

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة أحمد دراية – أدرار

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

العقد المالي بين الزوجين في قانون الأسرة

الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية،

التخصص: شريعة وقانون

● إشراف الأستاذ:

د. بوعلاة عمر

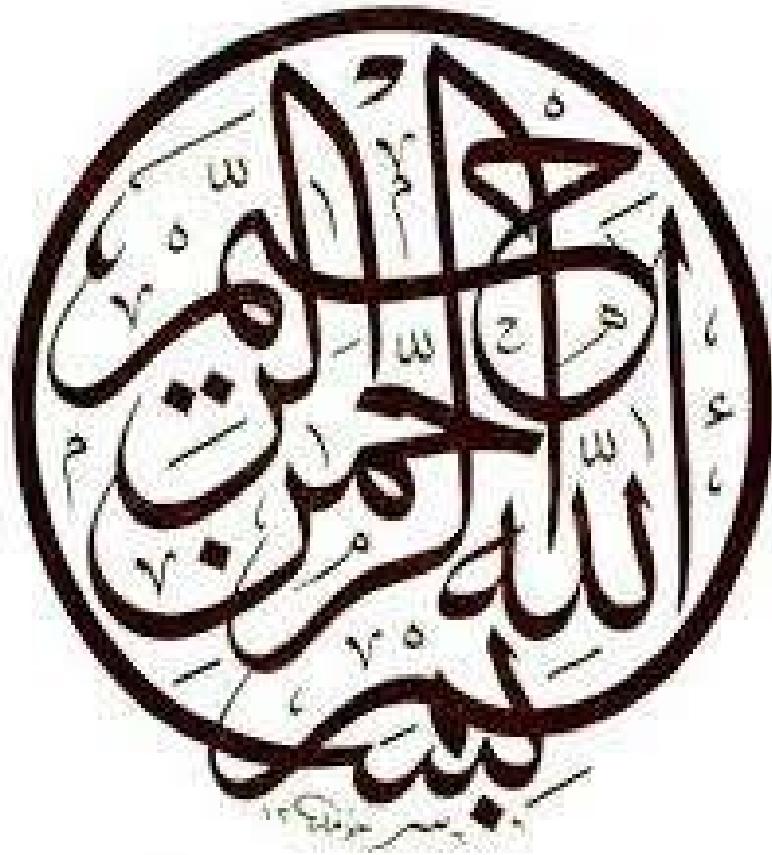
● إعداد الطالبة:

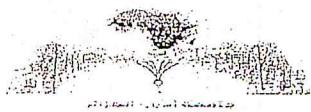
- ادرييات نجاة

لجنة المناقشة

| الصفة | الرتبة | الاسم واللقب |
|----------------|----------------------|----------------|
| رئيسا | أستاذ التعليم العالي | أ.د جرادي محمد |
| مشرفا ومناقشها | أستاذ محاضر أ | د.بوعلاة عمر |
| مناقشها | أستاذ محاضر ب | د.حمدون الشيخ |

السنة الجامعية 1441 - 1442 هـ / 2020





شهادة الترخيص بالابداع

إذا الأستاذ(ة): يو عماله عز

المشرف على مذكرة الماستر.

الموسومة بـ: العقد اتفاقي بين الرؤسائة قاتورة والبروفسور ابراهيم
مقاييسه باللغة الانجليزية -
من الجامعات كاتبة دراسات

و الطالب(ة):

كلية : العلوم الابداعية والابتكافية والعلوم الحاسوبية

القسم : العلوم الحاسوبية

الشخص: كريمة عقادة

تاريخ تقديم / مناقشة: 22 جوان 2021

أشهد أن الطلبة قد قاموا بالتعديلات والتوصيات المطلوبة من طرف لجنة التقييم، وإن المطابقة بين النسخة الإلكترونية استوفت جميع شروطها.

ويإمكانهم إيداع النسخ الورقية (02) والإلكترونية (PDF).

- امضاء المشرف

13 سبتمبر 2021

- مساعد رئيس القسم:



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة أحمد دراية – أدرار

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

العقد المالي بين الزوجين في قانون الأسرة

الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية،

التخصص: شريعة وقانون

● إشراف الأستاذ:

د. بوعلاة عمر

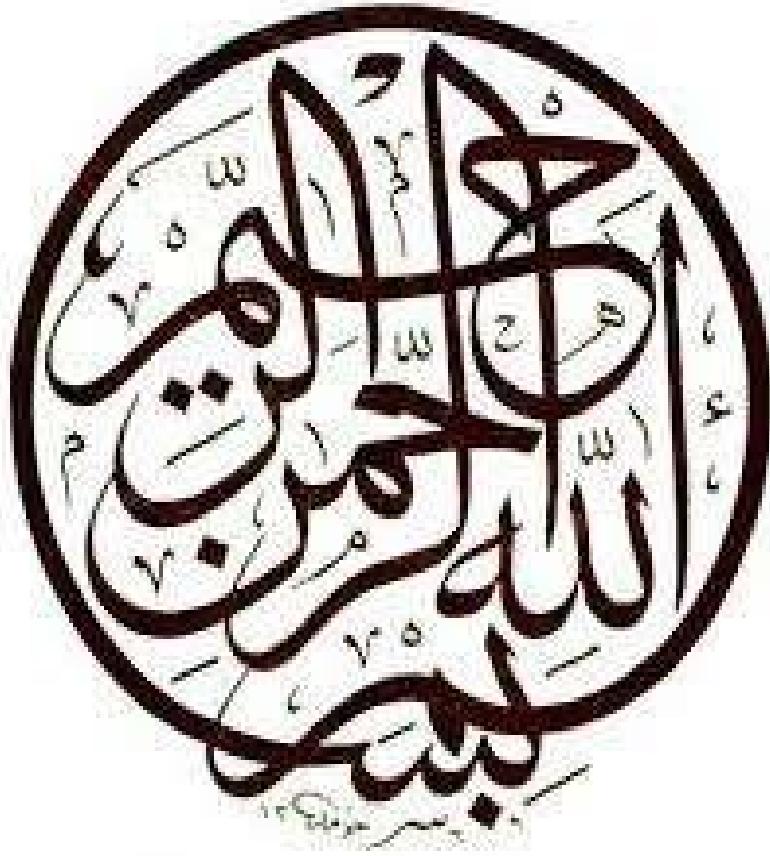
● إعداد الطالبة:

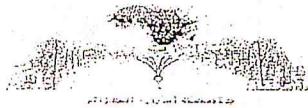
- ادرييات نجاة

لجنة المناقشة

| الصفة | الرتبة | الاسم واللقب |
|----------------|----------------------|----------------|
| رئيسا | أستاذ التعليم العالي | أ.د جرادي محمد |
| مشرفا ومناقشها | أستاذ محاضر أ | د.بوعلاة عمر |
| مناقشها | أستاذ محاضر ب | د.حمدون الشيخ |

السنة الجامعية 1441 - 1442 هـ / 2020





الرقم..... م.م.ب.ب (ج) 2021

جامعة احمد دراية - ادرار
السكنية المركبة
مصلحة البحث البيهقيغرافي

شهادة الترخيص بالابداع

إذا الأستاذ(ة): يو عالى عز

المشرف على مذكرة الماستر.

الموسومة بـ: العقد اتفاقي بين الرؤسائة قاتورة والبروفسور ابراهيم
فقايره بالقسم الاملاكي -
من الجامعات كاظمة

و الطالب(ة):

كلية : العلوم الابداعية والابتكافية والعلوم الفيزيائية

القسم : العلوم الابداعية

الشخص : شريفة عقادة

تاريخ تقديم / مناقشة: 22 جوان 2021

أشهد أن الطلبة قد قاموا بالتعديلات والتوصيات المطلوبة من طرف لجنة التقييم، وإن المطابقة بين النسخة الإلكترونية استوفت جميع شروطها.

ويإمكانهم إيداع النسخ الورقية (02) والإلكترونية (PDF).

- امضاء المشرف

13 سبتمبر 2021

-مساعد رئيس القسم:-



شكر وعرفان

الحمد لله والشكر لله الذي يسر لنا أمورنا، فله الحمد والمنة، والصلوة والسلام
على رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبعد:

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى الدكتور بوعallaة عمر، الذي رافقني طيلة فترة إنجازي هذا البحث، فأسأل الله أن يحفظه وأن يحفظ أهله وخلانه.
كما أتوجه بالشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة كل باسمه، بفضلهم
بمناقشة هذا العمل وعلى جهدهم المبذول وتقديمهم التوجيهات القيمة. ولا يفوتي
أن أتقدم بالشكر إلى كل من كانت له أو لها يد المساعدة سواء مادياً أو معنوياً
باهتماماتهم و تشجيعاتهم طيلة إعداد هذا البحث وإتمامه على الصورة التي هو
عليها.

الإهداء:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبشكراً تدرك الخيرات، وبعونه تذلل الصعوبات، وب توفيقه تُرقى الدرجات، وبفضلـه ومنه تدرك المبتغاـه، وبقدرـه تحقق الأمـنيـات، أما بعد:

أهدي ثمرة جهدي

إلى من حملتني وهذا على وهن، وربـتني على حبـ الإنـقـانـ والتـفـوقـ، إلى من شجـعتـني على حبـ الخـيرـ وأـهـلـهـ.

أمي الحـنـونـ حـفـظـهاـ اللـهـ وـرـعـاـهـاـ وـبـارـكـ فيـ عمرـهاـ وـصـحتـهاـ.

إلى صاحـبـ القـلـبـ الطـيـبـ، إلى صاحـبـ النـفـسـ الـأـبـيـةـ.

إلى صاحـبـ الـابـتسـامـةـ الفـريـدـ إـلـيـكـ يـاـ أـبـيـ العـزـيزـ.

لـكلـ مـبـدـعـ إـنـجـازـ وـلـكـ شـكـرـ قـصـيـدةـ، وـلـكـ مـقـامـ مـقـالـ، وـلـكـ نـجـاحـ شـكـرـ وـتـقـديرـ، فـجزـيلـ الشـكـرـ أـهـدـيـكـمـ، وـرـبـ الـعـرـشـ يـحـمـيـكـمـ، كـنـتـمـ وـلـازـلـتـ كـالـنـخـلـةـ الشـامـخـةـ تعـطـيـ بلا حدودـ، فـجزـاـكـمـ عـنـيـ أـفـضـلـ ماـ جـزـىـ الـعـالـمـينـ الـمـلـاـصـيـنـ، وـبـارـكـ لـكـمـ وـأـسـعـدـكـمـ أـيـنـماـ حـطـتـ بـكـمـ الرـحـالـ، "ـحـسـيـبـةـ، أـمـيـنـةـ، كـلـثـومـ، رـضـوـانـ، عـيـسـىـ، فـضـلـ"

إـلـىـ الـقـلـوـبـ الـطـاهـرـةـ الرـقـيقـةـ وـالـنـفـوـسـ الـبـرـيـئـةـ

إـلـىـ رـيـاحـيـنـ حـيـاتـيـ إـخـوـتـيـ"ـ كـرـيمـ، مـولـانـ حـسـامـ، وـدـادـ، رـؤـوفـ، سـيدـ الـهـيـبـ. "ـ إـلـىـ صـاحـبـةـ الـرـوـحـ الـمـرـحـةـ التـيـ تـحـمـلـ الـفـكـاهـةـ وـبـصـمةـ الـمـشـتـاقـ أـزـكـىـ التـحـايـاـ وـأـجـمـلـهاـ وـأـنـداـهاـ وـأـطـيـبـهاـ، أـرـسـلـهـاـ لـكـ بـكـلـ وـدـ وـإـخـلاـصـ "ـجـتـيـ". "

إـنـ قـلـتـ شـكـرـيـ لـنـ يـوـفـيـكـمـ
حـقاـًـ سـعـيـتـ فـكـانـ السـعـيـ مـشـكـورـاـ
إـنـ جـفـ حـبـرـيـ عنـ التـعـبـيرـ يـكـتـبـكـمـ
قـلـبـ بـهـ صـفـاءـ الـحـبـ تـعـبـيرـاـ.

الْفَلَمْلَمْ

المقدمة

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً في كما ينبغي لجلال وجهه ولعظيم سلطانه، وأصلح وأسلم على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد ﷺ الذي أرسله رحمة للعالمين ليرقى بهم معاشاً ومعاداً على سُلْطَنِ الْحِكْمَةِ إِلَى عَلَيْنِ... أَمَا بَعْدُ،،،

أولاًً: تحديد موضوع البحث وبيان أهميته

اهتمت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - ومن ضمنها قانون الأسرة الجزائري - بتنظيم الرابطة الزوجية من كل جوانبها، ومن ذلك تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين. والأصل (المبدأ) الذي يحكم هذه العلاقات المالية في الشريعة الإسلامية هو مبدأ "استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين"، وهذا ما نص عليه القرآن الكريم لماً أعطي لكل طرف العلاقة الزوجية حق ملكية عائد جهده وكسبه في قول الله تعالى : ﴿لِلرِّجَالِ تَصِيبُ مِمَّ أَكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ تَصِيبُ مِمَّ أَكْتَسَبْنَ﴾ [النساء، 32].

هذا المبدأ الجوهري الذي تقوم عليه العلاقات المالية بين الزوجين كرسه المشرع الجزائري - متاثراً بأحكام الشريعة الإسلامية - في مطلع المادة 37 من قانون الأسرة بقوله : ((لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر))، مما يعني أن الزوجان يستصحبان معهما استقلالية وحرية التصرف في مالهما إلى ما بعد انعقاد زواجهما، وهذه الاستقلالية في الذمة المالية تظل قائمة ولا تتأثر بعقد الزواج.

وبعد أن قرر المشرع الجزائري أن الأصل في العلاقات المالية استقلال الذمة المالية لكل زوج واستئثار كل واحد منهما بممتلكاته وعوائد عمله وأملاكه، أجاز - في نفس المادة (م/37 من قانون الأسرة) - بأنه يمكن الحد من هذه الاستقلالية بمحض عقد إرادي يتفق الزوجان من خلاله

مُقَدَّمةٌ

على كيفية تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء فترة الزوجية؛ أي الأموال المشتركة بينهما، ووجه إلى ضرورة تضمين هذا الاتفاق عقد الزواج أو إفراجه في وثيقة رسمية (عقد) مستقلة عن عقد الزواج، بعد أن يتم التوافق على مضامينه وتفاصيله بقوله: ((غير أنه يجوز للزوجين أن يتتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما)).

