفقود (5) . وهذا ما نص عليه المشرع

(1) بلحاج العربي ، أحكام الميراث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة ، د . م . ج . الجزائر ، ط 2 ، 2005 ، ص 55 .

(2) غ . أ . ش بالحكمة العليا ، قرار رقم 101444 صادر بتاريخ: 1993/12/21 ، م ق ، ع 2 ، 1996 ، ص 73 .

(3) هذه الشروط هي عامة في الإرث ، حاولت هنا أن أذكر منها ما يخص الزوجين فقط .

(4) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 ، ص 253 ؛ محمد مصطفى شلي ، أحكام الميراث بين الفقه والقانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، دط ، ص 247 وما بعدها ؛ بلحاج العربي ، أحكام الميراث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة ، ص 58 ، 59 .

(5) اختلف الفقهاء في المدة التي يحكم بعدها القاضي بموت المفقود ، فذهب الحنفية في ظاهر المذهب و الشافعية إلى أن المدة تقدر بموت أقرانه . وذهب المالكية إلى التفريق بين بلاد الإسلام وغير بلاد الإسلام ، ففي بلاد الإسلام فرقوا بين حالة يغلب فيها الهلاك وحالة لا يغلب فيها الهلاك ، ففي الأولى قالوا : للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي ، ويكون حكمه حكم من مات فعلا ، وتعتد زوجته من ذلك اليوم ، ويورث ماله ، ولا حاجة لحكم القاضي ، أما في الحالة الثانية ؛ فإنه يحكم بوفاته بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده ، وإن كان في غير بلاد الإسلام ، ففي حالة السلم لا بد من مرور مدة التعمير بحكم القاضي في المعتمد ، وفي حالة الحرب ؛ فإنه بعد التحري والتحقيق يضرب له أجل سنة ، فإن انتهت اعتدت زوجته وقسم ماله . أما الحنابلة فقالوا : إن كانت حالته يغلب فيها الهلاك حكم بموته بعد مضي أربع سنوات من يوم فقده ، وإن كانت لا يغلب فيها الهلاك ؛ فإنه لا يحكم بموته إلا إذا ثبت ذلك ، وفيه رواية عن أحمد أنه يحكم بموته بعد مضي مدة يموت فيها أقرانه قدرها بتسعين سنة من يوم ولادته ، أما ابن حزم فذهب إلى أنه لا يحكم بفسخ النكاح ولا يقسم ماله حتى يصبح موته ، فإذا ثبت رفعت أمرها إلى القاضي ، وبعدها تتزوج إن شاءت ، ويقسم ماله ، أما الإباضية فقالوا : يحكم بموته بعد مضي أربع سنوات من يوم فقده ، ويقسم ماله ، وقد اختار المشرع الجزائري رأي الحنابلة ، ونص في المادة 113 من ق . أ على أنه يمكن للقاضي بعد التحري أن يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات وهذا في الحالة التي يغلب فيه هلاكه كحالة الحرب ، أما الحالة التي لا يغلب فيها السلامة فالأمر خاضع لسلطة للقاضي في تقدير المدة



الجزائري في المادة 127 من ق . أ . وثبوت تاريخ ومكان موت المورث يتعين بناء على ما هو موجود في سجل الحالة المدنية ، أو شهادة الوفاة (المادة 26 ق . م) ، وإما حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية⁽¹⁾ .

وترجع أهمية تحديد مكان ووقت الوفاة إلى معرفة الجهة المختصة إقليميا في الفصل في التراعات المتعلقة بالتركة وكذا القانون المطبق ؛ إذ التركة تخضع للقانون الساري به العمل وقت الوفاة⁽²⁾ .

ثانيا : تحقق حياة الزوجة :

فيجب أن تكون حياة الزوجة محققة حين ثبوت وفاة زوجها ؛ فإن لم يتحقق ذلك ولم يعلم السابق من اللاحق فلا ترث وهذا عند الحنفية والمالكية والشافعية⁽³⁾ . وذهب الحنابلة إلى أنه إذا لم يعلم السابق من اللاحق لكن دون أن يختلف الورثة ؛ فإنهما يتوارثان ، كل يرث صاحبه من تلامد⁽⁴⁾ ماله دون ما ورثه من الميت حتى لا يدخله الدور ، وإن اختلف الورثة فالصحيح في المذهب التحالف وعدم الإرث بينهما ، فإن تحقق موتهما معا فلا يرث بينهما⁽⁵⁾ . أما الإباضية فقد ذهبوا مذهب الحنابلة لكن دون تفصيل هذه الحالة ، حيث إنهم ذكروا أنه لو توفي الزوج والزوجة ولم يعلم السابق من اللاحق ؛ فإن الزوج يرث من مال زوجته دون ما ورثته منه ، وهي ترث من مال زوجها دون ما ورثته منها⁽⁶⁾ .

وقد نص قانون الأسرة رقم 84 - 11 على هذا الشرط في المادة : 128 التي جاء فيها : " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا أو وقت افتتاح التركة ، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث " . واختار في المادة 129 منه الرأي الأول ؛ أي عدم الإرث إذا لم يعرف السابق من اللاحق .

ثالثا : انتفاء المانع : المقصود منه أن لا يكون هناك مانع من موانع الميراث . وموانع الإرث المتعلقة بالزوجة يمكن حصرها في الآتي : مانع القتل ، مانع الدين .

اللازمة لذلك بعد مضي أربع سنوات . ينظر: المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج 2 ، ص 479 ؛ التسولي ، البهجة شرح التحفة ، ج 1 ، ص 377 وما بعدها ؛ الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 25 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 1 ، ص 131 ، 132 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ، ص 133 ، 134 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 7 ، ص 38 ، 39 .

⁽¹⁾ ورد في المادة 26 من القانون المدني أنه : " تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك ، وإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية " . أمر رقم : 75 - 58 المتضمن القانون المدني .

⁽²⁾ بلحاج العربي ، أحكام الموارث ، ص 58 . جاء في قرار المحكمة العليا : " ... وتخضع تركة المالك للقانون الساري المفعول به العمل يوم الوفاة " . غ . أ . ش بالمحكمة العليا . قرار 26239 تاريخ : 11 / 01 / 1982 ، ن . ق ، عدد خاص ، ص 230 .

⁽³⁾ ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج 6 ، ص 798 ؛ القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، ج 2 ، ص 535 ؛ الشيرازي ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 25 .

⁽⁴⁾ التلامد ، والتالد ، والتلبد : كل مال قدم ؛ وخلافه الطارف والظريف . الفيومي ، المصباح المنير ، ص 105 .

⁽⁵⁾ المرادوي ، الإنصاف ، ج 7 ، ص 345 وما بعدها .

⁽⁶⁾ اطفيش ، المصدر السابق ، ج 15 ، ص 512 .

1. مانع القتل : إذا قتلت الزوجة زوجها فإنها تمنع من إرث لقوله - ﷺ - : « لَيْسَ لِقَاتِلِ مِيرَاثٍ »⁽¹⁾ ، وعملا بقاعدة من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بجرمانه⁽²⁾ . وإن اتفقوا على هذا القدر فإنهم اختلفوا في نوع القتل المانع ، فذهب الحنفية⁽³⁾ إلى أن القتل المانع هو القتل الحرام الموجب للقصاص أو الكفارة ؛ فيدخل فيه القتل العمد وشبهه ، والخطأ وما يجري مجراه ؛ ولهذا فإذا قتلت الزوجة زوجها عمدا أو شبهه (كأن تضربه بما لا يقتل غالبا) ، أو بالخطأ كأن أرادت شخصا فأصابته زوجها ، أو صدمته بمركبة ففي هذه الحالة تمنع من الإرث . في حين ذهب المالكية⁽⁴⁾ إلى أن القتل المانع من الإرث هو القتل العمد العدوان سواء أكان ذلك بصفة مباشرة أم بالتسبب ، فاعلا أصيلا أم شريكا .

أما القتل الخطأ فلا يمنع من ميراث المال ، وإنما يمنع من الإرث من الدية ، وهو مبني على أصل عمل أهل المدينة حيث جاء في الموطأ : « قال مالك : الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن قاتل العمد لا يرث من دية من قتل شيئا ولا من ماله ... وأن الذي يقتل خطأ لا يرث من الدية شيئا ... لأنه لا يتهم على أنه قتله ليرثه وليأخذ ماله ، فأحب إليه أن يرث من ماله ، ولا يرث من ديته »⁽⁵⁾ .

أما عند الشافعية فإن الزوجة إذا قتلت زوجها بأي نوع كان لم ترثه ؛ إذ القتل المانع عندهم مطلق ، فالقتل العمد العدوان وشبهه ، والخطأ ، والتسبب ، وكل من له دخل ، سواء أكان القتل بحق أم بغير حق فالشخص ممنوع من الميراث⁽⁶⁾ .

وذهب الحنابلة مذهبا قريبا من رأي الحنفية ، غير أنهم خالفوهم فيما إذا كان القتل تجب فيه الدية ، فعند الحنابلة كل قتل بغير حق وجب فيه القود ، أو الدية ، أو الكفارة ، فهو مانع من الميراث أخذا بعموم الأخبار⁽⁷⁾ .

(1) رواه ابن ماجه في سننه ، كتاب الديات ، باب القاتل لا يرث ، حديث رقم 2646 ، ج 2 ، ص 884 . قال فيه السيوطي أنه حديث صحيح . السيوطي ، الجامع الصغير ، ج 2 ، ص 463 .

(2) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1990 ، ص 152 .

(3) عبد الغني الغنيمي ، اللباب في شرح الكتاب ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، دار الحديث ، حمص ، ط 4 ، 1979 ، ج 3 ، ص 141 وما بعدها ؛ المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج 4 ، ص 501 .

(4) الباجي ، المنتقى ، ج 7 ، ص 108 ؛ الحطاب ، مواهب الجليل ، ج 6 ، ص 442 ؛ الدردير ، الشرح الكبير ، ج 4 ، ص 432 ؛ الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 4 ، ص 432 .

(5) مالك ، الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي ، كتاب العقول ، ما جاء في ميراث العقول والتغليظ فيه ، ص 625 ، 626 .

(6) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 24 ؛ الباجوري ، حاشية الباجوري ، ص 59 وما بعدها . وفي المذهب روايتين ، الأولى : إن كان القتل مضمونا لم يرثه ؛ لأنه قتل بغير حق ، وإن كان غير مضمون ورثه ؛ لأنه قتل بحق . الثانية : التفرقة بين المتهم وغير المتهم ، فالمتهم كالمخطئ أو الحاكم إذا قتل مورثه في حد الزنا بالبينة لم يرثه لمدخل الاتهام ، أما غير المتهم كما لو قتله في حد الزنا بإقراره فلا يمنع من الميراث . الشيرازي ، السابق ، ص 24 .

(7) ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص 161 وما بعدها ؛ مرعي بن يوسف الحنبلي ، دليل الطالب لنيل المطالب ، تحقيق عبد الله عمر البارودي ، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت ، ط 2 ، 1991 ، ص 192 .

أما الإباضية : فإن القتل عندهم مانع للإرث بأي وجه كان مثل الشافعية تماما ، سواء أكان القتل عمدا أو خطأ ، بحق أم بغير حق ، فلا يرث في ذلك ، بل ولو وقع موجب القتل قبل أن يكون وارثا ، كما لو جرحت امرأة رجلا ثم تزوجته فمات بذلك الجرح ففي هذه لا ترثه أيضا ؛ ومدعى ذلك عموم قوله - ﷺ - : « لَيْسَ لِقَاتِلِ مِيرَاثٍ » ، وأيضا خوف الاستعجال في بعض الصور ألحق به بعضها طردا للباب (1) .

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن مسألة عدم إرث المرأة من دية زوجها إذا قتلتها لا خلاف فيه ، أما إذا لم تقتله فإنها ترثه (2) ، غير أن عمر بن الخطاب كان يرى عدم ارثها ابتداء ، ثم تراجع عن ذلك حين أخبر بحديث أشيم الضبائي ، فقد روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب كان يقول : الدية للعاقلة ، ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئا ؛ حتى أخبره الضحاك بن سفيان الكلبي أن رسول الله - ﷺ - كتب إليه : « أن ورث امرأة أشيم الضبائي من دية زوجها » (3) . وذكر الباجي أنه توجد رواية عن علي أن الزوجين والإخوة لا يرثون من الدية (4) .

أما من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري قد تبني رأي المالكية ، حيث نص في المادة 135 من ق . أ على أنه : « يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم :

1. قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا .
2. شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه .
3. العالم بالقتل أو تديره إذا لم يخبر السلطات المعنية . «

وفي المادة 137 نص على أن القاتل خطأ يرث من المال دون الدية أو التعويض .

وعليه فالقتل الذي يمنع الزوجة من إرث زوجها هو القتل العمد العدوان ، بغير حق ولا عذر قانوني ، وفي هذه الحالة لا ترث من المال أو الدية . أما إذا كان القتل خطأ فلا تمنع من الإرث من المال ، وتمنع من الدية ؛ لعدم توفر القصد الجنائي ؛ ولأن الدية واجبة عليه ؛ لذلك منع من الإرث منهما .

(1) اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 15 ، ص 352 وما بعدها .

(2) ذكر الدكتور وهبة الزحيلي (الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 ، ص 263) أن المالكية يقولون : بعدم توارث الزوجين من الدية لعله انقطاع الزوجية بالموت ، ولا وجوب للدية بعده ، وهو في ذلك تبعاً لما ذكره شرح صاحب السراجية من أنه مروى عن مالك (حسب ما نسبته إليه الباجوري ، مصدر سابق ، ص 61) ، وهذا التعليل يقتضي عدم إرث الزوجين مطلقا ، في حين أن المالكية يورثون أحد الزوجين من دية الزوج الآخر إن لم يكن هو القاتل (الباجي ، المنتقى ، ج 7 ، ص 104) ؛ ولذلك قال الباجوري بأن ما رواه صاحب السراجية عن مالك لا يعول عليه (ينظر الباجوري ، مصدر سابق ، ص 61) .

(3) رواه أبو داود في سننه في آخر كتاب الفرائض ، باب في المرأة ترث من دية زوجها ، ج 2 ، ص 117 ، و الترمذي ، أبواب الديات ، باب ما جاء في المرأة ترث من دية زوجها ، حديث رقم 1436 ، ج 2 ، ص 434 ، أبواب الفرائض ، باب ما جاء في ميراث المرأة من دية زوجها ، حديث رقم 2139 ، ج 3 ، ص 288 . وقال حديث حسن صحيح ، واللفظ له .

(4) الباجي ، المنتقى ، ج 7 ، ص 104 .

هذا وقد أصاب المشرع الجزائري حين اختار مذهب المالكية ؛ لكونه أعدل المذاهب ؛ ولتماشيه مع روح النص ، وانطباق القاعدة الفقهية المعروفة على الحالة التي ذهب إليها ؛ ولذلك اختارت الكثير من التشريعات العربية هذا المذهب⁽¹⁾ .

2. مانع الدين : إذا اختلف الدين بين المورث والوارث فلا يرث بينهما باتفاق⁽²⁾ ، فلا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ، سواء أكانت العلاقة بينهما بنسب ، أم بسبب كالزوجية . ودليل ذلك قوله - ﷺ - : « لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم »⁽³⁾ وقوله أيضا : « لا يتوارث أهل ملتين شتى »⁽⁴⁾ ؛ ولأن الولاية بين المسلم والكافر منقطعة .

وهذا المانع لا يتصور إلا من جهة واحدة وهي الزوجة ؛ إذ يمكن أن تكون الزوجة من أهل الكتاب ، أما من جهة الزوج فلا يتصور ذلك ؛ لأنه يحرم على المسلمة التزوج بكافر مصداقا لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾ [البقرة : 221] . ومن ثم فالزوجة إذا كانت من أهل الكتاب وتوفي زوجها فإنها لا ترثه لوجود هذا المانع .

ويندرج ضمن هذا المانع ما يعرف بالمرتد ، وهو من ترك دين الإسلام إلى غيره من الأديان ، حيث إنه لا خلاف بين الفقهاء في أن المرتد لا يرث من غيره شيئا ؛ لانعدام الولاية بينه وبين غيره ؛ ولأن الإسلام لا يقره على رده ، وإنما يوجب عليه عقوبة المرتد وهي القتل⁽⁵⁾ . ولهذا فإذا ارتدت الزوجة فإنها لا ترث زوجها .

(1) التشريع التونسي في الفصل (المادة) : 88 ، القانون المغربي في المادة : 555 من مدونة الأسرة ، المادة 223 ، 264 من قانون الأحوال الشخصية السوري . كما أخذ بهذا التشريع الفرنسي ، حيث من بين الشروط المتوفرة أن لا يكون قاتلا للضحية : ((ne pas être indigne ; c'est ainsi que celui qui a été condamné pour calomnie ou attentat à la vie du défunt en incapable de lui succède (art 727))) . Georges Hubrecht , Eric Agostini , op.cit , pp 237, 238.