هذا العقد هو القضية (الموضوع) التي جاء البحث ليعالجها تحت عنوان: "العقد المالي بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي".

ثانياً: إشكالية البحث

الظاهر أن المشرع الجزائري سعى من خلال اعتماده لآلية العقد المالي الاختياري الذي يتفق فيه الزوجان على التدبير المشترك للأموال المكتسبة في فترة الزواج، إلى تحقيق نوع من الاستقرار الزوجي والأسري، غير أن هذه الغاية تبقى بعيدة المنال ما لم يتم تحديد الإطار القانوني الذي يندرج ضمنه هذا العقد؛ وعليه يتساءل البحث عن الطبيعة القانونية للعقد المالي بين الزوجين المستحدث في قانون الأسرة الجزائري؟ هل يخضع في تنظيمه لأحكام وقواعد خاصة؟ أم يُبرم طبقاً للأحكام العامة للعقد في القانون المدني؟

ثالثاً: أسباب ودوافع اختيار الموضوع

إضافة إلى الميل الذاتي والرغبة الشخصية لفكرة الموضوع، وانشراحِي له لما اقتُرِحَ علىِي، فقد دفعني إلى اختيار هذا الموضوع الأسباب التالية:

- أهمية الموضوع العلمية والعملية، مما يجعل البحث فيه مُجدي ويمكن أن تتمحض عنه إضافة وإثراء.

- حيوية الموضوع كونه يصل المعرف العلمية النظرية بالتطبيق، والنص الشرعي والقانوني بالواقع، ما يسهم في ترشيد القوانين عند سنها أو تعديلها.
- تعلق الموضوع بنظام الأسرة أهم كيان شرعي وقانوني في النسيج الاجتماعي تضافرت الجهود التشريعية والدعوية والسياسية للمحافظة عليه ودعم استقراره.

رابعاً: أهداف البحث

أطمح من خلال دراستي لهذا الموضوع إلى تحقيق هدفين رئисين؛ الأول: محاولة جمع المسائل والقواعد ذات العلاقة ب موضوع الروابط المالية بين الزوجين، والثاني: محاولة فهمها وتحليلها لتبيّن مدى إمكانية كفايتها لتشييد نظام قانوني يُؤطر التعاقدات المالية بين الزوجين.

خامساً: الدراسات السابقة

تناول العديد من الباحثين من مختلف المستويات موضوع هذا البحث في رسائل ومذكرات وأبحاث...، نذكر من بينهم:

1. فاطمة الزهراء لقشيري، العقد المالي بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1 - الحاج لخضر، العدد (11)، جوان 2017.

2. كريمة محروم، أموال الزوجين بين الاستقلالية والاشتراك على ضوء الفقه وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الحاج لخضر، العدد (11)، شوال 1438هـ/جوان 2017.

3. أحمد طيبى، الذمة المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن ، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور- الجلفة، 2018/2017.

4. أَحمد دادة فاطمة الزهراء، النظَام القانوِي لعقد الاشتراك في الأموال بين الزوجين ، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة، 2017/2018.

سادساً: صعوبات البحث

بصراحة فكرة موضوع البحث واضحة، والمادة العلمية فيه متوفرة، ولم تُعترضني مصاعب ذات بال في مسيرة إنجازِي لهذا البحث، لكن الصعوبة التي لم أُستطع التأقلم معها كانت ضعف الاستغلال الأمثل لمعلومات البحث وقبل ذلك جمع واستقصاء هذه المعلومات بسبب:

- الظروف الاستثنائية التي أُعدت فيها هذه المذكرة وتبعات بروتوكول جائحة كورونا (كوفيد 19) والتي حالت دون إخراج المذكرة في الحلة التي كان من المفترض أن تخرج فيها.
- عدم تمكني من الحصول على أحكام قضائية فصلت في منازعات مالية بين الأزواج، للبرهنة على أهمية وفعالية الاتفاق المالي بين الزوجين من عدمه.

سابعاً: منهج البحث

بالإضافة إلى المنهج المقارن الغالب والأساسي في البحث، تم التوصل بمجموعة من المنهاج المساعدة، في مقدمتها: المنهج الوصفي الذي لا غنى عنه في التعرف على المفاهيم المصطلحات الرئيسية في البحث، والمنهج التحليلي في استنطاق واستثمار نصوص القانونية التي عنت بهذا الموضوع وكذا مناقشة الأدلة والمؤيدات، فضلاً عن الآراء الفقهية التي تدعم بعض الاستنتاجات والرؤى حول الموضوع.

ثامناً: منهجي (طريقي) في البحث

اجتهدت في عرض الأفكار والمادة العلمية للموضوع وفق المحددات التالية:

- ← اعتماد الأسلوب العلمي المباشر وتجنب الحشو والكلام الزائد عن توضيح الفكرة.
- ← التمهيد لمباحث ومطالب المذكورة بفقرة أو فقرتين كتوطئة للفكرة الرئيسية التي تتضمنها، ثم عرض التفريعات المندرجة تحتها.
- ← ختم البحث بخلاصة تتضمن أهم النتائج الجزئية التي قادت إليها الدراسة.
- ← توثيق المعلومات في هامش البحث، بالتعاون معه على منهجي من ذكر لكافة بيانات نشر المرجع (اسم المؤلف، وعنوان الكتاب، رقم الطبعة، دار النشر، سنة النشر، ورقم الجزء والصفحة).
- ← ترقيم الآيات القرآنية وفق رواية الإمام حفص عن عاصم.
- ← الاستعانة في تحرير الأحاديث النبوية الشريفة ببرنامج الموسوعة الشاملة، لمعرفة مكان ورود الحديث والكتاب، والباب الذي يندرج تحته، ورقمها ودرجه عند النزول.

تاسعاً: خطة البحث

تقوم الخطة المقترحة لمعالجة مسائل هذا البحث على **مبحثين اثنين**، تسبقهما مقدمة تعرف بموضوع البحث وتعقبهما خاتمة تتضمن أهم النتائج التي تمتحن عن المعالجة.

تناول المبحث الأول مدلول العقد المالي بين الزوجين وطبيعته الشرعية والقانونية تحت عنوان: (العقد المالي بين الزوجين: مدلوله وطبيعته)، و**عالج المبحث الثاني** الآثار المترتبة عن الاتفاق بين الزوجين على التسيير المشترك للأموال التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية تحت عنوان: (الآثار المترتبة على الاشتراك المالي بين الزوجين).

المبحث الأول

العقد المالي بين الزوجين : مدلوله وطبيعته

المبحث الأول

العقد المالي بين الزوجين: مدلوله وطبيعته

انطلاقا من نص المادة 37 الفقرة الثانية (2) من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء فيه: ((غير أنه يجوز للزوجين أن يتتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الزوجية...)), يتضح بأن ماهية الاتفاق الذي سيقدم عليه الزوجان والذي يخص الأموال التي يكتسبانها في إطار مؤسسة الزواج لا يخرج عن حالتين: أن يكون الاتفاق مُتضمناً في عقد الزواج ومكتوبا فيه وبالتالي فإنه سيأخذ حكم الشروط الاتفاقيّة الإرادية (مطلوب أول)، أو يفرغ الاتفاق في وثيقة (عقد) مستقلة عن عقد الزواج (مطلوب ثانٍ).

المطلب الأول: اندراج الاتفاق المالي بين الزوجين ضمن الشروط الإرادية في عقد الزواج

اندراج الاتفاق المالي بين الزوجين ضمن الشروط الإرادية في عقد الزواج يعني أن الإطار العام الذي يندرج ضمنه هذا الاتفاق (العقد) ليس إلا شرطا من الشروط الإرادية المترنة بعقد الزواج.

ويتطلب الإمام بتفاصيل هذا الإطار الوقوف على معنى الشروط المترنة بعقد الزواج فرع أول)، ومناقشة الشروط المترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي بين الإباحة والمحظى (فرع ثانٍ)، ورصد مدى حرية الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري (فرع ثالث).

الفرع الأول: معنى الشروط المترنة بعقد الزواج

اقتران عقد الزواج بشروط أو بتعبير آخر ”الشروط الإرادية في عقد الزواج“ من أهم المواضيع التي حظيت بالاهتمام الفقهي، أين اختلفت المذاهب الفقهية كثيرا في أحکامها وتبaint وجهات النظر في تصنيفها، وهو ما نحاول رصده من خلال التالي:

الفقرة الأولى: تعريف الشروط المقترنة بعقد الزواج أولاً: تعريف الشرط في اللغة

لفظ "الشرط" في اللغة يرجع إلى الأصل (شرط) بسكن الراء، (شرط) بالتحريك. والشّيئُنَ والرَّاءُ والطَّاءُ أَصْلٌ يَدْلِلُ عَلَى عَلَمٍ وَعَلَامَةٍ، وَمَا قَارَبَ ذَلِكَ مِنْ عَلَمٍ. مِنْ ذَلِكَ، الشَّرْطُ: الْعَلَامَةُ. وَأَشْرَاطُ السَّاعَةِ: عَلَامَاتُهَا. وَمِنْ ذَلِكَ الْحَدِيثُ حِينَ ذَكَرَ أَشْرَاطَ السَّاعَةِ، وَهِيَ عَلَامَاتُهَا¹.

فالشرط: ما يتقرر ليلتزم به في البيع، ونحوه، والجمع: شروط، والشروطية: كالشرط، والجمع: شرائط، وقد شرط له وعليه كذا شرط وشرط شرطا عليه والشروطية كالشرط، وقد شارطه وشرط له في صيغته شرط وشرط وشرط للأجير شرطا².

والشرط بالتحريك أي بتحريك الراء العلامه والجمع أشرط، ومنه أشرط الساعة أي علاماتها، وقد جاء في الترتيل العزيز قوله عز وجل: ﴿فَهَلْ يَنْتَظِرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيهِمْ بَعْثَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَكَيْ لَهُمْ إِذَا جَاءُهُمْ ذِكْرًا هُمْ﴾³ أي علاماتها، ومنه سمي: الشرط، لأنهم جعلوا لأنفسهم علامه يعرفون بها، الواحد: شرطة، وشرطه، ورجل شرطي، وشرطه، أي: منسوب إلى الشرطة، والجمع : شرط، وقيل: سموا بذلك لأنهم أعدوا لذلك، وأعلموا أنفسهم بعلامات⁴.

ثانياً: تعريف الشرط في الاصطلاح الشرعي

مصطلح الشرط في الشرع له مدلول وحقيقة عند الأصوليين، وآخر عند الفقهاء.

1 - تعريف الشرط عند الأصوليين

¹ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ط: دار الفكر، 1399هـ / 1979م، ج 6 ص 221.

² ابن منظور، لسان العرب، القاهرة: دار الحديث، 1423هـ / 2003م، ج 50 ص 79.

³ سورة محمد، الآية رقم 18.

⁴ الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ط: 3؛ القاهرة، المطبعة الأميرية ببولاق، ج 2 ص 381.

الشرط في اصطلاح الأصوليين - كما عرفه الشوكاني - هو الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجودٌ ولا عدم؛ حيث قال بأنه: "وصف ظهار منضبط يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ولا عدمه"¹.

يعني هذا التعريف أن المشروط لا يمكن أن يوجد دون الشرط، ولكن وجود الشرط يعني وجود المشروط، فقد يشترط الطرفان في العقد شرطاً ولا يجد طريقة للتنفيذ لتنازل المشروط له، أو لعدم استيفاءه موجبات الشرط، أي أن الوجود هنا يعني النفي.

2 - تعريف الشرط عند الفقهاء:

I. تعريف الشرط عموماً

لا يكاد يخرج حد الشرط عند الفقهاء عن ما قاله الأصوليون. يقول الكفوي: "الشرط ما يتوقف عليه الشيء فلا يكون داخلاً فيه ولا مؤثراً"². وفي التعريفات الفقهية: "الشرط لغة: عبارة عن العلامة ومنه أشرطة الساعة، واصطلاحاً هو تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني وقيل: الشرط ما توقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته ولا يكون مؤثراً في وجوده. وقيل: الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه"³.

فالشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده⁴ أو هو ما لا يوجد المشروط مع عدمه ولا يلزم أن يوجد عند وجوده⁵.

¹ علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، ص 10.

² الكفوري، أبوبن موسى الحسيني أبو البقاء، الكليات: معجم في المصطلحات والفرق اللغوية، ط: 1، مؤسسة الرسالة، 1412 هـ / 1992 م، ص 728.

³ البركتي: محمد عميم الإحسان. التعريفات الفقهية، ط: 1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1424 هـ / 2003 م، ص 121.

⁴ الجرجاني، التعريفات، تحقيق: نصر الدين تونسي، ط: 1، القاهرة، 2007 م، ص 209.

⁵ البهري، الروض المربع شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع، تحقيق: سعيد محمد اللحام، ط: دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ص 56.

من خلال هذه التعريفات التي نص عليها كل من الأصوليون والفقهاء في تعريف الشرط نجد أنهم لا يختلفون، فلكل منهما أعطى تعريفات لهذا المصطلح كل على حسبه وهذا مما جعلهم يختلفون في التكيف لمفهوم الشرط لكن النتيجة واحدة.

وغير بعيد عن هذا المعنى، عرف فقهاء القانون الشرط بأنه: أمر مستقبل غير محقق الوقع يترب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله¹. ومن هذا التعريف الذي ساقه القانونيون تتوضّح العناصر التالية²:

- 1 الشرط أمراً مستقبلياً؛
- 2 غير متحقّق الوقع؛
- 3 يترب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله.

II. تعريف الشرط المقترب بالعقد

المراد بالشروط المقتربة بالعقود: ما يذكر بين العقددين، فيقيّد أثر العقد أو يعلّقه بأمر زائد على أصل العقد في المستقبل.

وقد عرّفه الأستاذ مصطفى الزرقا بأنه: "الالتزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه" وذلك كما لو باع الإنسان بضاعة على شرط أن تكون محمولة على حسابه إلى المشتري. فالبائع هنا التزم بالشرط في ضمن عقد، ووجب حمل المبيع إلى المشتري. وهذا الالتزام لم يكن ليقتضيه البيع المطلق: أي الحال عن الشرط؛ لأن البيع المطلق إنما يوجب انتقال الملكية بعوض، ثم إن المالك الجديد هو المكلف بنقل ما اشتراه على حسابه³.

¹ حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، ط:1؛ الرياض (السعودية): داركتوز اشبيليا، 1430هـ/2009م، ص 16 - 23.

² المرجع نفسه.

³ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط:1، دار الفكر: بيروت، د.ت، ج 1 ص 506.

وعرفه الأستاذ فتحي الدربي니 بأنه: "الالتزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه شرعاً". وقال في بيان ذلك الشرط بأنه يجب تكليفاً في تصرف قولي، سواء أكان عقداً بين طرفين من عقود المبادرات المالية، أم غير المالية، أو كان تصرفاً انفرادياً؛ كالمبهة والوصية".¹

ثالثاً: خصائص الشرط المقترن بالعقد

انتهينا في العنصر السابق إلى أن الشرط المقترن بالعقد هو الالتزام واقع في العقد حال تكوينه زائد عن أصل مقتضاه الشرعي، سواء أكان هذا العقد ناشئاً بإرادة المتعاقدين: كالبيع، والإجارة، والنكاح، أم بإرادة منفردة: كالمبهة والوصية. وهو يضاف إلى صلب العقد عند إنشائه، بحيث يصبح جزءاً من أجزاءه تم التراضي على أساسها. بفهم من هذا أن له خاصيتان²:

الأولى: الشرط المقترن بالعقد أمر زائد عن أصل التصرف

الشرط المقترن بالعقد أمر زائد عن أصل التصرف أو العقد. كما قال الزركشي: "الشرط ما حزم فيه بالأصل - أي أصل التصرف - وشرط فيه أمراً آخر". فلو قال شخص آخر: بعتك هذه السيارة بـألف دينار إلى سنة على أن تعطيني رهناً أو كفيلاً، فقبل الآخر. فالرهن أو الكفالة الالتزام زائد عن عقد البيع؛ لأنّه ينعقد بدون هذا الشرط. ولا يتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط. وبهذا يختلف الشرط المقترن بالعقد عن العقد المعلق على شرط؛ لأنّه يفيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر. أو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى بأداة من أدوات الشرط. ومثال ذلك: أن يقول شخص آخر: إذا قدم ولدي من السفر بعتك داري بمائة ألف دينار. فهذا الالتزام معلق على شرط لا يكون زائداً عن أصل التصرف؛ لأن التصرف لا يكون مع هذا الشرط منعقداً في الحال.

¹ فتحي الدربيني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، ط: 1، مؤسسة الرسالة: بيروت، 1994، ج 2، ص 414.

² محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة قطر، د.ت، ص 61.

الثانية : الشرط المقترن بالعقد التزام زائد عن مقتضى العقد

الشرط المقترن بالعقد زائد على آثار العقد أو مقتضاه. فلو قال شخص آخر: اشتريت منك هذه البضاعة على أن تحملها إلى بلدي. فإن حمل البضاعة إلى بلد المشتري التزام زائد على مقتضى العقد، وهو تسليم البائع البضاعة للمشتري. وهو بذلك يختلف عن الشرط الذي يؤكّد مقتضى العقد، والشرط الذي يؤخّر آثار العقد إلى زمن معين وهو الذي يسمى بالشرط الإضافي.

الفقرة الثانية : مشروعية الشروط المقترنة بعقد الزواج

الشروط التي يُتصور اشتراطها في أي عقد زواج ثلاثة أقسام : قسم أول من الشروط محل اتفاق بين الفقهاء على وجوب الوفاء به، وقسم ثانٍ من الشروط محل اتفاق فقهي على عدم وجوب الوفاء به نظراً لبطلانه، وقسم ثالث هو محل خلاف في وجوب أو عدم وجوب (استحباب) الوفاء به. وعليه تكون الشروط المقترنة بعقد الزواج : صحيحة يجب الوفاء بها، باطلة يحرم الوفاء بها، والمترددة بينهما. والتفصيل كما هو آت:

أولاً: الشروط الصحيحة

الشروط الصحيحة في عقد الزواج هي ما كان عقد الزواج يقتضيه، أو يوافق ويؤكّد مقتضاه ولا يضر بأصله. مقتضى العقد هو الأحكام المقررة مسبقاً من الشارع لكل عقد، والتي تم النص عليها صراحة، وعليه يعتبر العاقد مكلّف بها دون حاجة إلى اشتراطها من قبل الطرف الآخر.

و واضح من اسمها وجوب الوفاء بها وأدائها على أتم وجه، انطلاقاً من عموم الأدلة في الكتاب والسنة الآمرة بالوفاء العهد، كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾¹، و قوله عَلَيْكَ : ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْوُؤْلًا﴾². وقول رسول الله ﷺ في الحديث المتفق عليه

¹ سورة المائدة، الآية رقم 1.

² سورة الإسراء، الآية رقم 34.

من روایة أبي هريرة رض : « آیة المنافق ثلاث : إِذَا حَدَثَ كَذَبٌ، وَإِذَا وَعَدَ أَحْلَفَ، وَإِذَا أَؤْمِنَ خَانَ ». وهذه الشروط الصحيحة على مرتبتين :

1- شروط يقتضيها عقد الزواج

ينصرف معنى الشروط التي يقتضيها العقد إلى كل الشروط التي يوجبها عقد الزواج حتى ولو لم تذكر فيه بالنظر لكونها تعد حكما من أحكام عقد الزواج، وأثرا من آثاره، ومن ثم فهي تجب بالعقد من غير حاجة إلى اشتراطها في الأصل، باعتبار أنها مقررة وثبتت بمحض عقد الزواج ذاته.

ومن أمثلة هذه الشروط: اشتراط الزوجة على زوجها الإنفاق، ودفع المهر أو عدم تأجيله، المعاشرة بالمعروف، العدل بين الزوجات... أو أي شرط فهو في جوهره من آثار عقد الزواج وموجيته.

ومن ذلك أيضا اشتراط الزوج على الزوجة الطاعة في المعروف، أو القرار في البيت، وعدم الخروج إلا بإذنه، أو أن لا تصوم تطوعا إلا بإذنه، إذ يقول الرسول صل : « لا يحل للمرأة أن تصوم تطوعا، وزوجها شاهد إلا بإذنه ¹ »، أو اشتراطه عليها تمكينه من الاستمتاع فهذا لا أثر له وجوده كالعدم.

ونحو ذلك مما تتوقف عليه صحة العقد لكونه صحيح نافذ بطبيعته وما يلزم الوفاء به لقول الرسول صل : « أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج »². قال ابن حجر في شرحه: "أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط، وبابه أضيق"، ولأن ما تم اشتراطه يثبت في

¹ أخرجه البخاري في صحيحة، كتاب النكاح، باب لا تأذن المرأة في بيت زوجها لأحد إلا بإذنه، (حديث رقم: 4899)، ج 6 ص 150.

² أخرجه البخاري في صحيحة، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، (حديث رقم: 2721)، ط: 1، بيروت - دمشق: دار ابن كثير، 1423هـ/2002م، ج 5 ص 396.

الأصل بمطلق العقد بحيث يصبح جزءاً لا يتجزأ من مقتضاه وبالناتي فالشروط لا تزيد إلا تأكيداً، وتذكير لا غير.

وكما سبق فإن الاتفاق واقع بين جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وكذا الظاهرية، والإباضية على جواز اشتراطها في عقد الزواج، لأنها لا تضر النكاح بشيء، وأن الوفاء بها واجب، ويثبت فيها للزوجين خيار الفسخ عند الإخلال بها.¹

2- شروط موافقة ومؤكدة لمقتضى عقد الزواج

ويقصد بها كافة الشروط التي لا يقتضيها العقد في الأصل، فهي ليست واجبة بمقتضى عقد الزواج، ولا توجب فساده، وإنما هي شروط يستوثق بها صاحبها للحصول على أثر من آثار العقد، وبالتالي من شأن إدراجها في عقد الزواج، ضمان ما فيه مصلحة للزوجين.

ومن أمثلة هذه الشروط أن تطلب الزوجة كفياً يضمن حقوقها في المهر، وأن يكون والد الزوج ضامناً للنفقة والمهر كأثر من آثار عقد الزواج باعتبارهما في ذمة على الزوج، فاشترط الكفالة بهما يؤكداً حصوبهما، ويحكم على هذه الشروط بالصحة، لجواز اقتراحها بالعقد، ومنه يتبع على الزوج الوفاء بها.

وهذه الشروط صحيحة وجائزة باتفاق الفقهاء، لأن من شأن إدراجها في العقد أن يزيد من ضمان الوفاء بالآثار المترتبة على عقد الزواج.

ثانياً: الشروط الباطلة

بداية لا بدّ أن نشير إلى أن المراد بالشروط الباطلة في هذا السياق الشروط المترتبة بعقد الزواج المنافية لمقتضاه، ولا ينصرف معناها إلى الشروط المنهي عنها شرعاً؛ التي تقوم النصوص على عدم شرعيتها، والتي اتفق أهل العلم على عدم صحة الشروط التي تخالف ما أمر الله به أو نهى عنه. ومن الشروط التي تناقض النصوص صراحة اشتراط المرأة طلاق ضرها لتحمل محلها، فهذا

¹ انظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط: 2، القاهرة دار الفكر العربي للطباعة والنشر، د.ت، ص 158 وما بعدها.

شرط يخالف صراحة ما جاء في السنة النبوية الشريفة لما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق اختها ل تستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها»¹.

ويكون المقصود بالشروط غير الصحيحة الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج، كاشتراط الزوج إسقاط النفقة على زوجته، وأن لا ترثه، أو أن يتزوجها لمدة معينة، أو اشتراط الزوجة على زوجها أن يطلق الزوجة أن يكون طلاقها بيدها ... فحكم هذه الاشتراطات البطلان مبدئياً، إلا أن أثر هذه الشروط على عقد الزواج يختلف من مذهب لآخر، إذ منها -أي المذاهب الفقهية- ما يبطل الشرط دون العقد، ومنها ما يبطل الزواج ككل بمعنى لا يقتصر فيها البطلان على الشرط فقط.

ورصد خلاف الفقهاء حول هذه المسألة - أثر الشرط الباطل على عقد الزواج - يمكن ردء إلى الرأيين التاليين:

1. بطلان الشرط والعقد معاً

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية في قوله: "من اشتراط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع، أو النكاح، أو الإجارة أو النذر، أو غير ذلك شروطاً تخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه، أو النهي عمما أمر الله به، أو تحليل ما حرم، أو تحريم ما حله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود".²

وقد وافقه في هذا الرأي جمع من أهل العلم واستدلوا بالأدلة التي ورد الشرع بالنفي عنها كالشغار والتحليل...³.

¹ أخرجه البخاري، في صحيحه، كتاب الشروط، باب مالا يجوز من الشروط في النكاح، (حديث رقم/2723).

² ابن تيمية، مجموع فتاوى أحمد ابن تيمية، ط: الأوقاف السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد السعودية، 2005-1425، ص28.

³ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط:2، دار النفائس للنشر والتوزيع، ص182.

2. بطلان الشرط وصحة العقد

وهو رأي المالكية والحنفية الشافعية ما دامت هذه الشروط التي لا تخل بالمقصود الأصلي للنكاح ومثل لها باشتراطها خروجها متى شاءت، ومثل أن يشترط لها أنه متى ضربها أو سافر عنها فأمرها بيدها..، فمثل هذه الشروط يبطل معبقاء العقد صحيحاً. معنى: الشرط فاسد ولا يلزم الوفاء به، ولكن فساد الشرط لا يؤثر في العقد، بل يفسد الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً.¹ واستثنى الحنفية شرط التأقيت حيث يبطل العقد معاً².

ثالثاً: الشروط الجائزة

ويطلق عليها بعض الباحثين الشروط التي لا تناهى مقتضي العقد ولم ينص الشارع عليها، مثل أن تشترط عليه ألا يخرجها من دارها أو بلدتها، أو يسافر بها، أو يتزوج عليها ونحو ذلك. ووضابطها: أنها شروط لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وتحقق مصلحة لمن يشرطها. وحكم مثل هذه الاشتراطات من حيث وجوب الوفاء بها مختلف فيه، وهو ما يستفاد من النقول التالية:

قال المرداوي في الإنصال: "إذا اشترطت أن لا يخرجها من دارها أو بلدتها أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها، فهذا صحيح لازم الوفاء به، وإلا فلها الفسخ، وهذا من مفردات المذهب الحنبلي".³

وروى أشهب عن مالك قال: "إني لأكره أن ينكح على مثل هذا أحد، أن لا يخرجها من بلدتها ولا يمنعها من داخلي يدخل عليها ولا يمنعها من حج أو عمرة، فإذا كان هكذا فهو لا يملكتها إذا ملكا تماماً ولا يستباح البعض إلا بملك تام، ويكره أن يشترط في تملكه هذه الشروط التي

¹ كوثر كامل علي، *شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية*، ط:2؛ تونس: دار سالمة للطباعة والنشر والتوزيع، 1985، ص 72.

² محمد أبو زهرة، *الأحوال الشخصية*، ط: دار الفكر العربي، القاهرة، ص 157؛ محمد حضر قادر: *دور الإرادة في أحکام الزواج والطلاق والوصية*، ط: مكتبة القانونية، دت، اليازوري للنشر، 2010، ص 182.

³ المرداوي، *الإنصال في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل*، ط:2؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت، ج 8 ص 163.