(2) علاء الدين الحصكفي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج 2 ، ص 524 ؛ عبد الرحمن الأخضرى ، شرح الدرّة البيضاء ، ص 55 ؛ ابن جزوي ، القوانين الفقهية ، ص 299 ؛ الباجوري ، حاشية الباجوري ، ص 61 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص 165 ، 166 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 15 ، ص 339 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 304 .

(3) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الفرائض ، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ، ج 8 ، ص 194 ؛ مسلم في صحيحه ، كتاب الفرائض ، حديث رقم 1614 ، ج 3 ، ص 1233 .

(4) أبو داود في سننه ، كتاب الفرائض ، باب هل يرث المسلم الكافر ، ج 2 ، ص 113 ، واللفظ له ، وأخرجه الترمذي من طريق آخر ، ومن دون لفظة " شتى " ، أبواب الفرائض ، باب ما جاء بإبطال الميراث بين المسلم والكافر ، حديث رقم 2191 ، قال عنه أنه : حديث غريب لا نعرفه من حديث جابر إلا من حديث ابن أبي ليلى ، ج 3 ، ص 288 ، و ابن ماجه في سننه ، كتاب الفرائض ، باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ، حديث رقم 2731 ، ج 2 ، ص 912 .

(5) عند الحنفية المرأة المرتدة لا تقتل ، وإنما تجلس حتى تسلم ؛ لأن النبي - ﷺ - نهى عن قتل النساء وهو عام في الكافرة الأصلية والعارضة . المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج 2 ، ص 458 ؛ فتح القدير ، شرح فتح القدير ، ج 2 ، ص 71 .

أما لو ارتد الزوج فهل ترثه الزوجة وباقي الورثة أم لا ؟ فيه خلاف :

ذهب أبو حنيفة إلى أن الزوجة وبقية الورثة يرثون من الرجل المرتد في نطاق ما اكتسبه حال إسلامه ، أما ما اكتسبه في رده فهو لبيت المال (خزينة الدولة) . ويشترط في الزوجة أن تكون في عدتها⁽¹⁾ ، وأن تكون مسلمة ، وأن تكون مدخولا بها . أما الصحابيان فلم يفرقا بين حال الإسلام وحال الردة ، فقالا : بأن جميع تركته تؤول إلى الورثة ؛ لأن المرتد لا يقر على رده ، بل يجبر على الإسلام ، وهي رواية عن الإمام أحمد⁽²⁾ . والسبب في توريث المرأة من زوجها المرتد ؛ لأنه بمنزلة الفار وإن كان صحيحا وقت الردة ؛ ولأنه قد فعل ما يجب فسخ النكاح فأشبهه الطلاق البائن في مرض الموت⁽³⁾ .

أما الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في الصحيح من المذهب والظاهرية والإباضية ، فقالوا بأن : المرتد مثله مثل الكافر لا يرث ولا يورث ، وماله كله فيء لبيت مال المسلمين (خزينة الدولة) ، سواء اكتسبه في الإسلام أم بعد الردة⁽⁴⁾ . وذهب الإمام أحمد في رواية ثالثة إلى أن ماله يذهب إلى أهل دينه الذي اختاره إن كان له من يرثه ، وإلا فهو لبيت مال المسلمين⁽⁵⁾ .

ولا فرق عند الجمهور بين الردة في حال الصحة أو في حال المرض⁽⁶⁾ . وخالف الحنابلة فذهبوا إلى أن الزوجة ترث المرتد في مرض الموت ، قياسا على الطلاق في مرض الموت ؛ لأنه فَعَلَ ما يوجب فسخ النكاح⁽⁷⁾ ، فوجب معاملته بنقيض مقصوده .

(1) هذا وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنها ترثه وإن كانت منقضية العدة ؛ لأنها كانت وارثة عند رده ، وبه قال أبو يوسف . ابن الهمام ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 77 .

(2) نظام وآخرون ، الفتاوى الهندية ، ج 6 ، ص 455 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص 174 ، 175 .

(3) المرغيناني ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 459 ؛ ابن الهمام ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 77 .

(4) عبد الرحمن الأخضر ، شرح الدرّة البيضاء ، ص 55 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ، ص 25 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص 171 ، 174 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 15 ، ص 344 ، 345 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 304 .

(5) ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج 7 ، ص 175 .

(6) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 4 ، ص 271 ؛ الباجوري ، حاشية الباجوري ، ص 64 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 306 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 15 ، ص 345 . هذا وقد أورد صاحب المغني أن الإمام مالكا قال : إذا ارتد في مرض الموت فاتهم بقصد الفرار ورثوه (ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص 271) ، وهذا الكلام أيضا نقله ابن اللبان والرافعي عن الإمام مالك كما ذكر ذلك الباجوري (ص 64) . وهذه الرواية لا توجد عند المالكية ؛ بل الموجود عكسها فقد جاء في شرح الزرقاني : « ... ماله لبيت المال ، ولو ارتد في مرضه وقتل أو مات زمن الاستتابة ، ولا ترثه زوجته ولا يتهم أحد أن يرتد لثلاث ترثه زوجته » . الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ، المطبعة الكبرى ، مصر ، دط ، دت ، ج 8 ، ص 81 .

(7) ابن قدامة ، المغني ، ج 7 ، ص 175 .



بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص على مانع الدين ، وإنما ترك الأمر للاجتهاد القضائي وهذا بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية مثلما تنص عليه المادة 222 من ق . أ ، وقد ورد عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا قرار يوضع مسلك القضاء في هذه المسألة حيث جاء فيه : " من المقرر شرعا - وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى⁽¹⁾ - أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث ، ولكنها تأمر بإثبات التمسك بالدين الإسلامي ، فإن القضاء بما يتفق مع أحكام هذا المبدأ يعد مؤسسا على قواعد الشريعة"⁽²⁾ .

أما عن قضية الردة فإن المشرع الجزائري نص عليها في المادة 138 من ق . أ معتبرا إياها مانعا من موانع الميراث ، آخذا في هذا برأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والإباضية .

الفرع الثالث : النصيب المستحق⁽³⁾ :

للزوجة حالتان :

الحالة الأولى : ترث الربع ($\frac{1}{4}$) سواء أكانت منفردة أم متعددة ، وهذا عند عدم الفرع الوارث الولد وأبوين الابن ، وإن نزل .

والدليل قوله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ بِأَنَّ الرُّبُعَ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ ﴾ [النساء : 12] .

الحالة الثانية : الثمن للزوجة أو الزوجات ($\frac{1}{8}$) مع الفرع الوارث - الولد أو ابن الابن ، وإن نزل -

منها أو من غيرها . والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ﴾

[النساء : 12] . وأيضا ما دل عليه حديث ابنتي سعد بن الربيع السابق ، حين قال النبي - ﷺ - - لعمهما :

« أعط ابنتي سعد الثلثين وأعط أمهما الثمن »⁽⁴⁾ .

وهذه المقادير نص عليها أيضا قانون الأسرة الجزائري في المادة 160 (ف 2) جاء فيها : " الزوجة

أو الزوجات ترث الربع عند عدم الفرع الوارث والثمن عند وجوده " .

(1) المجلس الأعلى سابقا ، المحكمة العليا حاليا .

(2) غ . أ . ش ، المحكمة العليا ، قرار رقم 33509 ، مؤرخ في : 9 / 07 / 1984 ، م ق ، ع 3 ، ص 60 . نقلا عن بلحاج العربي ، قانون الأسرة (مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا) ، ص 170 ، 171 .

(3) الطوري ، تكملة البحر الرائق ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1997 ، ج 9 ، ص 374 ؛ عبد الرحمن الأخصري ، شرح الدرر البيضاء ، ص 63 ، 64 ؛ الباجوري ، المصدر السابق ، ص 75 وما بعدها ؛ ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج 7 ، ص 18 ، 19 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 9 ، ص 262 ؛ اطفيش ، المصدر السابق ، ج 15 ، ص 403 ، 404 .

(4) سبق تفريجه ، ص 50 .



فحسب ما يظهر من النص القرآني - السابق - أن فرض الزوجة الواحدة هو فرض الزوجات على السواء لعدم الأولوية ؛ ولأنه لو جعل لكل واحدة الربع إذا اجتمعن لأخذن جل المال . والولد يتناول ولد الابن بالنص أو بالإجماع المستند للقياس .

وهذا النصيب الذي تأخذه الزوجة أو الزوجات إنما يكون من جميع المال الذي تركه الزوج ، عقارا كان أم منقولا لعموم لفظة ﴿ مِمَّا تَرَكَتُمْ ﴾ . ومن هنا يبطل مذهب من يورث الزوجة من المال المنقول فقط دون العقار ، إذا لم يكن لها من الميت ولد⁽¹⁾ بحجة أن « المرأة ليس لها نسب ترث به وإنما هي دخلت عليهم ، وإنما صار هذا هكذا لثلاث تزوج المرأة فيجوز أن يكون لها من قوم آخرين⁽²⁾ فيزاحمون هؤلاء في عقارهم ... »⁽³⁾ ، ولأن « المرأة يمكن الاستبدال بها فما يجوز أن يجيء ويذهب كان ميراثها فيما يجوز تبديله وتغيره إذا شبهها وكان الثابت المقيم على حاله لمن كان مثله في الثبات والمقام »⁽⁴⁾ .

وواضح من هذا التعليل أنه مبني على عرف فاسد⁽⁵⁾ غاية في البطالان لمصادمته منطوق النص ؛ ولأن الشرع لو كان يستثني العقار لبينه خاصة وأنه ثبت إرثها بعد ما كانت محرومة منه كلية ، ولو كان له مستند من الشرع لما خفي على بقية المذاهب .

(1) هو مذهب الجعفرية حيث جاء في أحد كتبهم : « والمرأة لا ترث من زوجها من الأرضين والقرى والرباع من الدور والمنازل ، بل يقوم الطوب والخشب وغير ذلك من الآلات ، وتعطى حصتها منه ، ولا تعطى من نفس الأرض شيئا » ، الطوسي ، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط 2 ، 1980 ، ص 642 .

(2) واضح من هذا التعليل أنه ينطبق على المرأة بوجه عام .

(3) أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن موسى ، علل الشرائع ، دار البلاغة ، د مكان نشر ، د ط ، دت ، ص 571 .

(4) المصدر نفسه ، ص 572 .

(5) الذي يظهر لي أن هذه الظاهرة التي تعرفها بعض مناطقنا مردها إلى هذا المذهب الذي ساد المغرب الإسلامي مع الدولة الفاطمية العبيدية في فترة من الفترات ، إذ المذهب الفقهي لهذه الدولة هو المذهب الجعفري .

المطلب الثاني : نفقة المطلقة

من الحقوق التي تدخل في الذمة المالية للزوجة ، وتحرك بوجود واقعة الطلاق نفقة العدة ونفقة المتعة ، وبيان هذين الحقين كالآتي :

الفرع الأول : نفقة العدة :

اختلف الفقهاء في إيجاب نفقة العدة تبعاً لاختلاف نوع الطلاق وكذا وضعية المطلقة ، كالآتي :

بالنسبة للمطلقة الرجعية ، لا خلاف بينهم في وجوبها⁽¹⁾ بجميع مشتملاتها ، سواء أكانت حائلاً أم حاملاً ؛ لأن الزوجية ما تزال قائمة ؛ ولقوله -ﷺ- لفاطمة بنت قيس : « إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة »⁽²⁾ . أما بالنسبة للبائن ، سواء أكانت كبرى أم صغرى فينبغي التمييز بين حالتين :

الحالة الأولى : إن كانت حاملاً : فتجب لها النفقة بمشتملاتها ، وهذا الرأي قل به جمهور الفقهاء ،

﴿ وَإِنْ كُنْ أَوْلَتْ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمَلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: 06] . فهذه الآية تشمل جميع المطلقات الحوامل⁽³⁾ ، وخالف ابن حزم حيث لم يوجب لها النفقة والسكنى ، واستدل بأن الآية السابقة إنما تخص الرجعيات فقط ؛ لأن القول بأنها تشمل المبتوتة أيضاً يؤدي إلى أن غير المبتوتة لا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً ، واستدل بعموم قوله -ﷺ- لفاطمة بنت قيس⁽⁴⁾ .

الحالة الثانية : إذا لم تكن حاملاً : وهذه الحالة اختلف فيها النظر الفقهي إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : إن المطلقة البائن غير الحامل لها النفقة بجميع مشتملاتها ، وبه قال : الحنفية ورواية عند الإباضية ، بدليل ما روى عن عمر بن الخطاب أنه سمع النبي -ﷺ- يقول : « لها السكنى والنفقة » ، وأيضاً

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 4 ، ص 16 ؛ التسولي ، البهجة شرح التحفة ، ج 1 ، ص 369 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ، ص 440 ؛ أبو البركات ، المحرر في الفقه ، ج 2 ، ص 116 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ، ص 282 ؛ الجنائوني ، كتاب النكاح في الفقه الإباضي ، ص 305 وما بعدها .

(2) أخرجه النسائي في سننه (الاجتبي) ، كتاب الطلاق ، باب الرخصة في الطلاق الثلاث ، ج 6 ، ص 144 ؛ وأحمد في مسنده ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، ج 6 ، ص 373 ، 417 . ورواية أحمد من طريق مجالد ، قال عنه الخطيب : إنه تفرد برفعه وهو ضعيف ، وقال عنه ابن حجر : إنه في أغلب الروايات موقوف على فاطمة . أما رواية النسائي وهي من طريق سعيد بن يزيد الأحمسي ، فالزليعي قال : إنه لم تثبت عدالته ، أما ابن حجر فقال عنه في التقريب : إنه صدوق ، وفي التهذيب قال : ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال الدوري : سمعت يحيى يقول سعيد بن يزيد يروي عنه وكيع كوفي ثقة . الزليعي ، نصب الراية ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 272 ، 273 ؛ ابن حجر ، فتح الباري ، مصدر سابق ج 9 ، ص 396 ؛ ابن حجر ، تهذيب التهذيب ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1 ، 1984 ، ج 4 ، ص 89 ؛ ابن حجر ، تقريب التهذيب ، دراسة وتحقيق عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، 1999 ، ج 1 ، ص 368 .

(3) الكاساني ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 16 ؛ التسولي ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 367 ؛ الخطيب الشربيني ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 440 ؛ أبو البركات ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 116 ؛ الجنائوني ، المصدر السابق ، هامش (1) ، ص 305 ، 306 . يوجد قول آخر عند الإباضية يوجب لها النفقة دون السكنى والكسوة .

(4) ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ، ص 292 .



لقيام حبس النكاح ، وأما حديث فاطمة بنت قيس فأجابوا بأن عمر قد رده ، حيث قال : " لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا ندري صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت... " (1) ، كما طعن فيه أكابر الصحابة كزيد بن ثابت ، وأسامة بن زيد ، وجابر ، وعائشة ، وغيرهم ، وطعنهم في الحديث ليس لكون رواية الحديث امرأة ؛ لأنهم قد قبلوا منها حديثا مطولا عن الدجال ، وإنما كان لعلمهم ثبوت مخالف عن رسول الله - ﷺ - (2) .

وقد ردوا عليهم بأن مخالفة عمر للحديث "إنما كان من جهة الشك في حفظ راوية الحديث ، وتردده في حفظها عذر له في عدم العمل ، وليس حجة على غيره " (3) .

وأما ما وقع في بعض الروايات من أن عمر بن الخطاب سمع النبي - ﷺ - يقول : « لها السكنى والنفقة » ، فهذا لا يصح الاحتجاج به لأنه منقطع (4) . أما حديث « المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة » (5) ، فقد ضعفه النقاد (6) ، ومن ثم فلا يصح الاحتجاج به هو الآخر .

الرأي الثاني : ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن المطلقة البائن (غير الحامل) لها السكن دون النفقة والكسوة ، وبه قال : المالكية والشافعية ورواية عن أحمد ، ورواية ثانية عند الإباضية .

وقد استدلوا على وجوب السكن فقط بِقَوْلِهِ ﷺ : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ

وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾ [الطلاق:06] ، فالله سبحانه وتعالى حيث ذكر السكنى أطلقها ، وهذا يدل على أنها تجب لكل مطلقة ، وحين ذكر النفقة قيدها بالحمل ، فدل ذلك على أن المطلقة البائن

الحائل لا نفقة لها ، وهو ما دلت عليه الآية بمفهومها في بِقَوْلِهِ ﷺ : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أَوْلَتْ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا

عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق:04] ، إذ سياق الآية يدل على أنها في حق المعتدة البائن ؛ لأن

(1) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاثا لانفقة لها ، حديث رقم 1480 ، ج 2 ، ص 1118 ، 1119 .

(2) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 4 ، ص 404 وما بعدها ؛ الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 4 ، ص 16 ؛ الجنائري ، كتاب النكاح في الفقه الإباضي ، هامش (1) ص 306 .

(3) الصنعاني ، سبل السلام ، تحقيق محمد الداوي بلطة ، المطبعة العصرية ، صيدا ، بيروت ، دط ، 1992 ، ج 3 ، ص 353 .

(4) هو من طريق إبراهيم النخعي ، وإبراهيم النخعي ولد بعد سنتين من موت عمر . ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ، ص 297 ، 298 ؛ ابن حجر ، فتح الباري ، ج 9 ، ص 397 .

(5) أخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب الطلاق ، حديث رقم 59 ، ج 4 ، ص 21 .

(6) هذا الحديث من طريق أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر ، وأبو الزبير يؤخذ من حديثه ما ثبت فيه السماع ، أو كان عن الليث عن أبي الزبير ، وأما أبو العالية فقال عنه عبد الحق : إنه لا يحتج بحديثه ، وأيضا ضعفه ابن معين كما ذكر ابن حجر . عبد الحق الإشبيلي ، الأحكام الوسطى ، ج 3 ، ص 226 ؛ الزيلعي ، نصب الراية ، ج 4 ، ص 274 ؛ ابن حجر ، تهذيب التهذيب ، ج 2 ، ص 197 .



الرجعية تجب لها النفقة سواء أكانت حاملا أم حائلا دون خلاف . كما أن النفقة قد وجبت نظير الاستمتاع ، وهنا قد عدت بانقطاع الزوجية فلا مبرر لبقائها⁽¹⁾ .

وقد رد على هذا الرأي بأن إيجاب السكنى دون النفقة ، يخالف النص والقياس ، إذ لو وجبت السكنى لوجبت النفقة .

الرأي الثالث : ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن لا نفقة لها ولا كسوة ولا سكنى ، وبه قال :

الحنابلة في ظاهر المذهب ، والظاهرية . واستدلوا على هذا الرأي بعدة أدلة منها :

1- حديث (فاطمة بنت قيس ، حين طلقها زوجها طلاقا بائنا، فقال النبي -ﷺ- « لَا نَفَقَةَ لَكَ وَلَا سُكْنَى » وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم عند ابن أم مكتوم)⁽²⁾ .

2- النفقة إنما تكون للزوجة في مقابل التمكين ، وهنا قد زالت الزوجية بالبينونة ، فهي كالأجنبية عنه فلا معنى لبقائها .

4- قول عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- « لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة » ، قال عنه الإمام أحمد أنه لم يثبت عنه ، وإنما الثابت عنه أنه قال : « لا نقبل في ديننا قول امرأة »⁽³⁾ وهذا مخالف للإجماع ، لما ثبت من قبول قول المرأة في الرواية⁽⁴⁾ .

هذه هي الآراء الثلاثة التي قيلت في المسألة ، وإن النظر فيها وفي أدلتها يقود إلى اختيار الرأي الثالث ،

للسبب الآتية :

1- قوة أدلته ، ولورود حديث صحيح ثابت النسبة للنبي -ﷺ- وهو نص في المسألة .

2- المطاعن التي سيقت للطعن في حديث فاطمة بنت قيس ضعيفة لا تصلح لرده .

3- عدم ثبوت أحاديث صحيحة تخالف حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها .

4- النفقة تعتبر من المصادر الناجمة عن الرابطة الزوجية ، وهذه الرابطة قد زالت بالبينونة ، فاستمرار النفقة لا مبرر له⁽⁵⁾ .

(1) الدردير، الشرح الصغير ، ج1، ص466 ؛ ابن العربي ، أحكام القرآن ، ج4 ، ص1827 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج3 ، ص401 ، 402 ، 440 ؛ ابن حجر ، فتح الباري ، ج9 ، ص396 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج9 ، ص288 ؛ الجناوي ، المصدر السابق ، هامش (1) ص306 .

(2) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، حديث رقم 1480 ، ج2 ، ص1114 ، 1115 .

(3) رواه الدارقطني في سننه ، عالم الكتب ، بيروت ، ط4 ، 1986 ، بلفظ " لا نجيز في المسلمين قول امرأة " ، كتاب الطلاق ، والخلع والإيلاء وغيره ، حديث رقم 65 ، ج4 ، ص23 .

(4) ابن قدامة ، المغني ، ج9 ، ص288 وما بعدها ؛ ابن القيم ، زاد المعاد ، المؤسسة العربية ، بيروت ، دط ، ج4 ، ص158 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج10 ، ص282 ، 291 وما بعدها .

(5) قد يعترض عن هذا ويقال : إن كان هذا صحيحا فلماذا أُثبتت النفقة للمطلقة البائن الحامل ، والزوجية قد انقطعت ، يجاب عن هذا بما ذكره ابن قدامة في المغني من أن النفقة للمطلقة البائن الحامل ، إنما صرفت للحمل وليس لها ، والإنفاق على الحمل لا يتأتى إلا بالإنفاق عليها . ينظر : ابن قدامة ، المغني ، ج9 ، ص288 .



هذا وقد عالج المشرع الجزائري مسألة نفقة العدة في المادة 61 من قانون الأسرة ، حيث جاء فيها : « لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق⁽¹⁾ .

حيث يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع أعطى للمطلقة المعتدة الحق في النفقة بجميع مشتملاتها ، دون تفريق بين ما إذا كانت رجعية أم بائنة ، حاملا كانت أم حائلا ، لأن الصياغة وردت بلفظ عام ، والأصل في النصوص العموم حتى يرد المخصص . وبذلك يكون قد تبين رأي الجمهور بالنسبة للبائن الحامل ، ورأي الحنفية بالنسبة للبائن غير الحامل رغم ضعف هذا الرأي كما سبق بيانه .

الفرع الثاني : نفقة المتعة :

يقصد بالمتعة المال الذي يعطيه الزوج لزوجته المطلقة بدلا عن الصداق ، أو زيادة عليه ، جبرا لخاظرها وتعويضا لها عن ألم الفراق⁽²⁾ . وهي ملك لها ، لها الحق إذا قبضتها أن تتصرف فيها كما تشاء ، ولها ربحها إن أتجرت فيها⁽³⁾ .

هذا وقد اختلف الفقهاء في حكمها وفي مقدارها كالأتي :

البند الأول : حكمها الفقهي :

اتفق الفقهاء⁽⁴⁾ عدا ابن حزم⁽⁵⁾ على عدم وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول وقد فرض لها في العقد⁽⁶⁾ ، واختلفوا فيما عداها ، حيث يمكن إرجاع هذا الاختلاف إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : وجوبها للمفوضة المطلقة قبل الدخول : ذهب الحنفية والحنابلة والإباضية إلى أن الوجوب يحمل على هذه الحالة فقط ، ويلحق بها أيضا حالة التسمية الفاسدة .

والدليل على هذا **قَوْلُهُ بِعَلَا : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ أَلْوَسِ قَدَرُهُ وَعَلَىٰ أَلْمَقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِأَلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ**

(1) قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

(2) الخرشي ، الخرشي على مختصر خليل ، ج 4 ، ص 87 ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 7 ، ص 384 ؛ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ، ص 316 .

(3) اطفيش ، المصدر السابق ، ج 7 ، ص 391 .

(4) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 2 ، ص 303 ؛ ابن جزوي ، القوانين الفقهية ، ص 181 ؛ الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 63 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 8 ، ص 48 ؛ اطفيش ، المصدر السابق ، ج 7 ، ص 384 .

(5) ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ، ص 245 .

(6) خالف أبو حنيفة ومحمد الجمهور في أن المطلقة قبل الدخول ، والتي سمي لها المهر بعد العقد أنها تعتبر في حكم المفوضة ، إذ الخطاب في قوله تعالى : ﴿ وَقَدْ قَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [البقرة : 237] ينصرف إلى المتعارف ، والمتعارف عليه الفرض في صلب العقد لا بعده ، ومن ثم فالمسمى لها بعد العقد يعتبر في حكم الملقى كأن لم يكن . ينظر : الكاساني ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 309 .

أَلْحَسَنِينَ ﴿٢٣٦﴾ [البقرة : 236] ، وهذا أمر ، والأمر يقتضي الوجوب ، ولا يوجد في ألفاظ الإيجاب كلمة أوكد من " حق " ؛ إذ الحقية المحتوم بها الآية تقتضي الثبوت والإلزام ، و"على" كلمة إلزام وإثبات فالجمع بينهما يقتضي التأكيد ، ثم إنه طلاق في نكاح يقتضي عوضا ؛ لأن المتعة في هذه الحالة بدل عن نصف المهر ، والمهر واجب فبدله يكون واجبا . وهذا لا يتعارض مع الإحسان الذي خُتِمت به الآية ؛ لأن أداء الواجب من الإحسان⁽¹⁾ .

أما بقية الحالات فحكم المتعة فيها الاستحباب أخذنا بعموم الأدلة ؛ ولأن المتعة إنما وجبت بدلا عن نصف المهر أو ابتداء ، فإذا انعدم هذا انعدم الوجوب ، ولو قيل بالوجوب لأدى ذلك إلى الجمع بين البدل والأصل وهذا ممتنع⁽²⁾ ، فبقيت الحالة الأولى فقط واجبة .

الرأي الثاني : وجوب المتعة لكل مطلقة :

ذهب الشافعية في الرأي الأظهر⁽³⁾ والظاهرية إلى أن المتعة تجب لكل مطلقة - عدا المسمى لها المطلقة قبل الدخول ، عند الشافعية كما سبق ذكره فلا تجب لها المتعة - .

واستندوا في ذلك إلى ﴿وَاللَّمْلُطَقَتِ مَتْعُ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ﴿٢٣٦﴾ [البقرة : 241] ، وقوله أيضا : ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتْعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ [البقرة : 236] ، فالله سبحانه وتعالى بمنطوق هذه الآيات قد عمَّ المتعة لكل مطلقة ، وأوجبها حقا لها على كل متق يخاف الله ، كما استدلوا أيضا ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلُوبًا لَأُزْوَاجِكَ إِن كُنْتُن تَرْضْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعَنَّ وَأُسْرِّحَنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب : 28] ، وهذه الآية قد وردت في نساء قد دخل بهن ، ثم إن المتعة تعويض لها عن الابتذال الذي حصل لها جراء الطلاق⁽⁴⁾ .

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 2 ، ص 302 ، 303 ؛ ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 3 ، ص 326 ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج 8 ، ص 47 وما بعدها ؛ اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 7 ، ص 384 ، 385 .

(2) الكاساني ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 303 ؛ ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج 9 ، ص 50 .

(3) المذهب القديم يرى عدم وجوب المتعة للمدخول بها ؛ لأن الطلاق قد وقع بعد نكاح لم يخل من عوض فأشبهت المسمى لها قبل الدخول . الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 63 .

(4) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 302 ، 303 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ، ص 341 ؛ ابن حزم ، المحلى ، ج



واستند ابن حزم في إيجابه المتعة للمطلقة قبل الدخول ، والتي سمي المهر لها على أن الله سبحانه وتعالى حين ذكر حكم المطلقات قبل الدخول وبعد الفرض ، وهو إعطاؤهن نصف المهر ، لم يقل أن لا متعة لها ، فدخلت بذلك تحت عموم الآيات السابقة⁽¹⁾ .

الرأي الثالث : استحباب المتعة لكل مطلقة : ذهب المالكية في المشهور⁽²⁾ عنهم إلى أن المتعة حكمها الندب والاستحباب ، والدليل على ذلك أن الأمر الوارد في الآية : ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ ﴾ [البقرة : 236] ، قد صرف من الوجوب إلى الندب بقريضة ﴿ عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ ، وفي آية أخرى ﴿ عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ ، إذ الواجب لا يتقيد بهما ، ولو كانت واجبة لأوجبها على جميع الناس ، ثم إن المتعة عطية ومواساة ، والعطية تدرج ضمن مرتبة التحسيني ؛ لأنها مال من غير عوض ، فهي من التبرعات ، والتبرعات لا يمكن أن تكون واجبة⁽³⁾ .

أما ما قيل من أن " حق " و " على " من ألفاظ الوجوب ، فالجواب عن الأول : أن المراد بالحق الثابت المقابل للباطل ، والندوب ثابت ، وعن الثاني : الأمر يفيد الندب لتقييده بالمحسنين والمتقين⁽⁴⁾ .

هذه مجمل آراء الفقهاء في حكم المتعة ، حيث يلاحظ أن المتعة قبل الدخول وقبل الفرض واجبة عند الجمهور ، ومستحبة عند المالكية ، أما باقي الحالات فهي مستحبة عند الجمهور ، وواجبة عند الشافعية والظاهرية . والنظر في هذه الآراء وفي أدلتها يجعلني أختار الرأي الأول لدلالة الأمر الوارد في الآية على الوجوب ، وهذا ما تقضي به قواعد الأصول ، ثم لأنها وجبت بدلا عن المهر ، والمهر واجب فبدله يكون واجبا ، وهذا ما يجعله - الوجوب - مؤسسا ، أما باقي حالات المطلقة فلو كانت المتعة فيها واجبة لكان تخصيص المفوضة المطلقة قبل الدخول بالنص عليها لا معنى له طالما كان الحكم في جميع الحالات واحدا .

من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري لم ينص على المتعة ، كما فعلت ذلك بعض التشريعات العربية⁽⁵⁾ . وإنما أحالها إلى الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من ق . أ . وقد كانت المتعة محل اجتهاد من طرف المحكمة العليا ، حيث صدرت عنها عدة قرارات يمكن من خلالها تبين مسلك القضاء في حكم المتعة ، من هذه القرارات ما يأتي :

(1) ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ، ص 246 ، 247 .

(2) الخرشي ، الخرشي على مختصر خليل ، ج 4 ، ص 87 . وتوجد رواية في المذهب تقضي بالوجوب .

(3) محمد الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، ج 2 ، ص 462 .

(4) الخرشي ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 87 .

(5) من ذلك التشريع السوري في المادة (61 / 2) جاء فيها : " إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تندب المتعة " ، وأيضا المادة (62) جاء فيها : " المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها ، ويعتبر فيها حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل " .



1. " من المقرر شرعا أن توابع انحلال العصمة واجبة للمطلقة قبل مطلقها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية .

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضى بتأييد الحكم المستأنف مع عدم الحكم للزوجة المطلقة بالمتعة والنفقة ورد الأثاث المطلوب منها في مرحلة الاستئناف ، يكون بقضائه كما فعل مخالف القانون⁽¹⁾ .

2. " من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها ، وليس لمن طلقت نفسها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة⁽²⁾ .

وجاء في حيثيات هذا القرار أن : " المتعة فرضها الشارع لمن طلقها زوجها وليس لمن طلقت نفسها " ، فمن خلال هذه القرارات يتضح أن القضاء يوجب لمن طلقها زوجها متعة⁽³⁾ أخذا بالرأي الثاني الذي يرى وجوبها .

هذا وقد أثرت على مستوى القضاء مسألة الجمع بين المتعة والتعويض ، هل يجوز ذلك أم لا ؟ حيث ورد عن المحكمة العليا قرار يقضي بمنع ذلك صدر بتاريخ 08 / 04 / 1985 ، جاء فيه : " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها ، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا ، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض⁽⁴⁾ .

ورود في قرار آخر جواز ذلك ، صدر عن الجهة نفسها بتاريخ 07 / 04 / 1986 ، جاء فيه : " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ، نفقة إهمال ، نفقة متعة ، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي ، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبلغ المالي المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل⁽⁵⁾ .

وهذا الاجتهاد الأخير هو الأرجح و الأصوب ؛ لأن التعويض يحكم به تأسيسا على التعسف في استعمال حق الطلاق ، أي بناء على عمل غير مشروع ، ومن ثم فلا مانع من الجمع بينهما لاختلاف الأساس .

(1) غ . أ . ش . بالمحكمة العليا . قرار رقم 57752 صادر بتاريخ : 25 / 12 / 1989 ، م ق ، ع 3 ، 1991 ، ص 68 .

(2) غ . أ . ش . بالمحكمة العليا . قرار رقم 42860 صادر بتاريخ : 29 / 12 / 1986 ، م ق ، ع 3 ، 1993 ، ص 41 .

(3) ورد في قرار صادر عن المحكمة العليا سابق عن القرارين الموجودين في المتن يقضي بأن " المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه " (قرار رقم 39731 صادر بتاريخ 27 / 01 / 1986 ، م ق ، ع 4 ، 1993 ، ص 61) . حيث يظهر من هذا القرار أن المتعة لا يحكم بها إلا إذا كان الطلاق غير مبرر (أي طلاق تعسفي) ، وهذا الرأي حسب ما يبدو مخالف للشريع .

(4) غ . أ . ش . بالمحكمة العليا . قرار رقم 35912 صادر بتاريخ : 08 / 04 / 1985 ، م ق ، ع 1 ، 1989 ، ص 89 .

(5) غ . أ . ش . بالمحكمة العليا . قرار رقم 41560 صادر بتاريخ : 07 / 04 / 1986 ، م ق ، ع 2 ، 1989 ، ص 69 .