تمنع تمام ملكه وقال: " ولقد أشرت منذ زمان أن أهنى الناس أن يتزوجوا بالشروط وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته وأنه كتب بذلك كتاباً وصيغ به في الأسواق. إلا أن يقييد ذلك بيمين طلاق فتلزمه تلك اليمين".¹

وأورد ابن عبد البر في كتابه الاستذكار قول الإمام مالك: "الأمر عندنا أنه إذا شرط الرجل للمرأة، وإن كان ذلك عند عقدة النكاح، أن لا أنكح عليك ولا أتسرى. ليس بشيء، إلا أن يكون في ذلك يمين بطلاق، أو عتقاة، فيجب ذلك عليه ويلزمه".²

أما حكم العقد عند المالكية متضمناً هذا النوع من الشروط، صحيح لا يفسخ قبل الدخول ولا بعده ولا يلزم الزوج الوفاء بالشروط ولكن يستحب ذلك . قال محمد عرفة: "لا يفسخ قبل الدخول، ولا بعده ولا يلزم الوفاء به، وإنما يستحب وإنما كره لما فيه من التحجّير".³

الفرع الثاني: الشروط المقتربة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي بين الإباحة والمحظر
 تبaint موافق الفقهاء فيما يتعلق بحرية التعاقد وبالتالي حرية الاشتراط، ما بين مضيق وواسع، حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى أن الأصل في الاشتراط الحظر، وذهب رأي آخر إلى أن الأصل في الاشتراط الإباحة، ومن هو الاتجاه الراجح.

أولاً: الأصل في الاشتراط الحظر

يمثل أصحاب هذا الرأي مذهب الظاهري المتمثلون في أتباع داود بن علي وابن حزم الأندلسي، إضافة إلى رأي كل من الحنفية والمالكية والشافعية الذين يتمسكون بظاهر النصوص ويقفون عندها، فإن إرادة الإنسان حسب هذا الرأي لا تنشي من العقود والشروط إلا ما نص

¹ الباجي، المستقى-شرح موطأ الإمام مالك - ط: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1332، ج 3، ص 296-297.

² ابن عبد البر، الاستذكار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، ط: 1؛ دمشق: دار قتبة للطباعة والنشر، بيروت: دار الونغى: حلب - القاهرة، 1413هـ/1993م، ج 16 ص 148.

³ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط: دار الفكر العربي: بيروت، د.ت، ج 2 ص 238.

الشارع على إباحته، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك إنشاؤه. وإن فعلته كان باطلًا، فهذه المذهب تتفق مبدئياً على الأصل في الاشتراط الحظر ويتمسك أصحابها جميعاً بهذا المبدأ إجمالاً، وإن اختلفوا في التفصيات.¹

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الأصل في العقود والشروط هو الحظر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان على الإباحة، ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه وصحته². فالشروط الجائزة هي التي توافق مقتضى العقد وتلائم حكمه، أو التي يدل على مشروعيتها دليلاً معيناً من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية.

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَعْدُ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾³، ووجه الدلالة من هذه الآيات أن الله سبحانه وتعالى بين لنا الحدود التي لا يصح لعباده أن يتتجاوزوها، ومن ثمة فإن كل شرط لم يرد به دليل معين يكون تعدياً لحدود الشريعة لا يجب الوفاء به⁴، واستدلوا أيضاً بقول النبي ﷺ: « من اشرط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مئة مرة »⁵ ومن ذلك يتبيّن لنا أن كل شرط لم يقم دليلاً من الشرع على صحته فهو باطل لا يلزم الوفاء به، لأنّه ليس في كتاب الله تعالى.

¹ عبد الكريم زيدان، المدخل للدراسة الشرعية الإسلامية، ط:6؛ مؤسسة الرسالة، د.ت، ص393.

² كوثير كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص18.

³ سورة البقرة، الآية 229

⁴ نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، 2003، ص95

⁵ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، (حديث رقم 456).

لقد أغلق أصحاب هذا الرأي باب الشروط، ولم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف سعة وضيقاً تبعاً لاختلاف نظرتهم في الأخذ بالأدلة الشرعية، وتبعاً لاختلاف نظرتهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد وملائمة حكمته وانتفاء ذلك¹.

ثانياً: الأصل في الاشتراط الإباحة

يمثل أصحاب هذا الرأي مذهب الحنابلة، وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم² وطائفته من فقهاء المالكية³، وهو الرأي ذاته بحرية التعاقد في الفقه الإسلامي؛ لأن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد والعقود مركبة على الشروط. وحسب أنصار هذا الرأي، فإن للأفراد أن يبتدعوا صوراً جديدة من العقود والشروط على أن يكون ذلك في دائرة الحرام. لأن الإرادة في نظرهم كافية وحدها لتحقيق الالتزامات؛ فالله تعالى أمر بالوفاء بالعقود والندور والعقود على وجه العموم ولم يستثنى منها إلا ما كان محظياً بنصوص الكتاب والسنة، بل إن الله تعالى أمر المسلمين بالوفاء بعهودهم حتى مع المشركين، وهذا كله دليل على أن إرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حرية في تصرفها⁴.

واستدلوا على ذلك في الآية الكريمة التي أوجبت الوفاء بالعقود، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁵. ووجه الدلالة أنها توجب الوفاء بما أحل الله من عقود⁶ وجاء

¹ زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المفترضة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 62.

² رشدي شحاته، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، ص 94.

³ الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 480.

⁴ محى الدين إسماعيل، نظرية العقد، ط: 3؛ دار النهضة العربية، 1994، ص 106.

⁵ سورة المائدة: الآية 1.

⁶ محمد جمال الدين القاسمي، التأويل، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص 5.

الخطاب في هذه الآية بلفظ الإيمان والتكرير والتعظيم على وجوب الوفاء بكل عقد وعهد كان بين الإنسان وربه، أو بين الناس فيما بينهم¹.

ثالثاً: الرأي الراجح

من خلال ما سبق يمكن القول بأن ما ذهب إليه الحنابلة في إباحة الشروط المقتنة بالزواج بحيث لم يبطلوا منها إلا ما ورد دليل يثبت بطلانها، حديراً بالاهتمام، لأن الزواج من العقود الخطيرة التي تبني على أساسه الأسر والمجتمعات مما يتطلب توفير كل الشروط من أجل إنجاحه واستمراريه ما أمكن إلى ذلك سبيل في حدود الشرع والعرف، لأن المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً².

كما أن الشرط في عمومه قائم على فكرة المصلحة ومحاولة دفع الضرر قدر الإمكان، خاصة في حالة عدم الوفاء بالشرط؛ ويكون ذلك إما بفسخ عقد الزواج، كما ذهب إليه الحنابلة، أو بالتطبيق كما ينص عليه قانون الأسرة، وبالتعويض عن الضرر اللاحق متى ثبت - كما سيأتي بيانه - إلا أن الأخذ بمذهب الإمام أحمد على إطلاقه، بإعطاء مطلق الحرية للمرأة في فسخ عقد زواجهما إن لم يلتزم الزوج الوفاء بالشروط التي اشترطها سواء قبل الدخول أم بعده، فيه حرج كبير.

يقول أبو زهرة: " لو تركنا باب الشروط مفتوحاً والوفاء بها لازماً في كل الأحوال لاضطربت الحياة الزوجية وذهب عنها ما يحيط بها من قدسيّة؛ فيعقد الزواج لرغبة عارضة ويفسخ مثلها، فإذا اشترطت الزوجة ألا ينقلها من بلد़ها وحكمت الظروف على الزوج، كمن اضطره عمله إلى الإقامة في مكان آخر غير بلدَها، فإنه لا يسوغ له أن ينقل زوجته إليه وتستمر العشرة الزوجية على هذا النظام لا يتلاقيان إلا بشق الأنفس، فأي زواج هذا، وكيف تكون رعاية الأولاد بين هذين الزوجين، وربما اختارت الانفصال عنه لهذا السبب فهدمت بذلك اللبنة الأساسية

¹ محمد علي الصوين، صفوة التفاسير، ط: شركة الشهاب: الجزائر، د.ت، ج 1 ص 226.

² انظر: ابن مفلح، شمس الدين، كتاب الفروع، ط: 4؛ عالم الكتب، 1404هـ / 1984م، ج 5 ص 214.

للمجتمع، والتي لا يسمح الشرع ب悍مها إلا لأسباب قاهرة ... وما يعيّب المذهب الحنفي هو استعمال الشروط بعد الدخول، أما إذا كان الفسخ قبل الدخول فالأخذ بهذا المذهب فيه فائدة¹.

وهذا رأي وسط يليه رغبة كل من الطرفين، وهو بمثابة الضابط في الشروط لحفظ به العلاقات الزوجية من التشتت والانهيار. فإذا كان الشرط لا يخل بمقاصد العقد ومقتضياته وكان فيه مصلحة لأحد الطرفين، وتم برضاء الطرفين، فلا مانع من أن يتلزم المشترط عليه بالوفاء لأن ذلك من العهد الذي يوجب الوفاء وفي مخالفته خروج عن القيم الأخلاقية للشريعة الإسلامية. أما إذا كان الوفاء بهذا الشرط يؤدي إلى مفسدة أعظم من المصلحة المرجوة منه، ففي هذه الحالة درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة، ويتحقق ذلك إذا تم الدخول بالزوجة وأثر هذا الزواج أولاد، فالواجب هو الحفاظ على الكيان الأسري من الانهيار.

الفرع الثالث: مدى حرية الاشتراط في عقد الزواج من منظور قانون الأسرة الجزائري

انتهينا في العنصر السابق إلى أن دائرة الإباحة فيما يتعلق بالاشتراط في عقد الزواج تتسع عند جمهور الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم؛ حيث أجازوا للمقبلين على الزواج اشتراط الشروط التي تحقق مصالح معتبرة، ولا تتعارض مع مقتضى عقد الزواج ونصوص الشريعة. وتخف درجة التقييد من حرية الإرادة – قليلاً – عند كل من فقهاء المذهب الحنفي والشافعى والمالكى، وتنعدم عند مذهب الظاهرية، فالالأصل عندهم هو المنع التام من الاشتراط، ومن هنا يتبدّل التساؤل البديهي عن موقف قانون الأسرة الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج، وما جزاء عدم الوفاء بهذه الشروط في حالة الاتفاق عليها والتعهد بها.

أولاً: موقف قانون الأسرة الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 158 – 161.

مبدأ الاشتراط في عقد الزواج مشروع لا غبار عليه، لذلك أعطى المشرع الجزائري للزوجين حق اشتراط ما بدا لهما من شروط أثناء انعقاد الزواج ما دامت ضمن إطاره وغير خارجة عن نطاقه، وذلك في الفصل الأول تحت عنوان: عقد الزواج وإثباته، بموجب المادة 19 ((للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحکام هذا القانون)).

1 - الاشتراط أمر اختياري رضائي بين الزوجين

من خلال نص المادة السابقة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد أو يعدد الشروط التي يمكن أن يشترطها الزوجين، وإنما أخضعها لضابط؛ وهو عدم مخالفتها لأحكام القانون. والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري جاء بتصنيف آخر للشروط زيادة على تقسيم الشروط إلى شروط صحيحة وباطلة، قسمت الشروط إلى شروط مصاحبة للعقد، وشروط لاحقة له، مراعاة من المشرع لقدسية الرابطة الزوجية بغية الحفاظ عليها خاصة في بداية تكوينها، وهذا تحسبا منه لتغير الظروف التي قد تجعل من الاشتراط ضرورة يلتجأ إليها.

وبهذا يكون المشرع قد أطلق السلطان لإرادة الزوجين في اشتراط الشروط التي تتحقق مصالحهما، ما لم تتعارض هذه الشروط مع أحکام قانون الأسرة. فهذه المادة تحدد الشروط الصحيحة التي تتحققفائدة مشروعة من حيث مقاصد العقد، وأن لا تخلل حراماً أو تحريم حلالاً، غير مخالفة للشريعة الإسلامية، وأن لا تخالف النظام والقواعد العامة خصوصاً القواعد الآمرة منها، فتحقيق الفائدة هو المبتغى¹.

وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي منذ زمن طويل؛ إذ ذهبت المحكمة العليا في إحدى قراراها إلى التصرير بأنه ((من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء

¹ محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، ط:8؛ المغرب: مطبعة النجاح الجديدة، 2017 ص 121.

من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تخلل حراما، أو تحرم حلالا، وبشرط أن لا تناقض روح العقد...)).¹

2 - شروط واردة بمقتضى النص

بالرجوع إلى نص المادة 19 بحد المشرع الجزائري أكد شرطي عدم تعدد الزوجات، وشرط عمل المرأة، حيث اعتبرت المادة 67 من قانون الأسرة أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وهذه دلالة واضحة من المشرع في التأكيد على أحقيّة المرأة في العمل.

نعتقد أن المشرع ذكر هذان الشرطان على سبيل المثال لا الحصر، بالنظر إلى أهميّتهما، ولهدف تمكين الزوجين من حل ما قد يطرأ من مشكلات بينهما بعد الزواج لا سيما فيما يتعلق بعمل الزوجة وتعدد الزوجات.²

وعليه فإنه في حالة الاتفاق مثلاً على أن الزوج يسمح لزوجته بالعمل أو عدم التعدد، وأخل الزوج بالتزاماته التعاقدية فإنه واستناداً لأحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة، فإن للزوجة أن تقيم ضد زوجها دعوى قضائية تتضمن طلب تطليقها، حيث جاء في المادة 53 فقرة 09: ((يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب الآتية ... مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج)).

ثانياً: جزاء عدم الوفاء بالشروط

رتب المشرع الجزائري على مخالفة الشروط الاتفاقيّة بين الزوجين حق طلب التطبيق للزوجة -بصفة خاصة- في المادة 53 فقرة 09، وإمكانية التعويض وفق المادة 53 مكرر من

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1971/03/02، نشرة القضاة 1972، عدد 2، ص 41

² بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل - دارسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، ط:1؛ الجزائري: دار المحدودية للنشر والتوزيع، 2008، ص 126.

قانون الأسرة ((يمكن للقاضي في حالة الحكم بالتطبيق، أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)).

فعدم الوفاء بالشرط حسب قانون الأسرة، يعد سبباً ممراً لطلب التطبيق، رغم أن المشرع كرس حرية التعاقد حماية لحق الزوجين. وهذا أمر مفهوم إذ يفترض دائماً أن الزوجة الطرف الضعيف في العقد وصاحبة الشرط، وجاء على الطرف المخالف، عن طريق التعويض.