البند الثاني : تقدير المتعة وأساس ذلك :

لم يرد في تقدير المتعة نص يقضي بذلك ، وإنما وردت اجتهادات عن الصحابة أخذها بعض العلماء على أنها تقدير وساروا عليها باعتبار أن فهمهم أولى من فهم غيرهم ، واعتبرها البعض الآخر أنها مجرد اجتهاد متأثر بعامل الزمان والمكان والأعراف ، ومن ثم فهو يقبل الأخذ والرد ، ولذلك تباينت آراؤهم كالآتي :

أولا المذهب الحنفي⁽¹⁾ :

ذهب الحنفية إلى أن المتعة تقدر بثلاثة أثواب من كسوة مثلها ، اعتمادا على ما هو مروى عن ابن عباس وعائشة ، ومن بعدهم ابن المسيب والشعبي ، وأخذوا بالتفسير العرفي للفظ " المتاع " ؛ لأنه يطلق عرفا على العروض (الأثاث والأمتعة) ولا يطلق على الدراهم .

وتقدير المتعة بالأثواب له نظير في الشرع ، وهو الكسوة الواجبة في النفقة ، في حين التقدير بالدراهم لا نظير له ، وهذا التقدير إنما هو تقدير وسط ، أما الحد الأعلى والحد الأدنى فيشترط أن لا يزيد عن نصف مهر المثل ، ولا ينقص عن خمسة دراهم⁽²⁾ .

وإذا كان هذا التقدير في مجمله متفقا عليه ؛ فإنهم اختلفوا في الأساس الذي يعتمد عليه في هذا التقدير ، هل حال الزوج ؟ ، أم حال الزوجة ؟ ، أم حالهما معا ؟ .

فالرأي المفتى به في المذهب ، وهو قول أبي يوسف أن المعتبر في التقدير هو حال الزوجين معا ؛ لأن الله سبحانه وتعالى اعتبر حال الزوج في قوله : ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ ﴾

واعتبر حال الزوجة في قوله : ﴿ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ؛ ولأن اعتبار حاله فقط يؤدي إلى التسوية بين الشريفة والذنيبة ، وهذا مستهجن عرفا .

وذهب البعض⁽³⁾ إلى أن المعتبر هو حالها ؛ لأن المتعة تقوم مقام مهر المثل ، ومهر المثل يعتبر فيه حالها ، وذهب البعض الآخر - وهو الرأي الذي صححه صاحب الهداية - إلى أن التقدير معتبر بحال الزوج ؛ لدلالة

النص على ذلك ، وهو قوله تعالى : ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ ﴾ .

ثانيا : المذهب المالكي⁽⁴⁾ : ذهب المالكية إلى أن المتعة غير محددة لا في جنسها ولا في قدرها اعتمادا على ما جاء في الموطأ :

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 2 ، ص 304 ؛ ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج 3 ، ص 326 ، 327 .

(2) خمسة دراهم هي نصف عشرة دراهم أقل المهر عند الحنفية .

(3) هو رأي الإمام الكرخي من الحنفية .

(4) الباجي ، المنتقى ، ج 4 ، ص 89 ؛ الخطاب ، مواهب الجليل ، ج 4 ، ص 105 ؛ الخرخشي ، الخرخشي على مختصر خليل ، ج



« قال مالك : ليس للمتعة عندنا⁽¹⁾ حد معروف في قليلها ولا كثيرها »⁽²⁾ ، أي أنها خاضعة للاجتهاد ويراعى

في تقديرها حال الزوج **قَوْلُهُ بِعَيْنِهِ** : ﴿ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ ﴾ ، وسبب تقديرها بحاله فقط ؛ نظرا لأن كسرها إنما جاء من قبله فيراعى في جبر خاطرها منه ، ومن هنا يظهر الفرق بين المتعة والنفقة المرعى في تقديرها حالهما معا ، وهذا هو المشهور في المذهب .

وإلى جانب هذا توجد روايتان : الأولى التقدير يكون على قدر حالها ، والثانية مراعاة حال الطرفين معا .

ثالثا : مذهب الشافعية⁽³⁾

ذهب الشافعية إلى أن للمتعة تقديرين : أحدهما مستحب ، والآخر واجب ، فالنسبة للقدر المستحب فأعلاها خادم وأدناها ثلاثون درهما ، وهذا استنادا لما روي عن ابن عمر أنه قال : « أدنى ما يكون من المتعة ثلاثين درهما »⁽⁴⁾ .

وأما بالنسبة للتقدير الواجب ففيه وجهان :

الأول : ما يقع عليه اسم المال ، كما يجري ذلك في الصداق .

الثاني : خضوعه للتقدير باجتهاد الحاكم **قَوْلُهُ بِعَيْنِهِ** : ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى

الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ ﴾ ، وهذا الرأي هو الرأي الأظهر في المذهب .

هذا وقد اختلفوا أيضا في الأساس الذي يرجع فيه لتقدير المتعة ، فالرأي الأظهر في المذهب أن المعتبر هو

حالهما معا ، يسر الزوج وعسره ، ونسبها وصفاتها **قَوْلُهُ بِعَيْنِهِ** : ﴿ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ

قَدْرُهُ ﴾ ، **قَوْلُهُ بِعَيْنِهِ** : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^ط .

وقيل : إن المعتبر حاله فقط لظاهر الآية ، وقيل : حالها ؛ لأن المتعة بدل عن المهر ، والمهر معتبر بحالها .

رابعا : المذهب الحنبلي⁽⁵⁾ :

بالنسبة لتقديرها الكمي (القدر الواجب) فنجد عند الحنابلة روايتين :

(1) يظهر أن هذا الرأي مبني على عمل أهل المدينة ؛ لأن مصطلح " عندنا " من المصطلحات الدالة على ذلك .

(2) مالك ، الموطأ ، رواية يحيى بن يحيى الليثي ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في متعة الطلاق ، ص 392 ؛ المدونة ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 342 .

(3) الشيرازي ، المهذب ، ج 2 ، ص 63 ؛ النووي ، المجموع ، ج 16 ، ص 391 ؛ الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 ، ص 342 .

(4) البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الصداق ، باب التفويض ، ج 7 ، ص 244 ؛ عبد الرزاق الصنعاني ، المصنف ، كتاب الطلاق ، باب وقت المتعة ، ج 7 ، ص 73 .

(5) ابن قدامة ، المغني ، ج 8 ، ص 52 ، 53 ؛ البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج 3 ، ص 81 .



الأولى : أعلاها خادم ، وأدناها كسوة تجزيها الصلاة فيها ، تستر ما يجب ستره .
الثانية : يرجع في تقديرها إلى الحاكم ؛ لأنها من الأمور التي لم يرد عن الشرع تقديرها ، فنتحتاج إلى الاجتهاد ، والمسائل الاجتهادية تخضع للسلطة التقديرية للحاكم ، لذلك وجب الرجوع إليه .
والمعتبر في تقدير المتعة عندهم هو حال الزوج لدلالة الآية ، وهذا هو الصحيح من المذهب ، وفيه رواية أخرى أنها معتبرة بحالها ؛ لأن لها تعلقا بالمهر ، والمهر معتبر بحالها .

خامسا : المذهب الظاهري⁽¹⁾

ذهب ابن حزم إلى أن الحد الأعلى للمتعة المجزية للموسر هي خادم ، وأدناها ثلاثون درهما للمتوسط ، أما المقتر وهو من لا يجد قوت يومه ، أو فضلة عنه ، فهذا لا يكلف بشيء ، وهي دين عليه إلى أن يجد فضلة عن قوته فيكلف بإعطائها ما تنتفع به .

ودليل ذلك أنه لما انعدم حد عن رسول الله - ﷺ - وجب حمل المعروف الوارد في الآية ﴿ مَتَّعًا

بِالْمَعْرُوفِ ﴾ على عرف المخاطبين به ، فتعين حينئذ الرجوع إلى ما صح عن الصحابة .

وقد ورد عنهم الحد الأعلى بالنسبة للموسر تقدمت خادم ، والحد الأدنى ثلاثون درهما ، ولم يرد عنهم أقل من هذا ، أما المقتر فهو مكلف بما استطاعه لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ ﴾ .

هذا ويظهر مما سبق أن تقدير المتعة عند الظاهرية يكون بمراعاة حال الزوج فقط .

سادسا : المذهب الإباضي⁽²⁾

المتعة في المذهب الإباضي لا حد لها ، وإنما هي مقدرة بحسب حال الزوج وحده ، من حيث اليسر والعسر ، وتقديرها موكول إلى الاجتهاد كالنفقة للزوجة .

هذه هي مذاهب الفقهاء في تقدير المتعة ، وخلاصة القول : فإن الحنفية والشافعية في المذهب الأظهر ، والحنابلة في رواية ، والظاهرية يرون أن للمتعة حدا واجبا ، بينما يرى المالكية والحنابلة في رواية ثانية ، والإباضية أن المتعة لا حد لها ، وهي موكولة للاجتهاد ، أي أنها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي ، وهذا الرأي - الأخير - هو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي حسب ما ورد في أحد قرارات المحكمة العليا : « من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل »⁽³⁾ .

(1) ابن حزم ، المحلى ، ج 10 ، ص 245 .

(2) اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ج 7 ، ص 387 ، 388 .

(3) غ . أ . ش . بالمحكمة العليا . قرار رقم 75029 صادر بتاريخ : 18 / 06 / 1991 ، م ق ، ع 2 ، 1994 ، ص 65 .

الخاتمة

تضمنت الخاتمة أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة ، وكذا بعض

المقترحات كآآتي :

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية



أولاً: النتائج:

- الذمة المالية مصطلح وليد الدراسات القانونية الأجنبية ، بما يعني مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية . أما النظر الشرعي فيعرف مصطلح الذمة ، الذي يعني الطرف الذي تشغله الحقوق التي تثبت على الشخص (الديون المالية وغير المالية) ، ومع هذا فلا مانع من توظيف مصطلح الذمة المالية بمعناه القانوني في الدراسات الشرعية .
- الذمة المالية للمرأة المتزوجة في قوانين الحضارات السابقة والشرائع السماوية لم تكن على درجة واحدة ، فبعض القوانين عرفت نظام الاشتراك - إن جاز هذا الإطلاق - وبعضها عرف نظام الانفصال ، وبعضها الآخر عرف النظامين معا .
- يعرف القانون الفرنسي عدة أنظمة مالية كخيار للزوجين ، ويعتبر نظام الاشتراك في الأملاك هو الشريعة العامة (النظام العام) في حالة انعدام المشاركة (*contra de mariage*) ، وقد قلصت الأموال التي تدخل ضمنه بصورة آلية عام 1965 .
- هذا ولم تحصل المرأة المتزوجة على المساواة مع زوجها في إطار هذه الأنظمة إلا عام 1985 .
- النظام المالي الذي تعرفه الشريعة الإسلامية هو نظام الانفصال كقاعدة عامة ؛ بمعنى أن الذمة المالية للمرأة المتزوجة تكون منفصلة عن الذمة المالية للزوج ، ولا علاقة للزوج بمال الزوجين ، إلا ما تعلق منها بالمهر والنفقة ، فالزواج في أصله لا ينشئ سلطة (ولاية) مالية بين الزوجين ، بقدر ما ينشئ رابطة شخصية . كما لا توجد شركة مالية بينهما بمقتضى عقد الزواج ، وإنما بإمكانهما اختياراً جعل أموالهما ، أو مكتسباتهما من قبيل الأموال المشتركة ، لكن شريطة أن يتم ذلك في عقد موثق ، وهذا ضماناً للحقوق من الضياع وتفادياً لصعوبة الإثبات .
- إن ما أورده المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة بخصوص النظام المالي للزوجين لا يتعارض مع ما هو مقرر في الشرع الإسلامي ، ولا مع النظام العام ؛ لأنه داخل ضمن دائرة الاشتراط .
- يحكم الإرث في التشريع الإسلامي ثلاثة معايير هي :
 - درجة القرابة بين الوارث والمورث .
 - موقع الجيل الوارث من التابع الزمني .
 - العبء المالي المفروض على الوارث .
 - ولا علاقة لهذا بعامل الذكورة والأنوثة .
- توجد في نظام الإرث في التشريع الإسلامي أربع حالات فقط ترث فيها المرأة نصف حظ الذكر ؛ أي بتطبيق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين ، وليس كما يتوهم البعض من أن هذه القاعدة تنطبق على أغلب حالات إرث المرأة ، وهذه القاعدة فيها معنى لطيف مفاده أن إرث المرأة هو الأصل وإرث الرجل يُعرف بالإضافة إليه .



• إن نظام الإنفاق في التشريع الإسلامي بما يوجب المسؤولية على عاتق الزوج ؛ نظام ثابت لا يتغير مهما اختلفت الأزمنة والأمكنة ، لأن الذي أرساه لا تخفى عليه خافية ، ومن ثم فلا يمكن القول إن تغير المجتمع ودخول المرأة مجال العمل من شأنه أن يغير في هذا النظام ؛ حتى يجعل كمستند لتبرير المساواة بين المرأة والرجل في الإرث .

• إن ما ذهب إليه الفقه الشيعي من عدم توريث الزوجة من العقار بحجة الخوف من دخول ورثة أجنب عن العائلة ، فهذا غاية في البطلان ؛ لأنه يتعارض مع نصوص شرعية عامة لم تفرق بين العقار والمنقول ، والأصل في النصوص العموم حتى يرد المخصص .

• الأحكام الخاصة بجهة النكاح والهبة بين الزوجين الذي يظهر منها أنها مجرد تنظيم لعقد الهبة ، لكن في الحقيقة هي أحكام تتعلق بالنظام المالي بين الزوجين .

• لا يعتبر خروج المرأة للعمل إذا كان بإذن الزوج الصريح أو الضمني نشوزا يسقط حقها في النفقة الشرعية ، ولا يحق له في هذه الحالات منعها من العمل ، ما لم يطرأ على الأسرة ما يوجب ذلك ، أو كان العمل بعد الزواج .

• يعتبر الراتب الوظيفي ملكا للمرأة ؛ لأنه كسبها وليس للزوج أي حق فيه ، إلا ما وهبته له عن طيب نفسها . ولا يجوز إلزامها بالمشاركة في النفقات الواجبة عليه (الزوج) ابتداء ، لكن لا مانع من مساهمتها في الإنفاق على الأسرة خصوصا على الأولاد ، بل يندب إلى ذلك شرعا ، بشرط أن يكون ذلك في إطار الطوع والاختيار لا الإلزام .

• يجوز للزوجين الاتفاق الرضائي على مصير الراتب الذي تكسبه الزوجة ، بشرط أن يتم ذلك في عقد موثق ضمنا للحقوق من الضياع .

• يعتبر المهر ملكا للمرأة ولا تجبر على التجهز به إذ الجهاز يجب على الزوج في حدود المعروف تبعاً للسكن ، وإن تجهزت به من طوع نفسها فهو ملك لها تصرف فيه بما شاءت ، وللزوج التمتع به في حدود المعروف .

• النفقات الضرورية الواجبة على الزوج هي ما حددته المادة 78 من قانون الأسرة ، وما زاد عن هذا الحد فهي نفقات زائدة ، مثل ما يتطلبه تنقل الزوجة إلى العمل ، فهذه النفقات لا يكلف بها الزوج شرعا وقانونا .

• يجوز الجمع بين المتعة والتعويض ، تأسيسا لهذا الأخير على التعسف في استعمال الحق .

• ينبغي على الزوجين العمل على إشاعة روح التكافل في الأسرة ، ونبذ فلسفة الندية في التعامل ؛ لأن من شأن هذا أن يجل الخلاف بالحسنى ويضمن استقرار الأسرة .

ثانيا : المقترحات : تقترح الدراسة بعض التعديلات و الإضافات قصد إثراء قانون الأسرة كالآتي :

النص الأول : يخص المادة 16 حيث تصبح : ((يثبت المهر كاملا بـ :

1- الدخول وهو العملية الجنسية ، ويعتبر الزفاف (ليلة البناء) قرينة لا تقبل العكس إلا بإقرار من يدعيه أو بقاء المرأة بكرًا .

2 - الوفاة)) .



النص الثاني : إضافة فقرة للمادة 19 كآلآتي : ((تعتبر هذه الشروط ملزمة لمن التزم بها ، إلا إذا أصبح الالتزام مرهقا ، أو لا يحقق المقصد من وجوده ، فحينئذ يحق للطرف المتضرر رفع دعوى قضائية لإعفائه من هذا الالتزام)) .

النص الثالث : إدخال تعديل على المادة 53 كآلآتي : ((إذا امتنع الزوج عن الإنفاق لمدة تفوق الشهرين بعد صدور الحكم به :

- 1 - فإن كان الامتناع لعسر حق للزوجة طلب التطلق ، ما لم تكن عاملة بعسره وقت العقد .
- 2 - وإن كان عمدا ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم فيه ولا يفرق بينهما ، وإن لم يكن له مال ظاهر حُق لها طلب التطلق)) .

النص الرابع : إضافة مادة جديدة في الفصل الخاص بالنفقة كما يأتي : ((1- يعتبر إقدام الرجل على التزوج من المرأة العاملة دون أن يبين موقفه بشأن عملها أثناء العقد موافقة ضمنية .

- 2- لا يعتبر خروج المرأة للعمل في حالة إذن الزوج الصريح أو الضمني نشوزا يسقط حقها في النفقة الشرعية . وفي هذه الحالة لا يحق للزوج إيقافها من العمل ، إلا إذا ثبت تعسفها طبقا للمعايير المنصوص عليها في القانون المدني ، أو كان عملها ابتداء بعد الزواج)) .

النص الخامس : إدخال تعديل في المادتين 32 و 35 ؛ قصد إزالة اللبس الموجود بينهما ، وذلك كآلآتي :

المادة 32 : ((يبطل الزواج قبل الدخول إذا اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد)) .

المادة 35 : ((إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه وقد تم الدخول ، كان الشرط باطلا والعقد صحيحا)) .

- كما تقترح الدراسة أن يُضمّن قانون الأسرة نصا يقضي ببحث ضابط الحالة المدنية أو الموثق بتبنيه الزوجين حين العقد على مصير أموالهما ، خصوصا الراتب الوظيفي للزوجة إذا كانت موظفة ، وهذا تفاديا واحتياطاً لما قد يحدث من مشاكل في المستقبل بسببها لا قدر الله .

وفي ختام هذه المذكرة ما يسعني إلا أن أردد ما قاله صاحب المقامات الحريية في مقاماته :

فَانظُرْ إِلَيْهَا نَظْرَ الْمُسْتَحْسِنِ	✽	وَأَحْسِنِ الظَّنَّ بِهَا وَحَسِّنْ
وإن تَجِدَ عيباً فَسُدِّ الخِلَلا	✽	فَجُلٌّ من لا عيب فيه وعلا
والحمد لله على ما أوَّلَى	✽	فنعم ما وُلِّيَ ونعم المولى

فإن أصبت فذاك المأمول وإن كانت الأخرى فحسبي أني بذلت الوسع واستفرغت الجهد ، وأسأل الله أن يقيّل عثرتي ويغفر زلتي ، إنه جواد كريم . و آخر دعوانا : أن الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد رسول الهدى وخاتم النبيين ، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين .



الملاحق

ملحق رقم 01 : تضمن نموذجاً يوضح كيفية تنظيم
الأحكام الزوجية في القانون التونسي الجديد .

ملحق رقم 02 : تضمن قرارات المجمع الفقهي
التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة عشرة .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية



نظام الأملاك الزوجية (القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998)	
نحن الممضيان أسفله :	
الزوج	
1- الاسم:	اسم الأب:
اللقب:
تاريخ الولادة:
مكاتها:
عدد بطاقة التعريف أو جواز السفر أو بطاقة ترسيم قنصلي:
تاريخها:	مكان تسليمها:
الزوجة	
2- الاسم:	اسم الأب:
اللقب:
تاريخ الولادة:
مكاتها:
عدد بطاقة التعريف أو جواز السفر أو بطاقة ترسيم قنصلي:
تاريخها:	مكان تسليمها:
نصرح بأنه بمناسبة إبرام عقد زواج بيننا ، فإننا نختار:	
(1) نظام الفصل بين الأملاك طبق مجلة الأحوال الشخصية .	
(2) نظام الاشتراك في الأملاك طبق أحكام القانون عدد 94 لسنة 1998 .	
إني أختار	إني أختار
إمضاء الزوجة	إمضاء الزوج
وعند الاقتضاء الولي أو الأم أيضا .	
(1) توضع علامة X في المربع الذي أمام الاختيار المتفق عليه من المرشحين للزواج .	
(2) تقع كتابة عبارة " أصرح بأني أختار : - نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين .	
أو - نظام الفصل بين الأملاك " .	
يخط كل من الزوجين وعند الاقتضاء بخط الأمور العمومي ، مع بيان سبب عدم الكتابة بخط المتعاقدين أو أحدهما .	

ملحق رقم 02⁽¹⁾

قرار رقم 144(16/2) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) 30 صفر - 5 ربيع الأول 1426 هـ ، الموافق 9-14 نيسان (إبريل) 2005 م .

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع اختلافات الزوج والزوجة الموظفة ، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله ، قرر ما يلي :

أولاً: انفصال الذمة المالية للزوجين:

للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة ، ولها الحق المطلق في إطار أحكام الشرع بما تكسبه من عملها ، ولها على ثرواتها الخاصة بما حق التملك وحق التصرف بما تملك ولا سلطان للزوج على مالها ، ولا تحتاج لإذن الزوج في التملك والتصرف بمالها .

ثانياً: النفقة الزوجية:

تستحق الزوجة النفقة الكاملة المقررة بالمعروف ، وبجسب سعة الزوج وبما يتناسب مع الأعراف الصحيحة والتقاليد الاجتماعية المقبولة شرعا ، ولا تسقط هذه النفقة إلا بالنشوز .

ثالثاً: عمل الزوجة خارج البيت:

1. من المسؤوليات الأساسية للزوجة رعاية الأسرة وتربية النشء والعناية بجيل المستقبل ، ويحق لها عند الحاجة أن تمارس خارج البيت الأعمال التي تتناسب مع طبيعتها واختصاصها بمقتضى الأعراف المقبولة شرعا مع طبيعتها واختصاصها بشرط الالتزام بالأحكام الدينية والآداب الشرعية ، ومراعاة مسؤوليتها الأساسية .

2. إن خروج الزوجة للعمل لا يسقط نفقتها الواجبة على الزوج المقررة شرعا ، وفق الضوابط الشرعية ، ما لم يتحقق في ذلك الخروج معنى النشوز المسقط للنفقة .

رابعا: مشاركة الزوجة في نفقات الأسرة:

1. لا يجب على الزوجة شرعا المشاركة في النفقات الواجبة على الزوج ابتداء ، ولا يجوز إلزامها بذلك .
2. تطوع الزوجة بالمشاركة في نفقات الأسرة أمر مندوب إليه شرعا لما يترتب عليه من تحقيق معنى التعاون والتآزر والتألف بين الزوجين .
3. يجوز أن يتم تفاهم الزوجين واتفاقهما الرضائي على مصير الراتب أو الأجر الذي تكسبه الزوجة .



4. إذا ترتب على خروج الزوجة للعمل نفقات إضافية تخصها فإنها تتحمل تلك النفقات .

خامسا: اشتراط العمل :

1. يجوز للزوجة أن تشتري في عقد الزواج أن تعمل خارج البيت فإن رضي الزوج بذلك ألزم به ، ويكون الاشتراط عند العقد صراحة .
2. يجوز للزوج أن يطلب من الزوجة ترك العمل بعد إذنه به إذا كان الترك في مصلحة الأسرة والأولاد .
3. لا يجوز شرعا ربط الإذن (أو الاشتراط) للزوجة بالعمل خارج البيت مقابل الاشتراك في النفقات الواجبة على الزوج ابتداء أو إعطائه جزءا من راتبها وكسبها .
4. ليس للزوج أن يجبر الزوجة على العمل خارج البيت .

سادسا: اشتراك الزوجة في التملك :

إذا أسهمت الزوجة فعليا من مالها أو كسب عملها في تملك مسكن أو عقار أو مشروع تجاري فإن لها الحق في الاشتراك في ملكية ذلك المسكن أو المشروع بنسبة المال الذي أسهمت به .

سابعا: إساءة استعمال الحق في مجال العمل:

1. للزوج حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين ، وهي محددة شرعا وينبغي أن تقوم العلاقة بين الزوجين على العدل والتكافل والتناصر والتراحم ، والخروج عليها تعد محرم شرعا .
2. لا يجوز للزوج أن يسيء استعمال الحق بمنع الزوجة من العمل أو مطالبته بتركه إذا كان بقصد الإضرار ، إلا إذا ترتب على ذلك مفسدة وضرر يربو على المصلحة المرجحة منه .
3. ينطبق هذا على الزوجة إذا قصدت من البقاء في عملها الإضرار بالزوج أو الأسرة أو ترتب على عملها ضرر يربو على المصلحة المرجحة منه .

التوصيات:

. يوصي المجمع بإجراء دراسات اجتماعية واقتصادية وطبية ، لآثار عمل الزوجة خارج البيت على الأسرة وعلى الزوجة نفسها لما لهذه الدراسات من أثر في تجلية حقائق الموضوع ، وتكون عينات الدراسة في مجتمعات مختلفة .

. يؤكد المجمع على وجوب غرس مفهوم التكامل بين الزوجين ، وحرص الإسلام على أن تكون العلاقة بينهما قائمة على المودة والرحمة .

. عقد ندوة متخصصة تناول شؤون المرأة المسلمة بعامة ، ودورها في تنمية المجتمع الإسلامي بخاصة ، بما يواكب مسيرة التطور الحضاري وفق المعايير الشرعية ، ليصار إلى اعتماد قرارات المجمع وتوصياته ، لدى جميع الحكومات والهيئات الإسلامية أمام المؤتمرات الدولية بشأن المرأة والسكان .

والله أعلم .



الفهارس الفنية

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث النبوية .
- فهرس الآثار .
- فهرس الأعلام .
- فهرس المصطلحات والحدود .
- فهرس المسائل الفقهية .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس الموضوعات .



فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقمها	طرف الآية
سورة البقرة		
135	221	﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾
32	228	﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَ بِالْمَعْرُوفِ﴾
123	229	﴿فَامْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنِ﴾
118 ، 113	233	﴿وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾
123	233	﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾
142	236	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾
143 ، 144 ، 147 ، 146	236	﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ أَلْوَسَعِ قَدْرُهُ وَعَلَىٰ أَلْمَقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾
100 ، 97 ، 32	237	﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ هُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾
147 ، 143	241	﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾
122	280	﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾
123 ، 115	286	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾
سورة آل عمران		



68	195	﴿فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَمَلٍ مِّنْكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْتَىٰ﴾
سورة النساء		
107 ، 33	04	﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾
46 ، 33	07	لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾
50 ، 48	11	﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَىٰ﴾
50	11	﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾
50	11	﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾
53	11	﴿وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّمَّهَا السُّدُسُ﴾
54 ، 53	11	﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾
137	12	﴿وَأَلْهَبَ الرُّبْعَ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَّمْ يَكُنْ لَكُمْ وُلْدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وُلْدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾
45	12	﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍ﴾
52	12	﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلِئَلَةً أَوْ امْرَأَةً﴾
46	14	وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ﴾
120	19	﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾
99 ، 97 ، 34	20	﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ﴾



100 ، 99	21	﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾
97	24	﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾
93	29	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾
68 ، 33	32	﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَ﴾
90 ، 36	34	﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾
93	124	﴿وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾
102	128	﴿وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ﴾
51 ، 48	176	﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنَ﴾
سورة المائدة		
80	01	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
سورة الأنعام		
80	152	﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾
سورة الأعراف		
54	27	﴿يَبْنِي ءَادَمَ لَا يَفْتِنَنَّكُمْ الشَّيْطَانُ كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُمْ مِنَ الْجَنَّةِ﴾



سورة التوبة		
3	08	﴿ لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُعْتَدُونَ ﴾
68	71	﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾
68	105	﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾
سورة الإسراء		
80	34	﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾
سورة الحج		
55	46	﴿ فَإِنَّمَا لَا تَعْمَى الْأَبْصَرُ وَلَكِن تَعْمَى الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ ﴾
سورة الأحزاب		
143	28	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا ﴾
70 ، 67	33	﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى ﴾
سورة الزخرف		
118	18	﴿ أَوْمَنُ يَنْشُرُوا فِي الْحِلْيَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ ﴾
سورة الطلاق		



فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	الراوي	طرف الحديث
أ		
82 ، 80 ، 79 ، 77	عقبة بن عامر	« أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج »
68	أسماء بنت أبي بكر	« إخ إخ »
137 ، 50	جابر بن عبد الله	« أعط ابنتي سعد الثلثين »
35	كريب	« أما إنك لو أعطيتها أخوالك »
134	الضحاك بن سفيان	« أن ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها »
64	عمرو بن خارجة	« إن الله أعطى كل ذي حق حقه »
139	فاطمة بنت قيس	« إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها »
ب		
68 ، 35	جابر بن عبد الله	« بلى فجلي نخلك »
ت		
34	زينب	« تصدقن ولو من حليكن »
34	أبو سعيد الخدري	« تصدقوا تصدقوا تصدقوا »
113 ، 90	جابر بن عبد الله	« اتقوا الله في النساء ، فإنكم أخذتموهن بأمان الله »
38 ، 37	أبو هريرة	« تنكح المرأة لأربع ... »
ث		
64	سعد بن أبي وقاص	« الثلث ، والثلث كثير »
ج		
124 ، 117 ، 113	عائشة	« خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »
ح		
3	علي بن أبي طالب	« ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم »
ص		



13 ، 12	سلمة بن الأكوع	« صلوا على صاحبكم »
ك		
69	عبد الله بن عمر	« كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته »
ل		
67	ابن عباس	« لَعَنَ رَسُولُ - ﷺ - الْمُتَشَبِّهِينَ مِنَ الرَّجَالِ بِالنِّسَاءِ »
70	أبو بكر	« لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة »
140 ، 139	عمر بن الخطاب	« لها السكنى والنفقة »
125	الشريد	« لي الواجد يحل عرضه وعقوبته »
134 ، 133	عبد الله بن عمرو	« لَيْسَ لِقَاتِلِ مِيرَاثٍ »
هـ		
77	عائشة	« ما بال أقوام يشترطون شروطا »
67	عبد الله بن مسعود	« الْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ ، فَإِذَا خَرَجَتْ اسْتَشْرَفَهَا الشَّيْطَانُ »
93 ، 81 ، 77	عمرو بن عوف	« المسلمون عند شروطهم »
140	جابر بن عبد الله	« المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة »
77	عائشة	« من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد »
100	عبد الرحمن بن ثوبان	« من كشف حمار امرأة ونظر إليها »
و		
88 ، 34	زينب	« نعم ولها أجران أجر القرابة وأجر الصدقة »
13	أبو هريرة	« نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه »
لا		
36	عبد الله بن عمرو	« لا يجوز لامرأة أمر في مالها »
77	أبو هريرة	« لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها »
69	ابن عباس	« لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم »
141	فاطمة بنت قيس	« لَا نَفَقَةَ لَكَ وَلَا سَكْنَى »
135	عبد الله بن عمرو	« لا يتوارث أهل ملتين شتى »
135	أسامة بن زيد	« لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم »



فهرس الآثار

الصفحة	قائله	الأثر
أ		
147	ابن عمر	أدنى ما يكون من المتعة ثلاثين درهما
51	ابن مسعود	أقضي فيها بما قضى النبي - ﷺ -
ب		
54	ابن عباس	الجدة بمثلة الأم إذا لم تكن أم
س		
123	ابن المسيب	سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد
ق		
100	أبو زرارة بن أوفى	قضى الخلفاء الراشدون المهديون
ك		
123	عمر بن الخطاب	كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا
ل		
100	ابن عباس	اللمس والمس والمباشرة
98	ابن مسعود	لها مثل صداق نساءها لا وكس ولا شطط
98	ابن عمر	ليس لها صداق ، ولو كان لها صداق لم تمسكه
هـ		
53	أبو بكر الصديق	ما لك في كتاب الله عز وجل شيء
78	عمر بن الخطاب	المرأة مع زوجها
81	عمر بن الخطاب	مقاطع الحقوق عند الشروط
لا		
141	عمر بن الخطاب	لا نقبل في ديننا قول امرأة
141 ، 140	عمر بن الخطاب	لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة



فهرس الأعلام.

الصفحة	اسم العلم	الصفحة	اسم العلم
9.....	رو.....	53.....	أبو بكر الصديق.....
98.....	أبو ذر.....	36، 136، 140،	أحمد بن حنبل.....
68 ، 35.....	الزبير.....	141	
101.....	الزجاج.....	140.....	أسامة بن زيد.....
100.....	أبو زرارة بن أوفى.....	68 ، 35.....	أسماء بنت أبي بكر الصديق.....
109.....	زفر.....	134.....	أشيم الضبابي.....
123.....	أبو الزناد.....	9.....	أوبري.....
140 ، 98 ، 53.....	زيد بن ثابت.....	134.....	الباجي.....
88 ، 34.....	زينب امرأة ابن مسعود.....	37 ، 35.....	البخاري.....
124، 113	أبو سفيان.....	129 ، 98.....	بروع بنت واشق.....
137	سعد بن الربيع.....	12.....	البيزدوي.....
146 ، 134 ، 123.....	سعيد بن المسيب.....	34.....	بلال.....
34.....	أبو سعيد الخدري.....	18.....	بوخوريس.....
68.....	سمراء بنت هنيك الأسديّة.....	68 ، 50 ، 35.....	جابر بن عبد الله.....
12.....	سلمة بن الأكوع.....	140	
130 ، 109 ، 63 ، 37.....	الشافعي.....	71.....	ابن جرير الطبري.....
141.....	أم شريك.....	20.....	جوستنيان.....
146.....	الشعبي.....	35.....	ابن حجر.....
69.....	الشفاء بنت عبد الله القرشيّة.....	115 ، 109 ، 54 ، 37.....	ابن حزم.....
20.....	صولون.....	148 ، 144 ، 142 ، 139	
134.....	الضحاك بن سفيان.....	18 ، 17.....	حمورابي.....
146 ، 140.....	عائشة.....	3.....	الحموي.....
102.....	ابن عابدين.....	102، 109، 110 ،	أبو حنيفة.....
146 ، 100 ، 98 ، 54.....	ابن عباس.....	136	
130.....	عبد الرحمن بن عوف.....	35.....	أم المؤمنين خديجة.....
147 ، 98.....	عبد الله بن عمر.....	20.....	دراكون.....