والتعويض هو الهدف في النهاية، إذا ما تقررت المسؤولية أو تتحقق الضمان، بحيث تتجلى فوظيفته في إصلاح الضرر. وذلك لترضية المتضرر ومحاولة إعادته إلى الوضع الذي كان عليه قبل وقوع الفعل الضار.

كذلك تناول حكم عقد الزواج إذا اقترن بشرط (شروط) يتنافى مع أحكام هذا القانون، ضمن الفصل الثالث تحت عنوان: النكاح الفاسد والباطل، في نص المادة 32 : ((يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط ينافي مقتضيات العقد)), والمادة 35: ((إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي كأن ذلك الشرط باطلًا والعقد صحيحًا)).

وقد تبانت التعليلات بخصوص هذه الأحكام، بين من يرى بأن "ما جاء به المشرع في المادة 35 يعتبر مضمونه مخالفًا للمادة 32 فحكم على العقد المقترن بشرط ينافي بالصحة، وأبطل الشرط فقط، مما يجعل الجميع بين النصين أو الحكمين متعدراً، إذ حكمنا مرة على العقد المقترن بالشرط المنافي لمقتضياته بالبطلان، فأدرج ضمن النكاح الفاسد أو الباطل، ومرة حكمنا عليه بالصحة وأبطلنا الشرط فقط¹".

في حين هناك من يرى أنه لا وجود لأي تناقض بين النصين، وأن البطلان المنصوص عليه في المادة 32 هو الذي يكون نتيجة الشرط المتنافي مع عقد الزواج كأن يبرم الزواج لمدة محددة، أو أن يشترط فيه الزوجين أن يحضر عليه طلاق أو التطبيق... أما المادة 35 فتخص الزواج

¹ داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر: الجزائر، 2010 ص 153.

الصحيح التي تتوفر فيه الأركان (الرضا)، والشرط (الصدق، الشاهدين، التولي). بمعنى أن إبرام عقد الزواج الأصل هو صحيح، ثم يتم تضمين عقد الزواج، أو العقد الرسمي اللاحق له بشروط تنافي عقد الزواج، ففي هذه الحالة على خلاف المادة 32 التي يكون فيها إبرام عقد الزواج أصلاً غير صحيح، وإنما بما يكتفي القاضي بإبطال الشروط¹.

المطلب الثاني: الاتفاق المالي بين الزوجين عقد مستقل

عندما يختار الزوجان آلية العقد المالي لتنظيم الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، يفترض أن ذلك بهدف حماية حقوق كل من الزوجين في أموال الأسرة، وإنصاف المرأة كزوجة وضمان نصيتها في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، وبالتالي دعم استقرار الأسرة والمحافظة عليها، وليس إثراء لأحد الزوجين على حساب الآخر.

هذه الأهداف والغايات السامية لن تعرف طريقها للتحقق والتجميد ما لم يتحدد النظام القانوني لهذا العقد؛ لا سيما مفهومه (فرع أول)، ومقوماته (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: مفهوم عقد الاشتراك المالي بين الزوجين

الفقرة الأولى: تعريف العقد المالي بين الزوجين

عبارة "العقد المالي" مركب وصفي من مفردتين إحداهما موصوف (العقد)، والأخرى صفة (المال) نسبة إلى المال، فإن معرفة معناها متوقف على معرفة معنى كل مفردة على حدة، ومن ثم معرفة معنى المركب الوصفي ككل.

أولاً: تعريف العقد

1 - تعريف العقد في اللغة

قال ابن فارس: "العين والقاف والدال واحد يدل على شد وشدة شديدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها، من ذلك عقد البناء، والجمع أعقد وعُقود، وعقدت الحبل أعقداً، وقد

¹ بن شيخ آث ملوي، المتنقى في أحكام قانون الأسرة، ط:1، الجزائر : دار الخلدونية ، 2008، ص 51.

انعقد، وتلك هي العُقدة، وعاقَدته مثل عاھدته، وهو العَقد والجمع عُقود¹. فهو نقِيسُ الحل²، وهو في الأصل للحبل ونحوه من المحسوسات ثم أطلق في أنواع العقود من البيوع والمواثيق وغيرها، وفي التصميم الجازم على الشيء، ومنه العقيدة، أي ما يعقد عليه الإنسان قلبه من الآراء بجزم وتصميم.

2 - تعريف العقد في الفقه الإسلامي

يقول الزحيلي: "للعقد عند الفقهاء معنيان: عام وخاص. أما المعنى العام : الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالمبيع والإيجار والتوكيل والرهن، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواء من شخص واحد أو من شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً. فالعقد بالمعنى العام يتضمن جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام"³.

وأما المعنى الخاص ... فهو: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله. أو بعبارة أخرى: تعلق كلام أحد العاقدين بالأخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل. وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء"⁴.

¹ ابن فارس (أحمد بن زكرياء أبو الحسين)، *معجم مقاييس اللغة*، تحقيق: عبد السلام هارون، 1399هـ/1979م، ج 4 ص 86.

² ابن منظور، *لسان العرب*، ط: دار صادر، بيروت، د.ت، المجلد 8، ص 302.

³ وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ط: 2؛ دمشق: دار الفكر العربي، 1405هـ/1985م، ج 4 ص 80.

⁴ المرجع نفسه، ج 4 ص 80-81.

3 - تعريف العقد في القانون

وفقاً للمادة 54 من القانون المدني الجزائري¹ ((العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما)).

ثانياً: تعريف المال

1 - تعريف المال في اللغة

جاء في لسان العرب: "المال معروف هو كل ما يمتلكه الإنسان من الأشياء"². قال ابن الأثير: المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتني ويمتلك من الأعian، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم³.

وقال الأزهري: تقول مالاً اتخذه قنية فقول الفقهاء ما يتمول أي ما يعد مالاً في العرف⁴. فالذهب، والفضة، والمنقولات والعقارات تعد كلها أموال.

2 - تعريف المال اصطلاحاً

اختلف الفقهاء في حقيقة المال إلى قولين، حكاهما الزحيلي في قوله: "وقد ورد تعريف المال في المادة (621) من المجلة نقلأً عن ابن عابدين الحنفي وهو: المال: هو ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، منقولاً كان أو غير منقول. ولكنه تعريف منتقد؛ لأنه ناقص غير

¹ الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م. يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، المثلث 11، ص 635.

³ ابن الأثير ، النهاية في غريب الأثر، ج:4، تحقيق: محمود محمد الطناحي، مؤسسة اسماعيليان للطباعة والنشر والتوزيع-إيران، ص 373.

⁴ الأزهري (محمد بن أحمد)، *قذيب اللغة*، تحقيق: محمد عوض مرعب، ط:1، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج 11 ص 284.

شامل... وأما المال عند جمهور الفقهاء غير الحنفية: فهو كل ما له قيمة يلزم متلفه بضمائه. وهذا المعنى هو المأخذ به قانوناً، فالمال في القانون وهو كل ذي قيمة مالية¹.

عرف الشاطبي المال بأنه: " ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه"². وبهذا يمكن استخلاص تعريفاً للمال؛ بأنه كل ما كان له قيمة بين الناس، وجاز الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار.

ثالثاً: تعريف عقد الاشتراك المالي بين الزوجين

يعرف العقد المالي بين الزوجين بأنه: "اتفاق ينظم بموجبه الزوجان أموالهما سواء تلك المكتسبة قبل الزواج أو بعده مع تحديد طريقة توزيع هذه الأموال و قسمتها عند انحلال هذا العقد"³.

الفقرة الثانية : خصائص العقد المالي بين الزوجين

على ضوء التعريف السابق يمكن القول بأن العقد المالي بين الزوجين يتميز بجموعة من الخصائص هي:

أولاً: يبرم بين زوجين فقط

فهذا العقد ذو طبيعة خاصة لا يمكن إبرامه إلا من طرف شخصين هما الزوج والزوجة و موضوعه الأموال المشتركة بينهما. يمكن تضمين الاتفاق المالي بين الزوجين في عقد الزواج، وقد يكون عقداً مستقلاً عن عقد الزواج.

¹ وهبة الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدله، مرجع سابق، ج 4 ص 40-41.

² الشاطبي، المواقفات، ج 2، ت.ح: مشهور بن حسان آل سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، ص 14.

³ خليفة على الكعبي، نظام الاشتراك بين الزوجين وتكيفه الشرعي، ط: 4؛ عمان: دار النفاثس للنشر والتوزيع، 2010، ص 78.

ثانياً: عقد اختياري

نظام الاشتراك المالي بين الزوجين والتفاهم على التدبير المشترك للأموال المكتسبة أثناء قيام عقد الزواج اختياري يستفاد ذلك من عبارة المشرع في المادة 37 من قانون الأسرة "يجوز للزوجين أن يتلقا في عقد الزواج".

ثالثاً: عقد شكلي

أوجبت مختلف التشريعات تحرير عقد الاشتراك المالي بين الزوجين في وثيقة مكتوبة ومسجلة على يد الموظف العمومي المختص (الموثق) أو المؤهل قانونا¹. وهو ما نصت عليه صراحة المادة 37 من قانون الأسرة ((يجوز للزوجين أن يتلقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق)); فقد ألزمت بأن يُدرج الاتفاق في وثيقة عقد الزواج أو يُحرر في "عقد رسمي" لاحق مستقل عن عقد الزواج.

ولم تُشر إلى طبيعة شكليه الكتابة؛ هل هي ركن في الانعقاد أم وسيلة في الإثبات؟

رابعاً: عقد محدد

يعتبر عقد الاشتراك المالي بين الزوجين من العقود المحددة التي يتحدد فيها لكل متعاقد حقوقه والتزاماته وذلك عند إبرام العقد.

الفرع الثاني: مقومات عقد الاشتراك المالي بين الزوجين

لم يحدد المشرع الجزائري في نص المادة 37 من قانون الأسرة طبيعة الاتفاق (العقد) المالي المبرم بين الزوجين. وأقصى ما يستفاد من نص هذه المادة أن طرفا هذا العقد (فقرة أولى) هما الزوج والروجة، وأن موضوعه (فقرة ثانية) الأموال المشتركة بينهما.

¹ نفسه، ص 74.

الفقرة الأولى: طرفا العقد المالي بين الزوجين

طرفا هذا الاتفاق هما الزوج والزوجة. ولصحة الاتفاق بينهما يشترط فيها تمام الأهلية فيهما؛ فالزواج من التصرفات التي تقتضي توافر الأهلية لما يترتب عليه من الواجبات والالتزامات.

وقد نصت المادة التاسعة (9) مكرر من قانون الأسرة الجزائري: ((يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: - أهلية الزواج...)), وتأكيدا على ذلك قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه من المقرر شرعاً أن عدم توافر أهلية الزواج ينبع عنه بطلانه¹.

أولاً : أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

القاعدة العامة أن أهلية الزواج في الفقه الإسلامي تحدد على أساس البلوغ، الذي تدل عليه علامات طبيعية توجد في الفتى؛ كالاحتلام، وفي الفتاة؛ كالحيض. ولم يحدد الفقهاء بصفة قاطعة سنَّ البلوغ واختلفوا في تقديره اختلافاً كبيراً.

فجمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، وابن وهب من المالكية على أن سنَّ البلوغ 15 سنة للذكر والأئمَّة. استناداً إلى أن النبي ﷺ أجاز في الخروج لميدان القتال في أحد أبناء خمس عشرة سنة لما عرضوا عليه ورد من دونهم، ويؤكد هذا روایة ابن عمر رضي الله عنْهُما «أنَّ رسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَرَضَهُ يَوْمَ أَحَدٍ، وَهُوَ ابْنُ أَرْبَعَ عَشَرَةَ سَنَةً، (قَالَ): فَلَمْ يُجْزِيْنِي، ثُمَّ عَرَضَنِي يَوْمَ الْخَنْدِقِ، وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشَرَةَ سَنَةً، فَأَجَازَنِي»².

في حين ذهب المالكية في المشهور عندهم أنَّ سنَّ البلوغ 18 سنة؛ وكلنا يحفظ البيت من متن ابن عاشر: أَوْ بِمَنِي أَوْ بِإِبْنَاتِ الشَّعَرِ ◇ أَوْ بِشَمَانِ عَشْرَةَ حَوْلًا ظَهَرَ

¹ القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص بتاريخ: 07/12/1966، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، العدد 1، 1968، ص 139.

² رواه البخاري (2664)، ومسلم (1868).

ثانياً : أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري

مناطق أهلية الزواج في قانون الأسرة هو السن¹; فلا يُسمح بالزواج إلا لمن بلغ سنا معينة. وتحديد سن أدنى للزواج مسلك أغلب القوانين الحديثة. وقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة (7) منه على أنه ((تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة))¹; فلا يمكن أن ينعقد الزواج قبل بلوغ هذا السن القانوني، هذا هو الأصل. غير أنه، واستثناء من الأصل بوجوب توافر الأهلية في كلا الزوجين فقد سمح المشرع الجزائري للقاضي في نص نفس المادة - أي المادة (7) من قانون الأسرة الجزائري - أن يُرخص بالزواج لمن هم دون هذا السن بقوله: ((وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متي تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج)).

الفقرة الثانية: محل العقد المالي بين الزوجين

على ضوء المادة 37 من قانون الأسرة سالفه الذكر فإن محل (موضوع) العقد المالي بين الزوجين هو الأموال المشتركة بينهما من العقارات والمقولات التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية. وبالتالي يخرج عن وصف المال كل ما لا يصلح أن يكون موضوعا للاشتراك.

فقد يكون الاشتراك في ممتلكات البيت، وهو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك مثل الأفرشة والأغطية وجهاز التلفاز والكراسي وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك أما ما يخص الزوجين كل بمفرده لا يدخل ضمن ممتلكات البيت حتى لو كان داخل المسكن الزوجي².

¹ بخلاف ما كان ينص عليه قانون الأسرة قبل التعديل من تحديد سن الفقي بـ(21) سنة، والفتاة (18) سنة، ويبدو أن سبب التعديل هو تطبيق مبدأ المساواة بين الجنسين المتصوّص عليه دستورياً.

² انظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجديد في ثوبه الجديد - أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل -، ط:4؛ الجزائر: دار هومة، 2013، ص 148.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على الاشتراك

المالي بين الزوجين

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على الاشتراك المالي بين الزوجين

من بين النتائج أو الآثار التي سأطرق إليها في هذا البحث تتمحور حول معرفة نطاق الأموال المشتركة بين الزوجين في (المطلب الأول)، و من ثم التعرج إلى تحديد سلطات الزوجين على الأموال المشتركة بينهما في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نطاق الأموال المشتركة بين الزوجين و سلطتها عليه.

حدود الأموال المشتركة بين الزوجين تتجلى في الإيرادات الشخصية(الفرع الأول) وفي إيرادات الممتلكات(الفرع الثاني)، و هذين الفرعين هما محل بحثي في هذا المطلب.

الفرع الأول: نطاق الأموال المشتركة بين الزوجين

الملكية المشتركة بين الزوجين هي التي تُعنَى بجميع الأموال المكتسبة بعد الزواج، والتي يكتسبها الزوجان من عملهما سواء كانا مجتمعين أو منفردين، و كذا إيراداهم الشخصية من الرواتب و الكسب أثناء قيام الحياة الزوجية.¹

أولاً: الإيرادات الشخصية

تعنى بها: المنتجات الصناعية الشخصية للزوجين و التي تمثل في:

1- المنتجات الصناعية الشخصية للزوجين: هذا الإنتاج من الاكتساب الناتج عن مباشرة مهنة أو حرفه معينة للزوجين أثناء الحياة الزوجية.

2- الكسب و الرواتب.

3- إيرادات الممتلكات.

4- بدائل الرواتب: الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية تعد ملوكـة ملكية مشتركة بين الزوجين.² إذا كانت المرأة المتزوجة عاملة فإن إرادتها الشخصية من الكسب و الرواتب قد

¹ انظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق التعديلات ومدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا، ج: 1، أحكام الزواج، ط: 6، 2010م، ديوان المطبوعات الجامعية. ص 328.

² رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين" دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و التشريعات العربية و التشريعات الفرنسية، ط: 3، 2003، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع، ص 65/66.

تساهم بها فعلياً في الإنفاق مع الرجل، فالأموال الخاصة بها من شأنها أن تختلط بأموال الزوج الخاصة به، ومن ثم فإنها تعد في الواقع العملي مملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين. و عليه فان قوانين الأسرة في البلاد العربية ما زالت لا تنظم ملكية الاشتراك بين الزوجين تنظيماً صريحاً، وهذا يعد قصوراً تشريعياً يجب تداركه؛ لأن الفراغ التشريعي في هذه المسائل يجعلها تابعة في هذه الأحكام ، وخاصة خروج المرأة للعمل فراتبها الشهري أصبح مصدر مشاكل بينهما، فمنه قد تنتهي حياتهما في أغلب الحالات إلى الطلاق.¹

ثانياً: إيرادات الممتلكات

تتمثل إيرادات الممتلكات في ما يلي:

1- ثمار ومنتجات الأموال الخاصة: إذ تُعد هذه الثمار جزء من ملكية الزوجين، فالديون الناتجة عن الانتفاع بتلك الأموال تكون محض اشتراك فالزوجان يتحملان تلك الديون تضامنياً.

2- الإيراد الناتج عن بيع نتاج الماشية: تشمل الماشية ما يوجد في المزرعة من حيوانات إنتاجية كالخيل والأنعام وغيرها، ولكن هذه من خلال قبول صاحب المزرعة.²

الفرع الثاني: سلطات الزوجين على الأموال المشتركة بينهما.

يتمتع كل من الزوج والزوجة بنفس السلطات على الأموال المكتسبة بينهما، و لتوسيع ذلك يجب التعرّج إلى معرفة كلاً من التصرفات الفردية لأحد الزوجين على هذه الأموال (الفرع الأول)، وكذا التعرّف على قيود هذه التصرفات الفردية (الفرع الثاني).

أولاً: التصرفات الفردية لأحد الزوجين على الأموال المشتركة.

من خلال نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يحدد سلطات أحد الزوجين على الأموال المشتركة، إذ اكتفى بعبارة: " تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منها " في حين نجد أن المشرع الفرنسي أشار إلى تفصيل هذه السلطات، فالزوج والزوجة يتمتعان بنفس السلطات ولكن التصرفات الفردية بكل واحد منهم له سلطة إرادية فردية على الأموال المشتركة والتي تشمل:

- تأجير وتحصيل واستيفاء مبالغ الأموال المملوكة ملكية مشتركة بينهما.
- اتخاذ كل الإجراءات الالزمة بالنسبة للمنازعات الخاصة بالأموال المشتركة.

¹ انظر: بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 330.

² انظر: رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين، مرجع سابق، ص 66.

- لكل زوج حق الاعتراض على إدارة الزوج الآخر.¹
- لا يمكن لأحد من الزوجين القيام ببعض التصرفات الخاصة بالأموال المشتركة إلا بعد موافقة الطرف الآخر، القيام به أو إذا تعدى الزوج حدود سلطاته بخصوصها جاز للطرف الآخر أن يطلب إبطال هذه التصرفات خلال سنتين ابتداءً من اليوم الذي عُلِمَ فيه بقيام قرينة بهذه التصرفات.²

ثانياً: قيود التصرفات الفردية لأحد الزوجين على الأموال المشتركة بين الزوجين.
المشرع الفرنسي قيد تصرفات الزوجين الفردية دون موافقة الزوج، بحيث تمثل هذه القيود فيما يلي:

1 الهبة: لا يستطيع أحد الزوجين بمفرده أن يتصرف في الأموال المشتركة بينهما بالهبة دون موافقة الزوج الآخر.

2 الوصية التي تجاوز حصة الزوج الموصى في الأموال المشتركة: بمفهوم المخالفه يعني أنه يجوز له ذلك في حدود ما يملكه من هذه الأموال.³

3 إيجار عقار ريفي مشترك: لا يستطيع أحد الزوجين بمفرده دون موافقة الزوج الآخر وتحلى في:

1 إجراء التصرفات القانونية على العقارات المملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين.

2 بيع مؤسسة تجارية عائدة للملكية المشتركة بين الزوجين.

3 التنازل عن استثمار أو استغلال متعلق بالملكية المشتركة.

4 ليس باستطاعة أي من الزوجين التصرف في الأثاث المادية أو أثاث المترتب بدون إشعار الزوج الآخر بنية البيع وأخذ موافقته؛ لأن مصدر هذا الأثاث كان مشتركاً ومن ثم فإن ما لها يجب أن يكون مشتركاً.⁴

¹ انظر: أحمد دادة فاطمة الزهراء، النظام القانوني لعقد الاشتراط في الأموال بين الزوجين، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة - كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017/2018م، ص 21.

² بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 329.

³ انظر: مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2005/2006م، ص 235.

⁴ رعد مقداد محمود الحمداني، النظام، مرجع سابق، ص 71.

المطلب الثاني: طرق تقسيم الأموال المشتركة بين الزوجين.

ما لا شك فيه أن تدخل القاضي لتقسيم الأموال المشتركة بين الزوجين يعتبر شكلاً من أشكال حماية الأسرة، على أساس أن قسمة هذه الأموال تنهي الخلاف والتزاع بين الزوجين بإعطاء كل منهما نصيه وحصته من هذه الأموال، ومنه سأطرق في هذا المطلب إلى القسمة العينية للأموال المشتركة بين الزوجين بالمساواة(فرع أول)، و التطرق إلى تقسيم الأموال المشتركة بين الزوجين بطرق التصفية(فرع ثان).

الفرع الأول: القسمة العينية للأموال المشتركة بين الزوجين بالمساواة.

الفقرة الأولى:تعريف القسمة العينية

أولاً: تعريف القسمة في الفقه الإسلامي

1-تعريف القسمة عند الحنفية: يعرفها صاحب البدائع بقوله: (بعض الأنصاب عن بعض ومبادلة بعض ببعض)¹.

2-تعريف القسمة عند المالكية: يعرفها جمهور المالكية بأنها: (تصير مشاع من ملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرفا فيه بقرعة أو بتراضي).² وعرفها بعضهم بأنها:(تعيين نصيب كل شريك في مشاع ولو باختصاص تصرف).³

3-تعريف القسمة عند الشافعية: عرف الشافعية القسمة بأنها:(تمييز الحصص بعضها من بعض) وهو مساوي تماماً لقولهم: (تمييز بعض الأن江北اء من بعض). فالحصة هي النصيب وسواء كان ذلك بمقاييس أو بمرادها.⁴

4-تعريف القسمة عند الحنابلة: عرفها الحنابلة بأنها:(تمييز الأن江北اء عن بعض، وإفرازها عنها).
نلاحظ بأن تعريف الحنابلة للقسمة لا يخرج عن تعريف الشافعية في شقه الأول ويزيد الحنابلة عبارة "إفرازها عنها" و التي تفيد فصل الأن江北اء بعد تمييزها، ليستقل كل شريك بحصته وهو مقتضي القسمة.¹

¹ محمد عبد الرحمن الضوبي، **أحكام القسمة في الفقه الإسلامي و القانون المدني**، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001، ص 19.

² أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص 405.

³ محمد بن علي الشوكاني، **السيل الجرار المتذوق على حقائق الأزهار**، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 262.

⁴ محمد عبد الرحمن الضوبي، مرجع سابق، ص 21.

ثانياً: تعريف القسمة في القانون

إن كان التشريع لم يتعرض إلى تعريف القسمة فإن فقهاء القانون المدني عمدوا إلى مجرد إعطاء فكرة عن القسمة بدلاً عن تعريفها دقيقاً ومن بين التعريفات نذكر منها: القسمة يختص كل شريك بجزء مفروز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال، وهي بهذا المعنى يقال لها القسمة النهائية فهي قسمة ترد على الملكية وبما ينتهي الشيوع.² عرفها البعض بأنها إعطاء كل شريك في الشيوع قدرًا يعادل نصيبه في المال الشائع، وهناك من عرفها بأنها: (عملية الغرض منها إخراج المالك من الملك المشترك إلى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء).³

ثالثاً: شروط القسمة في الفقه الإسلامي و في القانون.

1- شروط القسمة في الفقه الإسلامي:

يشترط الفقه لصحة القسمة شروط لابد من توافرها وهي كالتالي:

1- رضا المقصوم لهم أو من يقوم مقامهم: تتم القسمة في هذه الحالة باتفاق جميع الشركاء على قسمة المال الشائع بأن يأخذ كل منهم نصيبه من هذا المال بالطريقة التي تراضوا عليها.⁴
- لا تجوز القسمة إلا بموافقة جميع الشركاء البالغين و العاقلين، فإذا لم يكونوا كذلك فإنه تشترط موافقة من يقوم مقامهما، فإذا كان أحدا الشركاء غير كامل الأهلية أو ناقصها كالصبي والجنون والمحجور عليه ففي هذه الحالة حرص الفقه على إتباع بعض الإجراءات لإتمام القسمة نذكرها على التوالي:

- إذا كان الشركاء محجوراً عليه أو غائب فالقسمة هنا بوجود المحجور عليه طرفا فيها تختلف باختلاف ما إذا كان المحجور عليه خاضعاً لنظام الولاية أو الوصاية.
- بالنسبة للوصاية يرى الفقهاء أن للوصي أن يقسم عن الصغير ما دامت منفعة له، و يذهب المالكية إلى أنها يجوز للوصي أن يقسم عن الصغير إلا بعد إذن القاضي.⁵

¹ محمد عبد الرحمن الضوبي، مرجع سابق، ص22.

² محمد حسين قاسم، *موجز الحقوق العينية الأصلية*، ج 1، منشورات الخليل الحقوقية، دمشق، 2005، ص 149.

³ نقاً عن: محمد عبد الرحمن الضوبي، مرجع سابق، ص26.

⁴ انظر: محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص153.

⁵ انظر: محمد عبد الرحمن الضوبي، مرجع سابق، ص300.

2-حضور المتقاسمين أو من يقوم مقامهما: يشترط لصحة القسمة أن يحضر الشركاء جميعاً أو من يقوم مقامهما، فلو كان أحدهم غائباً فلا تصح القسمة أصلاً، ولا يقسم القاضي عنه إذا لم يكن عنه شريك حاضر، ولكنه لو قسم لا تنقضي قسمته، فالحنفيه يصرحون بأنه إذا كان في الشركاء غير ميراث غائب لا وكيل له فلا يقسم القاضي ولا غيره، في حين أن المالكيه والحنابلة ذهبوا إلى أن القاضي أو الحاكم يقسم على الغائب جبراً سواء كان الوكيل حاضر عنه أو لم يكن.

2-شروط القسمة في القانون:

يشترط القانون المدني الجزائري جملة من الشروط لصحة القسمة نذكر منها:

1-لزوم إجماع الشركاء:أوجب المشرع الجزائري إجماع الشركاء على القسمة، وذلك لاستنتاج آثارها وهذا نصت عليه المادة 723 من القانون المدني الجزائري، وعلى ذلك فإن القسمة التي يترافقى عليها بعض الشركاء ترتب أثرها الخاص بالإفراز و يلزم لنفاذ القسمة في هذه الحالة أن يتم إقرارها من طرف جميع الشركاء.¹

2-لزوم حضور جميع الشركاء أو من ينوب عنها قانوناً:لكي تكون القسمة بصفة ودية وصحيحة يشترط فيها شروط معينة نذكر منها:

-وجوب حضور جميع الشركاء المتقاسمين المالكين على الشيوع وقت إجراء القسمة، و بالتحديد حضورهم أمام المؤذق الذي يقوم بتحرير عقد القسمة، أما في حالة عدم حضور أحدهم و غيابه يتبع مراعاة الإجراءات التي يتطلبها القانون في شأن الغائب، وهذا كله بالرجوع إلى نص المادة 110²

-تنبع الشركاء بالأهليه الكاملة والتي تكون ببلوغ سن الرشد والتتمتع بجميع قواهم العقلية وغير محجور عليهم، ولكن ورود مثل هذا الشرط لا يمنع من إجراء القسمة بالاتفاق بين الشركاء وإنما لكي تكون نافذة وصحيحة يجب مراعاة حالة نقض الأهليه إذا وجدت في أحد الشركاء .