محمد سعيد رمضان البوطي.....89
محمد سيد أحمد المسير.....89 ، 90
محمد بن مسلمة.....53
مصطفى الزرقا.....4 ، 101
مسلم.....37
معقل بن سنان الأشجعي.....98
معقل بن يسار.....98
المغيرة بن شعبة.....53
المغيرة.....109 ، 110
ابن أم مكتوم.....141
ميمونة بنت الحارث.....35
نابليون.....25
النووي.....34
أبو هريرة.....98
هند بنت عتبة.....113 ، 117
124
ابن وهب.....109 ، 110
أبو يوسف.....102 ، 109
146
يوسف القرضاوي.....89

عبد الله بن عمرو.....37
عبد الله بن مسعود.....34 ، 51 ، 98
عبد العزيز البخاري.....3 ، 4
عبد الوهاب خلاف.....4
عبيد الله بن عمر.....98
أبو عبيدة.....3
عثمان بن عفان.....130
علي بن أبي طالب.....3 ، 98 ،
134
عمر بن الخطاب.....3 ، 53 ، 69 ،
78 ، 81 ، 98
123 ، 134 ، 139
140 ، 141
عمرو بن شعيب.....37
غوستاف لوبون.....55
فاطمة بنت قيس.....98 ، 139 ،
140 ، 141
الفراء.....99 ، 101
ابن القاسم.....60 ، 109
القرافي.....4
أبو قتادة.....13
ابن قتيبة.....101
ابن قدامة.....37
كريب مولى ابن عباس.....35
كعب بن مالك.....37 ، 38
مالك.....103 ، 109 ، 110
133 ، 147
محمد بن الحسن.....102 ، 109 ، 110
محمد أبو زهرة.....4



فهرس المصطلحات والحدود

البائنة (الدوطة) 19 ، 20 ، 21 ، 22 ، 23 ، 25 ، 29 ، 30	الإثبات 39 ، 111
البطلان المطلق 22	الإشهاد 59 ، 61 ، 62 ، 63
البطلان النسبي 22	الإعسار 115 ، 123 ، 124 ، 125 ، 127
بيت المال 136	الأعمال التجارية 41
البيع 40	الإفضاء 97 ، 99 ، 100
البينة 58 ، 104 ، 105 ، 106 ، 110 ، 111 ، 131	الإقرار 59
التبرعات 43 ، 44 ، 56 ، 57 ، 61	الإكراه البدني 7 ، 11
التركة 12 ، 13 ، 45 ، 47 ، 51 ، 57 ، 61 ، 62 ، 89 ، 132	الإلزام 3 ، 37 ، 143
التعزير 125	الإمتاع 62
التعويض 5 ، 134 ، 145 ، 148	الأموال غير المهرية 25
توابع انحلال العصمة 145	الأموال المحفوظة 27 ، 29
الاجتهاد القضائي 30 ، 87 ، 126 ، 137 ، 148	الأهلية 4 ، 17 ، 18 ، 19 ، 20 ، 22 ، 23 ، 24 ، 25 ، 28 ، 29 ، 30 ، 32 ، 88 ، 108
الجرمة 127	أهلية الوجوب 4
الجنسية 137	الإيجاب 56 ، 57 ، 63
الجهاز 56 ، 57 ، 58 ، 60 ، 107 ،	الإيجار 40
	الإيرادات 26 ، 27



الحقوق المالية 5	108 ، 109 ، 112
الحقوق المتحركة ابتداء 95 ، 96	الحالة المدنية 132
الحقوق المتحركة انتهاء 95 ، 128 ، 129	الحبس 125 ، 126 ، 127
الحكم بالإعدام 134	الاحتباس 87 ، 91 ، 92 ، 114
الحيازة 58 ، 59 ، 60 ، 61 ، 62 ، 63 ، 109 ، 112	الحجر 38
الخطبة 62	الحدود 71
خلوة الاهتداء 99 ، 102	الحسبة 68 ، 69
الخلوة 99 ، 101 ، 102	الحضانة 72
الخلوة الصحيحة 101	حق الله 97
الدخول 32 ، 59 ، 97 ، 101 ، 103 ، 104 ، 105 ، 106 ، 115 ، 116 ، 130 ، 131 ، 143 ، 144 ،	حق الارتفاق 6
الدعوى العمومية 127	حق الرهن 6
الدية 133 ، 134	حق الاستغلال 6
الديون المرسلة 5 ، 15 .	الحقوق الأصلية 6 ، 7
الذمة الأصلية 30	حقوق الإنسان 5 ، 6 ، 19
الذمة 3 ، 4 ، 5 ، 8 ، 12 ، 13 ، 14 ، 15 ، 18 ، 30 ، 76 ، 117 ، 122	الحقوق التبعية 6 ، 7
الذمة المالية 1 ، 2 ، 3 ، 5 ، 6 ، 7 ، 8 ،	الحقوق الذهنية 6
	الحقوق الساكنة 129
	حقوق الشخصية 6 ، 7
	الحقوق العينية 6 ، 7 ، 62



صلاحية الإلزام 4	16 ، 15 ، 14 ، 12 ، 11 ، 10 ، 9
الصداق 21 ، 33 ، 59 ، 76 ، 80 ،	، 22 ، 21 ، 20 ، 19 ، 18 ، 17 ،
96 ، 97 ، 100 ، 101 ، 102 ، 105 ،	، 34 ، 33 ، 32 ، 31 ، 30 ، 23
106 ، 107 ، 108 ، 142 ، 147	، 43 ، 41 ، 40 ، 39 ، 36 ، 35
الضرر 113 ، 120 ، 121 ، 122 ،	، 63 ، 62 ، 60 ، 57 ، 56 ، 45
123 ، 124 ، 125	، 88 ، 90 ، 95 ، 96 ، 113 ، 128 ،
ضريبة الدخل 42	139
الضريبة 41 ، 42	الذمة النهائية 30
الضريبة التكميلية 42	الردة 136 ، 137
طلاق الفار 129	الاستمتاع 99 ، 114 ، 115 ، 120 ،
الطلاق 42 ، 77 ، 79 ، 80 ، 101 ،	141
126 ، 131 ، 136 ، 129 ، 139	السجل العقاري 62
الطلاق البائن 129 ، 136	سلطان الإرادة العقدية 74
الطلاق التعسفي 145	الشخصية 8 ، 9 ، 11 ، 13 ، 14
الطلاق الرجعي 129 ، 131	الشخص الطبيعي 9 ، 11
العارية 58 ، 59 ، 60 ، 62	الشخص المعنوي 9 ، 11
العاقلة 134	الشروط التقييدية 74 ، 79 ، 80
الاعتصار 60	الشروط الجعلية 74
العدة 98 ، 102 ، 131	الشهر العقاري 63
العدل 91 ، 112	الشورة 60
العدول عن الخطبة 60	الصدقة 34 ، 36 ، 88 ، 91
	صلاحية الالتزام 4



الكفارة 117 ، 133	عقد ترتيب الأموال 25 ، 26 ، 27 ،
الكفالة 40	29
الالتزام 3 ، 4	عقد الزواج 72 ، 74 ، 75 ، 83 ،
الالتزام بالدين 5	85 ، 94 ، 127
الالتزام بالعين 5	عقد الشركة 40
الالتزامات المالية 5 ، 11	العقد الرسمي 39 ، 83 ، 94
المانع الأدبي 39	العقر 104
المتاع 107 ، 109 ، 110 ، 111 ،	الغرامة 126
112 ، 146	الفيء 136
المنفعة 142 ، 143 ، 144 ، 145 ،	القبول 56 ، 63
146 ، 147 ، 148	القتل الخطأ 133
المحرر الرسمي 60	القتل شبه عمد 133
مرض الموت 36 ، 38 ، 57 ، 129 ،	القتل العمد 65 ، 133
131 ، 136	القتل العمد العدوان 133 ، 134
المشاركة 24 ، 26 ، 27 ، 28 ، 29 ،	القرض 40
30	القصاص 71 ، 133
معاش العجز 26	القصد الجنائي 134
المفقود 131	القرود 133
المفوضة 98 ، 101 ، 144	القوامة 20 ، 24 ، 32 ، 36 ، 37 ،
مقتضى العقد 74 ، 75 ، 76 ، 77 ،	90
79 ، 81 ، 85	



الانفصال الجسماني 42
النفقة 26 ، 38 ، 49 ، 84 ، 89 ،
90 ، 92 ، 93 ، 94 ، 96 ، 108 ،
113 ، 114 ، 115 ، 116 ، 117 ،
118 ، 122 ، 123 ، 124 ، 125 ،
126 ، 127 ، 139 ، 140 ، 141 ،
142 ، 148
نفقة الإهمال 147
نفقة التقاعد 26
نفقة العدة 128 ، 139 ، 148
نفقة المتعة 128 ، 139 ، 142
نفقة المطلقة 128 ، 139
النكاح 74 ، 75 ، 75 ، 77 ، 79 ،
80 ، 81 ، 83 ، 84 ، 85 ، 96 ،
97 ، 104 ، 113
نكاح المتعة 79 ، 130
الهبة 36 ، 40 ، 44 ، 56 ، 57 ، 58 ،
59 ، 60 ، 61 ، 62 ، 63 ، 64 ،
105 ، 106 ، 108
اليمين المتممة 110
اليمين الحاسمة 111

المهر 8 ، 22 ، 23 ، 32 ، 34 ، 49 ،
62 ، 76 ، 79 ، 96 ، 97 ، 98 ،
100 ، 101 ، 102 ، 103 ، 107 ،
108 ، 112 ، 121 ، 143 ، 144 ،
148
مهر المثل 75 ، 76 ، 98 ، 102 ،
103 ، 104 ، 146
الميراث 38 ، 43 ، 44 ، 45 ، 46 ،
47 ، 48 ، 55 ، 84 ، 89 ، 98 ،
131 ، 132 ، 133
النشوز 70 ، 115 ، 116
نظام الإدماج 42
نظام الاشتراك الاتفاقي 27
نظام الاشتراك القانوني 26
النظام الشرعي العام 45 ، 46 ، 97
النظام العام 40
نظام عدم الاشتراك 28
النظام المالي للزوجين 10 ، 17 ، 25 ، 26 ،
28 ، 30 ، 39
نظام المشاركة في المكتسبات 30
نظام الانفصال 19 ، 23 ، 24 ، 25 ،
27 ، 29 ، 30 ، 39 ، 42



فهرس المسائل الفقهية

الصفحة	المسألة الفقهية
136.....	- الإرث من المرتد.....
85.....	- إيقاف الزوجة من العمل.....
99.....	- تأكد المهر بالخلوة.....
123.....	- التطليق للإعسار.....
125.....	- التطليق للامتناع.....
146.....	- تقدير المتعة.....
109.....	- التنازع في المتاع.....
102.....	- التنازع في المهر.....
36.....	- الحجر على الزوجة فيما زاد عن ثلث مالها تبرعا.....
88.....	- حكم الراتب الوظيفي للزوجة.....
67.....	- حكم عمل المرأة المتزوجة.....
98.....	- حكم المفوضة المتوفى عنها زوجها.....
142.....	- حكم نفقة المتعة.....
74.....	- الشروط التقييدية في عقد النكاح.....
113.....	- شروط استحقاق النفقة.....
129.....	- طلاق الفار.....
32.....	- عفو الزوجة عن المهر.....
56.....	- القبض في الهبة.....
133.....	- مانع القتل.....
53.....	- المسألة العمرية.....
107.....	- ملكية الصداق ومدى إلزامية الزوجة التحيز به.....
45.....	- انتقال التركة إلى الورثة قبل قضاء الدين.....
12.....	- انتهاء الذمة المالية.....
139.....	- نفقة المطلقة البائن غير الحامل.....
60.....	- الهبة بين الزوجين.....
57.....	- هبة النكاح.....
118.....	- وجوب أدوات الزينة على الزوج.....



فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكرىم وعلومه

القرآن الكرىم برواية حفص عن عاصم .

1. سيد قطب ، في ظلال القرآن ، دار الشروق ، بيروت ، ط 11 ، 1985 .
2. ابن العربي ، أحكام القرآن ، تحقيق علي محمد البجاوي ، دار إحياء الكتب العربية ، مصر ، ط 1 ، 1957 .
3. ابن عطية ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1993 .
4. الفراء ، معاني القرآن ، تحقيق أحمد يوسف نجاتي ، محمد علي النجار ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، القاهرة ، دط ، دت .
5. القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط 3 ، 1967 .
6. محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، دار المعرفة ، بيروت ، ط 2 ، دت .
7. محمد الطاهر بن عاشور ، التحرير والتنوير ، الدار التونسية للنشر ، تونس ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر دط ، 1984 .
8. محمود شلتوت ، تفسير القرآن الكرىم ، دار الشروق ، بيروت ، دط ، دت .
9. وهبة الزحيلي ، التفسير المنير ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، دار الفكر ، دمشق ، ط 1 ، 1991 .

كتب الحديث الشريف وعلومه

1. أحمد بن حنبل ، المسند ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت .
2. الباجي ، المنتقى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط 3 ، 1983 .
3. البخاري ، صحيح البخاري ، مطبعة مصطفى باي الحلبي ، مصر ، دط ، 1325هـ .
4. البيهقي ، السنن الكبرى ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت .
5. الترمذي ، سنن الترمذي ، دار الفكر ، بيروت ، ط 2 ، 1983 .
6. ابن حجر ، التلخيص الحبير ، تحقيق وتعليق شعبان محمد إسماعيل ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، دط ، 1979 .
7. ابن حجر ، فتح الباري ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 2 ، 1402هـ .
8. الخطابي ، معالم السنن ، تحقيق محمد حامد الفقي ، مكتبة السنة المحمدية ، مصر ، دط ، 1941 .
9. الدارقطني ، سنن الدارقطني ، عالم الكتب ، بيروت ، ط 4 ، 1986 .
10. أبو داود ، سنن أبي داود ، مطبعة مصطفى باي الحلبي ، مصر ، ط 1 ، 1952 .
11. ابن دقيق العيد ، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، دط ، دت .



12. الزيلعي ، نصب الراية ، دار الحديث ، القاهرة ، دط ، دت .
13. السيوطي ، الجامع الصغير ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 ، 1981 .
14. الصنعاني ، سبل السلام ، تحقيق محمد الداوي بلطة ، المطبعة العصرية ، صيدا ، بيروت ، دط ، 1992 .
15. ابن عبد البر ، التمهيد ، تحقيق أحمد أعراب ، دون مكان نشر ، دط ، 1990 .
16. عبد الحق ، الأحكام الوسطى ، تحقيق حمدي السلفي ، صبحي السامرائي ، مكتبة الرشد ، الرياض ، دط ، 1995 .
17. عبد الرزاق الصنعاني ، المصنف ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، (دون معلومات نشر) .
18. ابن العربي ، عارضة الأحوذى ، المطبعة المصرية بالأزهر ، ط1 ، 1931 .
19. ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت .
20. مالك ، الموطأ ، رواية يحيى بن يحيى الليثي ، دار النفائس ، بيروت ، ط 11 ، 1990 .
21. محمد الزقاني ، شرح الزرقاني على الموطأ ، مطبعة الاستقامة ، القاهرة ، دط ، 1954 .
22. محمد الغزالي ، السنة النبوية بين أهل الفقه وأهل الحديث ، دار الشروق ، بيروت ، ط 1 ، 1989 .
23. مسلم ، صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، دط ، دت .
24. النسائي ، المجتبى ، المطبعة المصرية بالأزهر ، دط ، دت .
25. النووي ، شرح صحيح مسلم ، تحقيق عصام الصباطي وآخرين ، دار الحديث ، القاهرة ، ط1 ، 1994 .

كتب السيرة النبوية

1. أبو الحسن الندوي ، السيرة النبوية ، دار الشروق ، جدة ، ط3 ، 1983 .
2. ابن القيم ، زاد المعاد ، المؤسسة العربية ، بيروت ، دط ، دت .
3. محمد أبو زهرة ، خاتم النبيين ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دط ، دت .

كتب القواعد وأصول الفقه

1. ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، دار الجيل ، بيروت ، ط 2 ، 1987 .
2. الحموي ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1985 .
3. السيوطي ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1990 .
4. الشاطبي ، الموافقات ، تعليق عبد الله دراز ، المكتبة التجارية ، مصر ، دط ، دت .
5. عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ط الأوفست ، دت .
6. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، ط7 ، 1998 .
7. عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، دار القلم ، الكويت ، ط9 ، 1970 .
8. القراني ، الفروق ، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1344هـ .