¹أحمد شوقي، محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 105.

²تنص المادة 110 من القانون رقم 48-11 مؤرخ في 06/06/1984، و المتضمن قانون الأسرة، والتي تنص على: "الغالب الذي منحته ظروف القاهرة إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

رابعاً: طريقة - إجراء - القسمة العينية بين الزوجين في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائي.

يجوز للشركاء أن يقتسموا المال الشائع بينهم حسب الطريقة التي يختارونها، فقد يتفقون على أن تكون القسمة عينية، إذ هذه الأخيرة هي محل موضوعي في هذا الفرع مبينة كيفية إجراءها بالنسبة للفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

أولاً: القسمة العينية في الفقه الإسلامي

لقد عرف الفقهاء المسلمين القسمة العينية بصورتها الجمع و التفريق، فنجد أن فقهاء الحنفية يعرفون **قسمة الجمع** بأنها: جمع نصيب كل واحد من الشركاء في الأعيان المشتركة على حدة، وقد اشترطوا فيها اتحاد الجنس وعليه فلا يجوز إجراؤها عندهم عند اختلاف الجنس، ذلك لأنهم يرون أن القسمة في صورة الجمع عند اتحاد جنس المقسم تقع وسيلة إلى تحقيق الغاية التي شرعت لها، وهي تقع في المكيالات والموزونات والعدديات المتقاربة الجنس، وكذلك في تبر الذهب أو النحاس أو الحديد، وكذلك في الثياب ذات الجنس الواحد والإبل والبقر والغنم؛ لأن التفاوت عند اتحاد الجنس لا يتفاوح بل يقل، و التفاوت القليل ملحق بالعدم أو أنه من الممكن أن يعدل بالقيمة.¹

أما الصورة الثانية: فهي **قسمة التفريق**: وهي تخصيص كل شريك بحصة جزئية معينة من المال المشترك ومثاله قسمة دار كبيرة بين شريكين -زوجين- حيث يختص كل شريك منهم بجزء من تلك الدار. هنا الحنفية فرقوا بين ما إذا كان المقسم مما يضره التبعيض وبين ما لم يكن يضره التبعيض، فإذا كان المقسم مما لا ضرر في تبعيشه حازت قسمته بالتفريق جبراً كالمكيالات والموزونات والعدديات المتقاربة، ولم يجزيها فقهاء الحنفية فيما كان في تبعيشه ضرر بكل الشركاء المشتاعين أو بالبعض منهم، كما اشترطوا فيها استمرار المنافع المتواخة من المال بعد القسمة حتى يمكن للقضاء الجبر فيها.²

وأما عند الجعفرية فقد عرف فقهاؤهم **قسمة التفريق "الإفراز"** بأنها: القسمة التي تحرى في المال المشترك شريطة أن يكون المقسم من جنس واحد كالمثيليات، ومنها الحبوب والأدahan

¹ انظر: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، ج 7، ط 2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1986، ص 21.

² محمد العباسى المهدى، *الفتاوى المهدية*، ج 5، ط 1، القاهرة، المطبعة الأزهرية المصرية، 1264هـ، ص 253.

والمائعتات وكذا بعض القييميات المتساوية الأجزاء.¹ لاحظ أن فقهاء الجعفرية قد خالفوا فقهاء الحنفية فيما يتعلق بوحدة الجنس فنجد أن فقهاء الحنفية قد اشترطوا وحدة الجنس في المقسم في صورة قسمة الجمع ولم يقولوا بذلك في قسمة الفرز، في حين نجد أن فقهاء الجعفرية قد اشترطوا وحدة الجنس في المقسم قسمة الفرز.

ثانياً: القسمة العينية في قانون الأسرة الجزائري.

قد يتadar بأذهاننا في الوهلة الأولى بأن القاضي المختص نوعياً بقسمة الأموال المكتسبة بين الزوجين خارج بيت الزوجية هو قاضي شؤون الأسرة على أساس أن التراث قائم بين الزوجين، لكن بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد الجهة القضائية المختصة بقسمة هذا النوع من الأموال، ففي نص المادة 37 الفقرة الثانية تطرق فقط إلى إمكانية اتفاق الزوجين على تنظيم شؤونهما المالية في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق و عليه فالمادة لم تطرق إلى تحديد حصة ونصيب كل من الزوجين عند وقوع خلاف بينهما، بينما نجد المادة 73² قد تطرق إلى التراث حول مたاع البيت وهذا الأخير يعتبر من الأموال المشتركة بين الزوجين لكن داخل بيت الزوجية. ومنه نجد أن المادتين 37 و 73 لم تطرقا إلى تحديد طبيعة القضاء المختص للفصل بقسمة الأموال المكتسبة بين الزوجين.

إذا أمكن إجراء قسمة المال الشائع عيناً، يحق عندها للشركاء القيام بهذه العملية وفرز نصيب كل واحد منهم وتم هذه القسمة أما بمبادرة منهم شخصياً، أو عن طريق الاستعانة بخبر لإعداد مشروع القسمة لهذه الأموال الشائعة خاصة إذا تعلق الأمر بالعقارات.

الفرع الثاني: تقسيم الأموال المشتركة بين الزوجين بطرق التصفية.

الفقرة الثانية: تعريف التصفية في الفقه الإسلامي و في القانون.

ترتکز التصفية على رکن أساسی وهو غل ید الشرکاء، على التصرف في الأموال الخاصة بالشركة خلال هذه المدة.

¹ انظر: محمد علي الموسوي الحمامي، هداية المسترشدين، القسم الأول، ج 2، دار الزهراء، 1416هـ/1995م، ص 94.

² تنص المادة 73 من قانون 02-05 على أنه: "إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في ممتلكات البيت، و ليس لأحدهما بيئة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليدين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليدين في المعتاد للرجال. و المشتركات بينهما يتقاسمنها مع اليدين"

أولاً: تعريف التصفية في الفقه الإسلامي.

مصطلاح التصفية من المصطلحات الحديثة التي تعارف عليها أهل القانون، ولهذا لا نجد تعريفاً لها عند الفقهاء، فقد كانت عنایتهم بها شديدة عند بحثهم في أحكام الحقوق المتعلقة بالتركة مالها وما عليها، وكيفية استيفاء الغرماء لديونهم.¹

ثانياً: تعريف التصفية في القانون.

إن مصطلاح التصفية من المعانى التي ظهرت في العصر الحديث التي تداولها كثيراً بين أهل القانون، ولهذا السبب لا يوجد لمصطلح التصفية معنى محدد عند أهل الشرع، رغم أنه قد تم البحث حول مفهوم التصفية، إلا أن اهتمامهم كان ينصب عند بحثهم بقواعد الحقوق المرتبطة بالتركة. ومنه نعني بالتصفيّة: هي مجموعة الأعمال و القواعد التي تعمل لجميع الحقوق وواجبات المتعلقة بالمصفيّ، وجمع ما يمكن تجميّعه من الحقوق وسداد ما يمكن سداده من الالتزامات.²

ثالثاً: إجراءات قسمة التصفية.

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد نص على هذا النوع من القسمة في المادة 728³، إذ يظهر من نص المادة أن هذا الطريق من القسمة هو طريق احتياطي، لا يلتجأ إليه القاضي إلا عند تعذر إجراء القسمة عيناً أو كانت هذه القسمة من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع بين الشركاء. ومنه نلاحظ أن تقدير مدى استحالة القسمة من عدمها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وفي هذا الصدد نجد قرار المحكمة العليا الصادر في 1998/10/06.⁴

إذا تبين أن الزوجين يملكان مثلاً مصنعاً على الشيوع، فالقاضي عند قسمته لهذا المصنع بين الزوجين، يقوم بإصدار حكمًا بإجراء بيع بالمزاد العلني لهذا المصنع المملوك للزوجين ملكية مشتركة لاستحالة قسمته عيناً، وبيع هذا المصنع بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون

¹ انظر: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية 12، ص 83.

² <http://e3arabi.com>

³ المادة 728 تنص على، "إذا تعذر القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، و تقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".

⁴ انظر: المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/10/06 ، ملف رقم 33120 ، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الأول، ص 153.

الإجراءات المدنية والإدارية، فتتم قسمة هذا المصنوع بطريق التصفية ببيعه بالزاد العلني وقسمة ثمن البيع الذي يرسو عليه المزاد على الشركاء وذلك كل حسب نصيب حصته في هذا المصنوع.

تجدر الإشارة إلى أنه يمكن أن يطلب الشركاء وهم الزوجين أن تقتصر المزايدة في بيع المال الشائع عليهم وحدهما فقط دون غيرهم وذلك إذا اتفقا على ذلك بالإجماع، فهنا يكون القاضي ملزم بهذا الاتفاق، وهنا نجد أن المحكمة العليا قد قضت في قرارها المؤرخ في 02/06/1986 على أنه: "في حالة تعذر القسمة عيناً بيع المال بالزاد العلني وذلك بالطرق المنصوص عليها قانوناً، و غير أنه يمكن أن تكون هذه المزايدة مقتصرة على الشركاء وحدهم، إذا ما طلبوا هذا بالإجماع و عليه يستوجب نقض القرار".¹

يعتبر إجراء التصفية للأموال المكتسبة تحت نظام الاشتراك أثر من آثار انحلال هذه الأخير بالنسبة للقانون التونسي؛ حيث تبدأ مرحلة التصفية أولاً ثم مرحلة القسمة باعتبارها الإجراء الأخير الذي سيسترد فيه ذي حق حقه.

-رفع دعوى من الزوج الساعي إلى إنهاء الاشتراك أمام المحكمة المختصة باعتبارها أن إجراء التصفية و القسمة بدون إجراء قضائي؛ أي إرادي من أحد الطرفين، يكون باطلاً.

-يعين المصف من طرف قاضي أو القاضي الاستعجالي وليس هناك حق لدائنين أو الغير في رفع دعوى إبطال نظام الإشتراك أمام المحكمة (بكلية) إلا أطرافه فقط - الزوجين - بل يجب لهم طلب حفظ حقوقهما فقط أثناء رفع دعوى القسمة.²

-يعد المصفى خلال أجل 103 شهر من تاريخ تعيينه مشروعًا للقسمة ويحرر تقريراً تفصيلياً يبرز فيه نتيجة أعماله في التصفية وينهيه إلى القاضي المراقب الذي يعرضه على الزوجين من أجل المصادقة عليه.³

¹ انظر: المحكمة العليا، قرار بتاريخ 02/06/1986، ملف رقم 41996، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني، ص 78.

² القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ في نوفمبر 1998، المتضمن نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين.

³ نورفل بن عثمان، قراءة في نظام الاشتراك في الأموال الزوجية، الحلقة الثانية، (4-4) عن موقع www.assabah.com.tm/article/113589/4-4

الْخَيْرُ

الخاتمة

أستنتاج من خلال دراسي لموضوع هذا البحث ما يلي:

- 1- أن عقد الزواج لا يؤثر في استقلال الذمة المالية للزوجين، ولا يقتضي ملكية مشتركة بينهما، وعليه فلا يحق للزوج أن يأخذ شئ من مال زوجته دون رضاها.
- 2- اشتراط المشرع الجزائري وجوب إبرام عقد الاشتراك في الأموال المشتركة بين الزوجين في صورة العقد الرسمي، وذلك وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.
- 3- يعد نظام الاشتراك نظاماً معقداً؛ لأنه يفرض قيوداً على سلطات الزوجين في تصرفهما بأموالهما.
- 4- نظام الاشتراك المالي بين الزوجين يعد النظام الذي ينظم المصالح المالية بين الزوجين، ويحدد الشروط التي تكفل لهما حفاظ أموالهما المكتسبة بطريق التصفية والقسمة بينهما.
- 5- إذا اتفقا الزوجان على قسمة الأموال المشتركة بينهما خارج بيت الزوجية، فإن دور القاضي هنا يقتصر فقط على مراقبة مدى عدالة هذه القسمة وذلك وفق ما يسمح به القانون.

- من بين التوصيات التي أقترحها :

- ✓ وضع حملات تحسيسية وتوعية تعنى بأهمية الاتفاق حول المكتسبات المالية خاصة المقبلين على الزواج، وذلك لتفادي التراعات التي تثار بعد الزواج.
- ✓ يجب على المشرع الجزائري تحديد طرق إثبات المكتسبات المالية في المادة 37 خاصة عند قوله: " وتحديد النسب التي تؤول إليهما".
- ✓ إلى طلبة العلم أوصيهم بضرورة الاهتمام بدراسة العقود، وخاصة عقود الزواج من ناحية الشرع، فمن جهة نتعلم منها الكثير من أحكام ديننا الحنيف ومن جهة ثانية نساهم في نشر منهج الإسلام عملاً وتطبيقاً.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاًً: القرآن الكريم وعلومه.

- القرآن الكريم بالرسم العثماني، برواية حفص عن عاصم.

ثانياً: الحديث النبوي وعلومه.

- أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، د.ط، د.ت، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

***علوم الحديث:**

2 - ابن عبد البر، الاستذكار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، ط:1؛ دمشق: دار قتبة للطباعة والنشر، بيروت: دار الوعي: حلب - القاهرة، 1413هـ / 1993

3 - ابن مفلح، شمس الدين، كتاب الفروع، الطبعة الرابعة ؛ عالم الكتب، 1404هـ / 1984، الجزء الخامس.

4 - الباقي، المنتقي - شرح موطأ الإمام مالك - ط: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1332هـ، الجزء الثالث.

5 - محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتذفق على حقائق الأزهر، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

6 - محمد جمال الدين القاسمي، التأویل، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.

ثالثاً: الفقه الإسلامي وأصوله.

1- أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، موهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995

2- ابن تيمية، مجموع فتاوى أحمد ابن تيمية، ط: الأوقاف السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد السعودية، 1425-2005.

3- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، ط:1؛ الرياض (السعودية): دار كنوز اشبيليا، 1430هـ / 2009م.