9. ابن اللحام ، القواعد ، تحقيق أيمن صالح شعبان ، دار الحديث ، القاهرة ، ط 1 ، 1994 .
10. محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دط ، دت .
11. وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، ط 1 ، 1986 .

كتب المذاهب الفقهية

أولا : المذهب الحنفي

1. الزيلعي ، تبيين الحقائق ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، ط 2 ، دت .
2. السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، دط ، دت .
3. السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 2 ، 1993 .
4. الطوري ، تكملة البحر الرائق ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1997 .
5. ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت ، ط 2 ، 1966 .
6. ابن عابدين ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، عالم الكتب ، بيروت ، دط ، دت .
7. عبد الغني الغنيمي ، اللباب في شرح الكتاب ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، دار الحديث ، حمص ، ط 4 ، 1979 .
8. علاء الدين الحصكفي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده ، مصر ، دط ، دت .
9. قاضيخان ، الفتاوى الخانية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 4 ، دت .
10. الكاساني ، بدائع الصنائع ، مطبعة الجمالية ، مصر ، ط 1 ، 1910 .
11. محمود البابري ، شرح العناية (بهامش فتح القدير) ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت .
12. المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1990 .
13. ابن نجيم ، البحر الرائق ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1997 .
14. نظام وآخرون ، الفتاوى الهندية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 4 ، دت .
15. ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت .

ثانيا : المذهب المالكي

16. التسولي ، البهجة شرح التحفة ، مطبعة الشرق ، مصر ، دط ، دت .
17. ابن جزئي ، القوانين الفقهية ، دار الثقافة ، دون مكان نشر ، دط ، 1969 .
18. الخطاب ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، تحقيق عبد السلام محمد الشريف ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط 1 ، 1984 .
19. الخطاب ، مواهب الجليل ، دار الفكر ، بيروت ، ط 3 ، 1992 .
20. الخرشني ، الخرشني على مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت .



21. خليل، مختصر خليل، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده ، مصر، دط ، دت .
 22. الدردير ، الشرح الكبير (بهامش حاشية الدسوقي) ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، ط 3 ، 1319 هـ .
 23. الدردير ، الشرح الصغير (بهامش بلغة السالك) ، مطبعة مصطفى باي الحلبي ، مصر ، دط ، 1340 هـ .
 24. الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، ط 3 ، 1319 هـ .
 25. ابن رشد (الجد) ، البيان والتحصيل ، تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط 2 ، 1988 .
 26. ابن رشد (الجد) ، المقدمات والممهديات ، دار صادر ، بيروت ، طبعة الأوفست ، دت .
 27. ابن رشد (الحفيد) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مطبعة علي صبيح ، مصر ، ط 1 ، دت .
 28. الصاوي ، بلغة السالك ، مطبعة مصطفى باي الحلبي ، مصر ، دط ، 1340 هـ .
 29. عبد الرحمن الأخضرى ، شرح الدررة البيضاء ، مطبعة التقدم العلمية ، مصر ، دط ، 1325 هـ .
 30. القاضي عبد الوهاب ، التلقين ، تحقيق ودراسة محمد سعيد ثالث الغاني ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت ، 1995 .
 31. القاضي عبد الوهاب ، المعونة ، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1998 .
 32. عثمان بن المكي التوزري ، توضيح الأحكام على تحفة الحكام ، المطبعة التونسية ، تونس ، ط 1 ، 1339 هـ .
 33. عlish ، منح الجليل ، دار صادر، بيروت ، دط ، دت .
 34. ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، ط 1 ، 1986 .
 35. القراني ، الذخيرة ، تحقيق محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط 1 ، 1994 .
 36. مالك ، المدونة الكبرى ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت .
 37. الزرقاني ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ، المطبعة الكبرى ، مصر ، دط ، دت .
 38. المواق ، التاج والإكليل (بهامش مواهب الجليل) ، دار الفكر ، بيروت ، ط 3 ، 1992 .
 39. الونشريسي ، المعيار المعرب ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط 1 ، 1981 .
- ثالثا : المذهب الشافعي
40. الباجوري ، حاشية الباجوري ، المطبعة الأزهرية ، مصر ، ط 2 ، 1929 .
 41. الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت .
 42. ابن أبي الدم ، كتاب أدب القضاء ، تحقيق محمد الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق ، ط 2 ، 1982 .
 43. الرملي ، نهاية المحتاج ، دار الفكر ، بيروت ، ط الأخيرة ، 1984 .
 44. الشافعي ، الأم ، دار الشعب ، دون مكان نشر ، دط ، دت .

45. الشيرازي ، المهذب ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت .
 46. الكوهجي ، زاد المحتاج ، حققه وراجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، طبعة الشؤون الدينية ، قطر ، دط ، دت .

47. الملوودي ، الحاوي الكبير ، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه ، محمود مطرجي ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، 1994 .
 48. النووي ، المجموع ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت .

رابعاً : المذهب الحنبلي

49. أبو البركات ، المحرر في الفقه ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ط2 ، 1984 .
 50. البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، نشر رئاسة إدارات البحوث العلمية و الإفتاء والدعوة والإرشاد ، السعودية ، دط ، دت .

51. ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، دار المعرفة ، بيروت ، دط ، دت .

52. ابن رجب الحنبلي ، القواعد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1992 .

53. ابن قدامة ، المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، طبعة الأوفست ، 1983 .

54. المرادوي ، الإنصاف ، صححه وحققه محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، ط2 ، 1986 .

55. مرعي بن يوسف الحنبلي ، دليل الطالب لنيل المطالب ، تحقيق عبد الله عمر البارودي ، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت ، ط2 ، 1991 .

خامساً : المذهب الظاهري

56. ابن حزم ، المحلى ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، دت .

سادساً : المذهب الإباضي

57. الجنائوني ، كتاب النكاح في الفقه الإباضي ، تعليق علي يحيى معمر ، دون معلومات نشر .

58. اطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، دار الفتح ، بيروت ، دار التراث العربي ، ليبيا ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، ط2 ، 1972 .

سابعاً : المذهب الزيدي

59. أحمد بن قاسم الصنعاني ، التاج المذهب ، مطبعة اليمن الكبرى ، صنعاء ، دط ، دت .

ثامناً : المذهب الجعفري

60. أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن موسى ، علل الشرائع ، دار البلاغة ، د مكان نشر ، دط ، دت .

61. الطوسي ، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط2 ، 1980 .

كتب فقهية حديثة

1. إبراهيم عبد الهادي أحمد النجار ، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ،

دط ، 1995 .

2. سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية ، تحقيق محمد أحمد سراج وآخرين ، دار السلام ، القاهرة ، ط 1 ، 2001 .
3. الصادق عبد الرحمن الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة الريان ، بيروت ، ط 1 ، 2006 .
4. عبد الرحمن الصابوني ، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام ، دار الفكر المعاصر ، بيروت . دار الفكر ، دمشق ، ط 1 ، 2001 .
5. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط 2 ، 1998 .
6. عبد السلام داود العبادي ، الملكية في الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية - ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط 1 ، 2000 .
7. عبد الكريم زيدان ، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط 2 ، 1994 .
8. محمد بلتاجي ، مكانة المرأة ، دار السلام ، القاهرة ، ط 1 ، 2000 .
9. محمد خلف يوسف ، الذمة المالية للمرأة ، اقرأ ، مصر ، ط 1 ، 2003 .
10. محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دط ، دت .
11. محمد فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط 1 ، 1994 .
12. محمد مصطفى شليبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ط 2 ، 1977 .
13. محمد مصطفى شليبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، دط ، دت .
14. مخلوف النياوي ، المقارنات التشريعية ، تحقيق محمد أحمد سراج ، علي جمعة محمد ، دار السلام ، القاهرة ، ط 1 ، 1999 .
15. مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار الفكر ، دمشق ، ط 6 ، 1967 .
16. هند محمود الخولي ، عمل المرأة (ضوابطه - أحكامه - ثمراته - دراسة فقهية مقارنة) ، دار الفرابي ، دمشق ، ط 1 ، 2001 .
17. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، ط 1 ، 1984 .

كتب عامة

1. أسعد السحمراني ، المرأة في التاريخ والشريعة ، دار النفائس ، بيروت ، ط 2 ، 1997 .
2. أندريه إيمار ، جانين أوبوايه (بإشراف موريس كروزيه) ، تاريخ الحضارات العام (الشرق واليونان القديمة) ، ترجمة فريد م وآخرون ، ط 2 ، 1981 .

3. زهدي يكن ، الزواج ومقارنته بقوانين العالم ، المكتبة العصرية ، صيدا ، ط2 ، دت .
4. صابر طه أحمد ، نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام ، نهضة مصر للطباعة ، مصر ، ط2 ، 2004 .
5. الطاهر حداد ، امرأتنا في الشريعة والمجتمع ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، د ط ، 1992 .
6. محمد رشيد رضا ، حقوق النساء في الإسلام (نداء للجنس اللطيف) ، مكتبة التراث الإسلامي ، القاهرة ، ط2 ، 1985 .
7. محمد سعيد رمضان البوطي ، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني ، دار الفكر ، دمشق ، ط 1 ، 2000 .
8. محمد عمارة ، التحرير الإسلامي للمرأة ، دار الشروق ، مصر ، د ط ، د ت .
9. عباس محمود العقاد ، المرأة في القرآن ، مؤسسة دار الهلال ، د ط ، د ت .
10. عمر رضا كحالة ، سلسلة بحوث اجتماعية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2 ، 1982 .
11. غوستاف لوبون ، حضارة العرب ، تعريب علاء زعيترا ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 3 ، 1399 هـ .
12. مصطفى السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط6 ، 1984 .
13. نصر حامد أبو زيد ، دوائر الخوف (قراءة في خطاب المرأة) ، المركز الثقافي العربي ، بيروت ، ط 2 ، 2000 .
14. نور الدين عتر ، عمل المرأة واختلاطها ودورها في بناء المجتمع ، دار البحوث للدراسات الإسلامية ، دبي ، ط 1 ، 2001 .
15. ول ديورانت ، قصة الحضارة ، ترجمة محمد بدران ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة ، القاهرة ، ط2 ، 1965 .
16. يوسف القرضاوي ، مركز المرأة في الحياة الإسلامية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط 3 ، 1983 .
17. الكتاب المقدس ، دار الكتاب المقدس ، القاهرة ، ط 1 ، 2003 .

كتب قانونية

1. أحمد إبراهيم حسن ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية (نظم القسم الخاص) ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، د ط ، 1998 .
2. أحمد إبراهيم حسن ، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، د ط ، 2003 .
3. بلحاج العربي ، قانون الأسرة (مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا) ، د . م . ج ، (بن عكنون) الجزائر ، د ط ، 2000 .

4. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، د . م . ج ، (بن عكنون) الجزائر ، ط3 ، 2004 .
5. بلحاج العربي ، أحكام الميراث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة ، د . م . ج . الجزائر ، ط2 ، 2005 .
6. بوذراع بلقاسم ، الوجيز في القانون التجاري ، مطبعة الرياض ، قسنطينة ، دط ، 2004 .
7. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ط3 ، دت .
8. جوستنيان ، مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، تعريب عبد العزيز فهمي ، دار الكتاب المصري ، القاهرة ، دط ، 1946 .
9. حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط5 ، دت .
10. حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 .
11. دليلة فركوس ، تاريخ النظم ، أطلس للنشر ، الجزائر ، دط ، 1993 .
12. رشيد واضح ، علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر ، دار هومة ، الجزائر ، 2003 .
13. رعد مقداد محمود الحمداني ، النظام المالي للزوجين ، دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 2003 .
14. صاحب عبيد الفتلاوي ، تاريخ القانون ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 1998 .
15. صوفي أبو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دط ، 1973 .
16. عباس العبودي ، تاريخ القانون ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 1998 .
17. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 2001 .
18. عبد الحكيم الذنون ، التشريعات البابلية ، دار علاء الدين ، دمشق ، ط1 ، 1992 .
19. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دت ، دط .
20. عبد السلام الترماني ، محاضرات في تاريخ القانون ، منشورات جامعة حلب ، ط1 ، 1964 .
21. عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار البعث ، قسنطينة ، ط2 ، 1986 .
22. عبد المجيد حفناوي ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار الهدى ، مصر ، دط ، دت .
23. عبد المنعم فرج الصده ، أصول القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، دط ، دت .
24. علي محمد جعفر ، نشأة القوانين وتطورها ، المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت ، ط1 ، 2002 .
25. فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، ط1986 .
26. محمد حافظ صبري ، المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود في شرع اليهود ونظائرها من الشريعة الغراء ومن القانون المصري والقوانين الوضعية الأخرى ، مطبعة هندية ، مصر ، ط1 ، 1902 .
27. محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، دط ، 1985 .

28. محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، دط ، 2003 .
29. محمد زهدور ، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، دط ، 1981 .
30. محمد عبد الهادي الشقنقيري ، مذكرات في تاريخ القانون المصري ، مطبعة المدني ، القاهرة ، دط ، 1976 .
31. محمد محدة ، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية) ، دار شهاب ، باتنة ، ط2 ، 1994 .
32. محمد مروان ، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري ، د . م . ج ، الجزائر ، دط ، 1999 .
33. محمود عبد المجيد المغربي ، المدخل إلى تاريخ الشرائع ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس (لبنان) ، ط3 ، 1996 .
34. مصطفى الزرقا وآخرون ، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري ، دار القلم ، دمشق ، ط1 ، 1996 .
35. مصطفى مجدي هرجه ، التنظيم القانوني الجديد لمنازعات الحيازة في ضوء القانون 23 لسنة 1993 ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، دط ، دت ، 1994 .
36. مصطفى محمد الجمال ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، مطبعة الفتح ، الإسكندرية ، دط ، 2001 .
37. هشام علي صادق ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، الدار الجامعية ، بيروت ، دط ، 1982 .
38. وارث . م ، مذكرات في القانون الجزائري الجزائري (القسم الخاص) ، دار هومة ، الجزائر ، دط ، 2004 .

كتب التراجم

1. ابن حجر، تهذيب التهذيب ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 ، 1984 .
2. ابن حجر ، تقريب التهذيب ، دراسة وتحقيق عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1999 .
3. ابن خلكان ، وفيات الأعيان ، دار صادر، بيروت ، دط ، دت .
4. ابن عبد البر ، الاستيعاب في أسماء الأصحاب (بهامش الإصابة) ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، دط ، دت .

كتب المعاجم

1. الفيومي ، المصباح المنير، دار القلم ، بيروت، دط ، دت .
2. محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الفكر، بيروت ، دط ، 1981 .

3. محمد رواس قلعه جي ، حامد صادق قنبي ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت ، ط2 ، 1998.
4. ابن منظور ، لسان العرب ، دار المعرفة ، مصر ، دط ، دت .
5. محمد المناوي ، التوقيف على مهمات التعاريف ، تحقيق محمد رضوان الداية ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ط1 ، 1990 .

الملتقيات والمؤتمرات

1. حمداتي شبيها ماء العينين ، اختلافات الزوج والزوجة الموظفة ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة السادسة عشرة ، دبي 2005 .
2. سعاد الصالح ، الأسرة المسلمة بين النصوص والواقع ، مؤتمر الأسرة الأول (الأسرة العربية في وجهه التحديات و المتغيرات المعاصرة ، مايو 2002 ، بيروت) ، دار ابن حزم ، بيروت ، ط1 ، 2003 .
3. عبد اللطيف محمود آل محمود ، اختلافات الزوج والزوجة الموظفة ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة 16 ، مايو 2005 .
4. عبد الناصر موسى أبو البصل ، الخلافات الزوجية حول إسهام المرأة العاملة في مالية الأسرة ، بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة 16 ، 2005 .
5. قطب مصطفى سانو ، في نفقة الزوجة ومرتبها وعملها رؤية منهجية ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة 16 ، مايو 2005 .
6. محمد الزحيلي ، حقوق المرأة بين الشريعة والقانون ، مؤتمر كلية الحقوق الثاني بعنوان : ” حقوق الإنسان في الشريعة والقانون (التحديات والحلول) “ جامعة الزرقاء الأهلية ، من 8 - 9 آب . 2001 .
7. محمد الزحيلي ، عمل المرأة خارج البيت وأثره في الخلافات الزوجية ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، دبي ، الدورة 16 ، مايو 2005 .
8. ناجي بن محمد شفيق عجم ، اختلاف الزوجين حول راتب الزوجة الموظفة ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي ، الدورة 16 ، مايو 2005 .

الدوريات والموسوعات

1. حسن بغداددي ، نظام الأموال بين الزوجين في صلته ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي و الحق العيني ، مجلة الحقوق ، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، ع1 ، 2 ، 1956 - 1957 .
2. بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، موسوعة الفكر القانوني ، صادرة عن دار الهلال للخدمات الإعلامية ، وهران ، ع خ .