- 4- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط:2، دار النفائس للنشر والتوزيع.
- 5- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ط 2، بيروت، دار الكتب العلمية.
- 6- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط:6: مؤسسة الرسالة، دون تاريخ النشر.
- 7- فتحي الدربيني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، ط:1، مؤسسة الرسالة: بيروت، 1994، الجزء الثاني.
- 8- كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ط:2؛ تونس: دار سلامة للطباعة والنشر والتوزيع، 1985.
- 9- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، ط:مكتبة القانونية، دت، اليازوري للنشر. 2010.
- 10- محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر العربي: بيروت.
- 11- المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط:2؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، دون تاريخ نشر.
- 12- محمد العباسي المهدى، الفتاوى المهدية، ج 5، ط 1، القاهرة، المطبعة الأزهرية المصرية، 1264هـ.
- 13- محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ط: شركة الشهاب: الجزائر، دون تاريخ، الجزء الأول.
- 14- محمد علي الموسوي الحمامي، هداية المسترشدين، القسم الأول، ج 2، دار الزهراء، 1416هـ/1995م.
- 15- الشاطبي، الموافقات، ج 2، ت.ح: مشهور بن حسان آل سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع.
- رابعاً: المؤلفات القانونية.

- 1- أحمد شوقي، محمد عبد الرحمن، **الحقوق العينية الأصلية حق الملكية والحقوق المترفرعة عنه**، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 2- بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، ط:1؛ الجزائري: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008.
- 3- بن شيخ آث ملويا، **المنتقى في أحكام قانون الأسرة**، ط:1؛ الجزائر : دار الخلدونية ، 2007.
- 4- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق التعديلات ومدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا**، ج:1، أحكام الزواج، ط:6، 2010م، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 5- حسن علي الشاذلي، **نظرية الشرط في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية**، ط:1؛ الرياض (السعودية): دار كنوز اشبيليا، 1430هـ/2009م.
- 6- خليفة على الكعبي، **نظام الاشتراك بين الزوجين وتكيفه الشرعي**، ط: 4؛ عمان: دار النفائس للنشر والتوزيع، 2010.
- 7- داودي عبد القادر، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، دار البصائر: الجزائر، 201.
- 8- رشدي شحاته، **الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، مصر.
- 9- رعد مقداد محمود الحمداني،**النظام المالي للزوجين"دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و التشريعات العربية و التشريعات الفرنسية**، ط:1،2003،الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع .
- 10- زكي الدين شعبان، **نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- 11- عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجديد في ثوبه الجديد - أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل** -، ط:4؛ الجزائر: دار هومة، 2013.
- 12- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط: 2، القاهرة دار الفكر العربي للطباعة والنشر.

- 13- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، ط:8؛ المغرب: مطبعة النجاح الجديدة، 201.
- 14- محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2005.
- 15- محي الدين إسماعيل، نظرية العقد، ط:3؛ دار النهضة العربية، 1994.
- 16- محمد عثمان شبير، الشروط المترنة بالعقد وأثرها في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية- جامعة قطر.
- 17- نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقيّة في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، 2003.
- خامساً: دراسات ومذكرات جامعية(دكتوراه، ماجستير، ماستر، ليسانس) .
- أولاً: رسائل الدكتوراه:
- 1-مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2005/2006م.
- ثانياً: مذكرات الماستر:
- 2-أحمد دادة فاطمة الزهراء، النظام القانوني لعقد الاشتراط في الأموال بين الزوجين، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة – كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017/2018م.
- سادساً: نصوص قانونية.
- أولاً-نصوص قانونية وطنية.
- 1-الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتتم.
- 2-الأمر رقم 05-02 مضى في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، مؤرخه في 09 رمضان عام 1904 الموافق ل 09 يونيو 1984.

3- القانون التونسي عدد 91 سنة 1998 المؤرخ في نوفمبر 1998، المتضمن نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين.

ثانياً- قرارات قضائية.

1- القرار الصادر عن المجلس الأعلى، غرفة القانون الخاص بتاريخ: 1966/12/07، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، العدد 1، 1968.

2- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/10/06 ، ملف رقم 33120 ، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول.

3- المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1986/06/02، ملف رقم 41996، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الثاني.

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1971/02/03، نشرة القضاة 1972، عدد الثاني.
سابعاً: المعاجم والمصطلحات والموسوعات.

أولاً: المعاجم:

1 - ابن الأثير ، الهاية في غريب الأثر، ج 4، تحقيق: محمود محمد الطناحي، مؤسسة اسماعيليان للطباعة والنشر والتوزيع-إيران.

2-الأزهري (محمد بن أحمد)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، ط:1، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج 11.

3- البهوي، الروض المربع شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع، تحقيق: سعيد محمد اللحام، ط: دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت.

4 - ابن فارس (أحمد بن زكرياء أبو الحسين)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، 4-1399هـ/1979م، ج 4.

5- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ط: دار الفكر، 6-1399هـ/1979م، ج 6

6- ابن منظور، لسان العرب، القاهرة:دار الحديث، 1423هـ/2003م، ج 50

7- الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ط:3؛ القاهرة، المطبعة الأميرية ببولاق، ج 2.

8- الكفوبي، أیوب بن موسى الحسیني أبو البقاء، الكلیات: معجم في المصطلحات والفرق اللغوية، ط:1، مؤسسة الرسالة، 1412هـ / 1992م.
ثانياً: الموسوعات.

1- وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية العدد 12.
ثامناً: موقع الانترنت.

1- نوفل بن عثمان، قراءة في نظام الاشتراك في الأموال الزوجية، الحلقة الثانية، (4-4) عن
[موقع www.assabah.com.tm/article/113589/4-4](http://www.assabah.com.tm/article/113589/4-4)

<http://e3arabi.com-2>

الفنارس

فهرس الآيات القرآنية

| الرقم | الآية | السورة | رقم الآية | الصفحة |
|-------|---|---------|-----------|--------|
| 1 | ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ | البقرة | 229 | 18 |
| 2 | ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُهُودِ ﴾ | المائدة | 1 | 12 |
| 3 | ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْوُلًا ﴾ | الإسراء | 34 | 12 |
| 4 | ﴿ فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَى السَّاعَةِ أَنْ تَأْتِيهِمْ بَعْثَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ ﴾ | محمد | 18 | 8 |

فهرس الأحاديث

| الصفحة | رقم الآية | السورة | الآية | الرقم |
|--------|-----------|---------|--|-------|
| 18 | 229 | البقرة | ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ | 1 |
| 12 | 1 | المائدة | ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُهُودِ ﴾ | 2 |
| 12 | 34 | الإسراء | ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْوُوفًا ﴾ | 3 |
| 8 | 18 | محمد | ﴿ فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَى السَّاعَةِ أَنْ تَأْتِيهِمْ بَعْثَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَتَى لَهُمْ إِذَا جَاءَتِهِمْ ذِكْرَاهُمْ ﴾ | 4 |

فهرس المواد القانونية

| الصفحة | القانون | رقمها | المادة | الرقم |
|--------|---------|--------|--|-------|
| 30 | ق.أ.ج | 7 | تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة | 1 |
| 29 | ق.أ.ج | 9 مكرر | يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: - أهلية الزواج. | 2 |
| 21 | ق.أ.ج | 19 | للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق | 3 |
| 24 | ق.أ.ج | 32 | يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد | 4 |
| 24 | ق.أ.ج | 35 | إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً و العقد صحيحًا | 5 |
| 27 | ق.أ.ج | 37 | لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر | 6 |
| 26 | ق.م | 54 | العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص | 7 |

فهرس الموضوعات

| | |
|--------|---------|
| | اهداء |
| | شکر |
| أ..... | المقدمة |

المبحث الأول

العقد المالي بين الزوجين : مدلوله وطبيعته

| | |
|---|----|
| المطلب الأول: اندراج الاتفاق المالي بين الزوجين ضمن الشروط الإرادية في عقد الزواج ... 7 | 7 |
| الفرع الأول: معنى الشروط المقترنة بعقد الزواج 7 | 7 |
| الفقرة الأولى: تعريف الشروط المقترنة بعقد الزواج 8 | 8 |
| أولاً: تعريف الشرط في اللغة 8 | 8 |
| ثانياً: تعريف الشرط في الاصطلاح الشرعي 8 | 8 |
| الفقرة الثانية : مشروعية الشروط المقترنة بعقد الزواج 12 | 12 |
| الفرع الثاني: الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي بين الإباحة والمحظوظ 17 | 17 |
| أولاً: الأصل في الاشتراط المحظوظ 17 | 17 |
| ثانياً: الأصل في الاشتراط الإباحة 19 | 19 |
| ثالثاً: الرأي الراجح 20 | 20 |
| الفرع الثالث: مدى حرية الاشتراط في عقد الزواج من منظور قانون الأسرة الجزائري 21 | 21 |
| المطلب الثاني: الاتفاق المالي بين الزوجين عقد مستقل 25 | 25 |
| الفرع الأول: مفهوم عقد الاشتراك المالي بين الزوجين 25 | 25 |
| الفقرة الأولى: تعريف العقد المالي بين الزوجين 25 | 25 |
| أولاً: تعريف العقد 25 | 25 |
| 2- تعريف العقد في الفقه الإسلامي 26 | 26 |

| | |
|---------|---|
| 27..... | 3 |
| 27..... | تعريف العقد في القانون |
| 27..... | ثانياً: تعريف المال |
| 28..... | ثالثاً: تعريف عقد الاشتراك المالي بين الزوجين |
| 28..... | الفقرة الثانية : خصائص العقد المالي بين الزوجين |
| 28..... | أولاً: يبرم بين زوجين فقط |
| 29..... | ثانياً: عقد اختياري |
| 29..... | ثالثاً: عقد شكلي |
| 29..... | رابعاً: عقد محدد |
| 29..... | الفرع الثاني: مقومات عقد الاشتراك المالي بين الزوجين |
| 30..... | الفقرة الأولى: طرفا العقد المالي بين الزوجين |
| 30..... | أولاً : أهلية الزواج في الفقه الإسلامي |
| 31..... | ثانياً : أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري |
| 31..... | الفقرة الثانية: محل العقد المالي بين الزوجين |
| | خاطأ! الإشارة المرجعية غير معروفة. |

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على الاشتراك المالي بين الزوجين

المطلب الأول: نطاق الأموال المشتركة بين الزوجين و سلطتها عليه... خطأ! الإشارة المرجعية غير معروفة.

الفرع الأول: نطاق الأموال المشتركة بين الزوجين خطأ! الإشارة المرجعية غير معروفة.
أولا: الإيرادات الشخصية خطأ! الإشارة المرجعية غير معروفة.
ثانيا: إيرادات الممتلكات. خطأ! الإشارة المرجعية غير معروفة.
الفرع الثاني: سلطات الزوجين على الأموال المشتركة بينهما... خطأ! الإشارة المرجعية غير معروفة.

أولاً: التصرفات الفردية لأحد الزوجين على الأموال المشتركة. خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
ثانياً: قيود التصرفات الفردية لأحد الزوجين على الأموال المشتركة بين الزوجين. .. خطأ! الإشارة
المرجعية غير معرفة.

المطلب الثاني: طرق تقسيم الأموال المشتركة بين الزوجين
الفرع الأول: القسمة العينية للأموال المشتركة بين الزوجين بالمساواة.. خطأ! الإشارة المرجعية غير
معروفة.

الفقرة الأولى: تعريف القسمة العينية..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
أولاً: تعريف القسمة في الفقه الإسلامي..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
ثانياً: تعريف القسمة في القانون..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
ثالثاً: شروط القسمة في الفقه الإسلامي و في القانون..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
رابعاً: طريقة - إجراء - القسمة العينية بين الزوجين في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.
..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
الفرع الثاني: تقسيم الأموال المشتركة بين الزوجين بطرق التصفية. ... خطأ! الإشارة المرجعية غير
معروفة.

الفقرة الثانية: تعريف التصفية في الفقه الإسلامي و في القانون. خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
أولاً: تعريف التصفية في الفقه الإسلامي. خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
ثانياً: تعريف التصفية في القانون. خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
ثالثاً: إجراءات قسمة التصفية. خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.

خلاصة البحث
..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.
الخاتمة..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.

قائمة المصادر والمراجع

فهرس الآيات القرآنية

| | |
|---------|-----------------------------|
| 54..... | فهرس الأحاديث..... |
| 55..... | فهرس الموارد القانونية..... |
| 56..... | فهرس الموضوعات..... |

الملخص:

تناولت هذه الرسالة موضوع العقد المالي بين الزوجين مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، بحيث تمت الإجابة على التساؤلات المطروحة كبيان مدلول العقد و تحديد أهم نظامين يرتكز عليه هذا العقد ، و قسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث ، فالباحث الأول منها مدلول العقد و أهم نظاميه في كلا من الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، و ذلك من خلال المطلبين المذكورين فيه . و بينما المبحث الثاني يتمحور حول مفهوم عقد الإشتراك و خصائصه بحيث يتم تحريره في مطلبين وفق الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري . و أخيراً المبحث الثالث تضمن النتائج المترتبة عن التدبير المشترك بين الزوجين ، و ثم تتوسيع هذا المبحث بجملة من النتائج دلت في مجملها على أن العقد المالي للزوجين نظام يمثل أهمية كبيرة في تنظيم العلاقات المالية بينهما .

الكلمات المفتاحية: الأموال ، نظام الانفصال ، التدبير المشترك.

Résumé :

This thesis dealt with the issue of the financial contract between the spouses, a comparison between Islamic jurisprudence and the Algerian family law, so that the questions raised were answered as a statement of the meaning of the contract, and the identification of the two most important systems on which this contract is based. The most important of his systems in both Islamic law and the Algerian family law, through the two requirements mentioned in it. While the second topic deals with the concept of the participation contract and its characteristics, so that it is written in two requests in accordance with Islamic Sharia and Algerian family law. Finally, the third topic included the results of the joint arrangement between the spouses, 'and then this topic culminated with a set of results that indicated in their entirety that the financial contract of the spouses is a system that represents great importance in organizing the financial relations between them.

Key words: funds 'separation regime' joint arrangement.