3. صالح بوبشيش ، نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والامتناع ، مجلة الإحياء ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ، جامعة العقيد لخضر ، باتنة ، ع5 ، 2002 .
4. عبد السلام عبد القادر ، النزاع حول متاع البيت بين النص التشريعي والاجتهاد القضائي ، مجلة الإحياء ، ع5 ، 2002 ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ، جامعة باتنة .
5. محمد فوزي فيض الله ، فتوى " حكم الاستيلاء على مرتب الزوجة " ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة الكويت ، ع2 ، 1984 .
6. المختار بكور ، الأهلية التجارية للمرأة المتزوجة بين نصوص القانون التجاري ومدونة الأحوال الشخصية ، مجلة الميادين ، جامعة محمد الأول ، وجدة ، ع3 ، 1988 .
7. مسعودي رشيد ، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة ، مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار ، ع4 ، 2004 .
8. نجيب بوحنيك ، الذمة المالية للزوجة في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - ، مجلة المعيار ، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، ع13 ، 2006 .
9. نصر سلمان ، أحكام الصداق ، مجلة المعيار ، كلية أصول الدين ، جامعة الأمير عبد القادر ، قسنطينة ، ع9 ، 2004 .
10. الهاشمي هويدي ، توضيحات حول تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة المتعلقة بالنزاع في متاع البيت ، م ق ، ع خ ، 2001 .
11. وهبة الزحيلي ، الوحدة النفسية ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، الجزائر ، ع3 ، 2000 .

الرسائل الجامعية

1. زعرور سليمة ، الحماية القانونية للمرأة العاملة في قانون العمل - دراسة مقارنة - ، رسالة ماجستير في القانون فرع المؤسسات ، إشراف جلال مصطفى القرشي ، عمار عوابدي ، جامعة الجزائر ، 1990 ، 1991 .
2. سعيد فكرة ، الشرط عند الأصوليين ، رسالة دكتوراه ، إشراف محمد محدة ، معهد الشريعة ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، قسنطينة ، 1997 .
3. سهام صقر ، أحكام الصداق في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية ، رسالة ماجستير ، إشراف سلمان نصر ، قسم الفقه وأصوله ، جامعة الأمير عبد القادر ، قسنطينة ، 1999 .
4. محمد تقية ، الهبة في قانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، إشراف علي علي سليمان ، معهد الحقوق ، والعلوم الإدارية (بن عكنون) ، جامعة الجزائر ، 1996 ، 1997 .
5. نوارة دري ، الشروط الجعلية في عقود الزواج ، رسالة ماجستير ، إشراف سعيد فكرة ، قسم الفقه وأصوله ، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الإسلامية ، باتنة ، 1997 .

قرارات المحكمة العليا

- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا . قرار رقم 35912 صادر بتاريخ : 08 / 04 / 1985 ، م ق ، ع 1 ، 1989 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 38331 الصادر في : 04 / 11 / 1985 ، م ق ، ع 1 ، 1989 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 39775 صادر بتاريخ 27 / 01 / 1986 ، م ق ، ع 1 ، 1989 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا . قرار رقم 41560 صادر بتاريخ : 07 / 04 / 1986 ، م ق ، ع 2 ، 1989 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 33397 الصادر في : 25 / 06 / 1984 ، م ق ، ع 3 ، 1989 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 34791 صادر في : 19 / 11 / 1984 ، م ق ، ع 3 ، 1989 .
- غ . أ . ش . المحكمة العليا ، قرار رقم 133762 الصادر في : 09 / 07 / 1984 ، م ق ، ع 4 ، 1989 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 34046 الصادر في : 19 / 11 / 1984 ، م ق ، ع 1 ، 1990 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 34262 الصادر في : 19 / 11 / 1984 ، م ق ، ع 1 ، 1990 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 32131 صادر بتاريخ 05 / 11 / 1984 ، م ق ، ع 2 ، 1990 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 44858 صادر بتاريخ 07 / 12 / 1987 ، م ق ، ع 4 ، 1990 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 50075 صادر بتاريخ 18 / 07 / 1988 ، م ق ، ع 4 ، 1990 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 35107 الصادر في : 19 / 11 / 1984 ، م ق ، ع 7 ، 1990 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة ، قرار رقم 55116 الصادر في : 02 / 10 / 1989 ، م ق ، ع 1 ، 1991 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 52212 صادر بتاريخ 19 / 01 / 1989 ، م ق ، ع 3 ، 1991 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 49575 صادر بتاريخ : 20 / 6 / 1988 ، م ق ، ع 2 ، 1991 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا . قرار رقم 57752 صادر بتاريخ : 25 / 12 / 1989 ، م ق ، ع 3 ، 1991 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا قرار رقم 58700 صادر بتاريخ : 19 / 2 / 1990 ، م ق ، ع 4 ، 1991 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 59335 صادر بتاريخ 30 / 04 / 1990 ، م ق ، ع 1 ، 1992 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 42860 صادر بتاريخ : 29 / 12 / 1986 ، م ق ، ع 3 ، 1993 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 39731 صادر بتاريخ 27 / 01 / 1986 ، م ق ، ع 4 ، 1993 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا . قرار رقم 75029 صادر بتاريخ : 18 / 06 / 1991 ، م ق ، ع 2 ، 1994 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 101444 صادر بتاريخ : 21 / 12 / 1993 ، م ق ، ع 2 ، 1996 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 96039 بتاريخ : 24 / 11 / 1992 ، م ق ، ع خ ، 2001 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 160350 بتاريخ : 23 / 12 / 1997 ، م ق ، ع خ ، 2001 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 163381 صادر في 10 / 06 / 1997 ، م ق ، ع خ ، 2001 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 189245 صادر بتاريخ 21 / 04 / 1998 ، م ق ، ع خ ، 2001 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 216836 الصادر بتاريخ 16 / 03 / 1999 ، م ق ، ع خ ، 2001 .

- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 213669 الصادر في : 1999/02/06 ، م ق ، ع 1 ، 2001 .
- غ . أ . ش . بالمحكمة العليا ، قرار رقم 256672 صادر في 2001/02/21 ، م ق ، ع 2 ، 2001 .

المراجع الإلكترونية

- www. Legifrance.gouv.fr . تاريخ الدخول إلى الموقع: 2007/01/21
www.Justice.gov.ma . تاريخ الدخول إلى الموقع: 2007/01/21
http // www.arablawinfo.com/research_search.asp?validate=articles
&articleID=304 . تاريخ الدخول إلى الموقع: 2007/05/24
www.Fiqhacademy.org.sa . تاريخ الدخول إلى الموقع: 2006/11/24
http://wrcat.cawtar.org/assoets/documents/pdf/regimebienentreeapoux
.pdf . تاريخ الدخول إلى الموقع: 2007/01/21
-قرص مضغوط خاص باجتهادات المحكمة العليا .

القوانين والأوامر

- أمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو 1966 المتعلق بقانون العقوبات ،
الجريدة الرسمية ، ع 149 ، صادرة بتاريخ 11 يونيو 1966 .
- أمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني ،
الجريدة الرسمية ، ع 78 ، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 .
- أمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري ،
الجريدة الرسمية ، ع 101 ، صادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975 .
- أمر رقم 76-101 المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396هـ الموافق 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون
الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة ، الجريدة الرسمية ، ع 102 ، صادرة بتاريخ 22 ديسمبر 1976 .
- قانون رقم 82-06 المؤرخ في 3 جمادى الأولى 1402هـ الموافق 27 فبراير 1982 يتعلق بعلاقات العمل
الفردية ، الجريدة الرسمية ، ع 9 ، صادرة بتاريخ 2 مارس 1982 .
- قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة ،
الجريدة الرسمية ، ع 24 ، صادرة بتاريخ 12 يونيو 1984 .
- قانون رقم 88-14 المؤرخ في 16 رمضان 1408هـ الموافق 3 مايو 1988 يعدل ويتمم الأمر رقم
75-58 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية ع 18 ، صادرة بتاريخ 4 مايو 1988 .
- قانون رقم 90 - 11 المؤرخ في 26 رمضان 1410هـ الموافق 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل .
الجريدة الرسمية ، ع 17 ، صادرة بتاريخ 25 أبريل 1990 .



- قانون رقم 91-25 المؤرخ في 9 جمادى الثانية 1412هـ الموافق 16 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 ، الجريدة الرسمية ، ع 65 ، الصادرة بتاريخ 18 ديسمبر 1991 .
- أمر رقم 96 - 27 المؤرخ في 28 رجب 1417هـ الموافق 9 ديسمبر 1996 يعدل ويتم الأمر رقم 75-59 المتعلق بالقانون التجاري . الجريدة الرسمية ، ع 77 ، الصادرة بتاريخ 11 ديسمبر 1996 .
- قانون رقم 02-10 المؤرخ في 10 شوال 1423هـ الموافق 14 ديسمبر 2002 يعدل ويتم القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف ، الجريدة الرسمية ، ع 83 ، الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 2002 .
- قانون رقم 05 - 09 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426هـ الموافق 4 مايو 2005 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 15 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005 الذي يعدل ويتم القانون رقم 84 - 11 المتعلق بقانون الأسرة . الجريدة الرسمية ، ع 43 ، الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005 .
- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 11 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005 يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم . الجريدة الرسمية ، ع 44 ، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005 .
- المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر في 17 / 09 / 1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري .
- أمر على مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية .
- ظهير شريف رقم 1. 04. 22 صادر في 12 ذو الحجة 1424هـ الموافق 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03 - 70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية . الجريدة الرسمية ع 5184 صادرة بتاريخ 5 فبراير 2004 .

المراجع باللغة الفرنسية

- 1- Christian Larroumet , **Droit Civil** , économique , paris , 3^{ed} , 1998.
- 2-Dominique Lefebvre ; **communauté légale ; active commun ; généralités** ; jurais- classeur ; France ; 2001 ; articles : 1400 à 1403 ; faticule 10 .
- 3- George Huberch , Eric Agostini , **Droit Civil** , Sirey , paris , 13^{ed} , 1983 .
- 4-Jean Nectoux , Félix Boucly , Marcel Vismard **Jurisprudence Française** , Dalloz , paris , s.d .
- 5-Marcel Planiol , Georges Ripert , Jean Boulawger , **Traité pratique de droit civil français** , L.G.D.J , paris , 2^{ème} édit , 1957 .
- 6 -Pierre Voirin , Gilles Goubeaux , **Droit Civil** , L.G.D.J , paris , 21^e édit , 2001 .
- 7- Xavier Henry ; Alice Tisserand , Guy Venandet , **Cod Civil** (**textes , jurisprudence , annotations**) , Dalloz , Paris , 99 édit , 2000.
- 8-Larousse , Dictionnaire Encyclopédique , paris , 1998.
- 9-Le Petit Larousse , Grand Format , paris , 2005 .



فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	أ - و
الفصل التمهيدي: الذمة المالية للمرأة المتزوجة بين الرصد التاريخي	
والتأصيل الشرعي والقانوني	1
المبحث الأول: ماهية الذمة المالية:	2
المطلب الأول: تعريف الذمة المالية وبيان عناصرها:	3
الفرع الأول: تعريف الذمة المالية (لغة واصطلاحاً) :	3
البند الأول: التعريف اللغوي للذمة	3
البند الثاني: التعريف الاصطلاحي :	4
الفرع الثاني: عناصر الذمة المالية (الأصول والخصوم)	5
البند الأول: في الفقه الإسلامي	5
البند الأول: في النظر القانوني	6
المطلب الثاني: طبيعة الذمة المالية وانتهائها	8
الفرع الأول: طبيعة الذمة المالية	8
البند الأول: في الفقه الإسلامي	8
البند الثاني: في النظر القانوني :	9
الفرع الثاني: انتهاء الذمة المالية	12
البند الأول: في الفقه الإسلامي	12
البند الثاني: في النظر القانوني	14
المبحث الثاني: الذمة المالية للمرأة المتزوجة في القوانين الوضعية و الشرائع السماوية :	16
المطلب الأول: في قوانين الحضارات القديمة	17
الفرع الأول: في قوانين الحضارات الشرقية :	17
البند الأول: في بلاد الرافدين :	17
البند الثاني: في مصر الفرعونية:	18
الفرع الثاني: في قوانين الحضارات الغربية :	19
البند الأول: في الحضارة اليونانية	19
البند الثاني: في الحضارة الرومانية	20

- 22المطلب الثاني : في الشرائع السماوية.
- 22الفرع الأول : في الشريعة اليهودية.
- 23الفرع الثاني: في الشريعة المسيحية :
- 24المطلب الثالث: في القانون الفرنسي: .
- 31المبحث الثالث : التأصيل الشرعي والقانوني لاستقلالية الذمة المالية للزوجة.....
- 32المطلب الأول: التأصيل الشرعي
- 32الفرع الأول : من القرآن الكريم.....
- 34الفرع الثاني : من السنة النبوية
- 36الفرع الثالث مناقشة الحجر على الزوجة.....
- 39المطلب الثاني : التأصيل القانوني :
- 39الفرع الأول : في قانون الأسرة.....
- 40الفرع الثاني : في القانون المدني
- 41الفرع الثالث : في القانون التجاري
- 41الفرع الرابع : في قانون الضرائب :
- 43الفصل الأول : مصادر الملكية الفردية.....
- 44المبحث الأول : الميراث والتبرعات
- 45المطلب الأول : الميراث (توضيح حالات استحقاقها الميراث)
- 45الفرع الأول : مبادئ الإرث في التشريع الإسلامي وخصائصه
- 49الفرع الثاني : حالات استحقاق الإرث
- 56المطلب الثاني : التبرعات.....
- 56الفرع الأول : الهبة :
- 57البند الأول : هبة النكاح (هبة الجهاز للبنات)
- 60البند الثاني : الهبة بين الزوجين.....
- 63الفرع الثاني : الوصية.....
- 66المبحث الثاني : العمل.....
- 68المطلب الأول : حكم عمل المرأة المتزوجة وضوابطه.....
- 67الفرع الأول : في الفقه الإسلامي.....
- 72الفرع الثاني : في القانون الجزائري.....
- 74المطلب الثاني : مدى سلطة الزوج في منع زوجته من العمل.....



- 74..... الفرع الأول : اشتراط المرأة العمل في عقد النكاح
- 74..... البند الأول : في الفقه الإسلامي
- 83..... البند الثاني : في قانون الأسرة الجزائري
- 85..... الفرع الثاني : سلطة الزوج في منع زوجته من العمل
- 88..... المطلب الثالث : حكم راتب الزوجة (مدى أحقية الزوج في راتب زوجته)
- 95..... الفصل الثاني المصادر الناتجة عن عقدة النكاح
- 96..... المبحث الأول : الحقوق المتحركة ابتداء
- 97..... المطلب الأول : حق المهر (الصداق) :
- 97..... الفرع الأول : موجبات كامل المهر ومؤكداته :
- 97..... البند الأول : في الفقه الإسلامي
- 101..... البند الثاني : موقف قانون الأسرة الجزائري
- 102..... الفرع الثاني : التنازع في المهر
- 102..... البند الأول : في الفقه الإسلامي :
- 106..... البند الثاني : موقف قانون الأسرة الجزائري
- 107..... الفرع الثالث : علاقة المهر بالجهاز والمتاع والتنازع فيه :
- 107..... البند الأول : علاقة المهر بالجهاز والمتاع (مسؤولية التجهيز)
- 109..... البند الثاني : التنازع في الجهاز والمتاع
- 113..... المطلب الثاني : النفقة الزوجية
- 113..... الفرع الأول : شروط استحقاق النفقة
- 113..... البند الأول : في الفقه الإسلامي :
- 116..... البند الثاني : في قانون الأسرة الجزائري
- 117..... الفرع الثاني : عناصر الإنفاق الملزم بها الزوج (مكونات النفقة) :
- 117..... البند الأول : الغذاء
- 118..... البند الثاني : الكسوة وأدوات الزينة
- 119..... البند الثالث : نفقات العلاج
- 120..... البند الرابع : السكن
- 122..... البند الخامس : ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة
- 122..... الفرع الثالث : أثر الامتناع عن الإنفاق
- 122..... البند الأول : الإعسار بالنفقة

124	البند الثاني : الامتناع عن النفقة
128	المبحث الثاني : الحقوق المتحركة انتهاء
129	المطلب الأول : حق الإرث
129	الفرع الأول : سبب نشوئه
131	الفرع الثاني : شرط إرث الزوجة من زوجها
137	الفرع الثالث : النصيب المستحق :
139	المطلب الثاني : نفقة المطلقة
139	الفرع الأول : نفقة العدة
142	الفرع الثاني : نفقة المتعة
142	البند الأول : حكمها الفقهي
146	البند الثاني : تقدير المتعة وأساس ذلك
149	الخاتمة
153	الملاحق
157	الفهارس الفنية
158	فهرس الآيات القرآنية
163	فهرس الأحاديث النبوية
165	فهرس الآثار
166	فهرس الأعلام
168	فهرس المصطلحات والحدود
173	فهرس المسائل الفقهية
174	فهرس المصادر والمراجع
188	فهرس الموضوعات