الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية الحقـــوق والعلـــوم السياسية
قسم : العلوم القانونية والإداريـــــة
رقم : .....

ميدان: الحقـــوق
تخصـــص: قـانون أسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان

الاشتراط في عقد الزواج

اعداد الطالبين:
- **عبد الحفيظ زهير**
- **حمديني خالد**

اشراف الاستاذ :
ميمون جمال الدين

لجنة المناقشة :

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
ميمون جمال الدين		رئيسا مشرفا ومقررا ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) عبد الحفيظ زهير

الصفة: طالب، ~~أستاذ باحث~~، ~~باحث دائم~~

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200848599

الصادرة بتاريخ 2016/12/14 عن ~~دائرة~~/ بلدية المسيلة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم :

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجيستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

الاشتراط في عقود الزواج

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 2022/06/01

إمضاء المعني

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) حمدين خالد

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: رخصة السياقة رقم L0049 1856

الصادرة بتاريخ 2021/09/05 عن دائرة/ بلدية البيرة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم :

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجيستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

الشرط في عقود الزواج

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 04/ جوان/2022

إمضاء المعني

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا لإنجاز هذا العمل المتواضع فهو جلا وعلا أحق بالحمد والشكر سبحانه وتعالى

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى الأستاذ المشرف الدكتور "ميمون جمال الدين"

الذي ساعدنا على إتمام هذا البحث وقدم لنا العون والتسهيلات وزودنا بالمعلومات اللازمة لإتمام هذا البحث، ولم يدخر جهدا لمساعدتنا في إنجاز هذا العمل من خلال متابعته للعمل بنصائحه القيمة. وعلى سعة صدره فجزاك الله عنا كل الخير

كما نشكر كل الأساتذة الأفاضل الذين درسنا على أيديهم طيلة سنتين تخصص قانون أسرة وكل زملاء الدراسة دفعة 2022 وجميع موظفي وإطارات

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

و نختم شكرنا إلى كل من ساعدنا في إنجاز هذه المذكرة من قريب أو من بعيد.

الإهداء

الرحيم الرحمن الله بسم

بن محمد الله خلق اشرف على والسلام والصلاة لله الحمد

هداه تبع ومن وصحبه اله وعلى الله عبد

: إلى المتواضع العمل بهذا أتقدم

ربي الوالدة الكريمة حفظكِ الجنة قدميها تحت وضعت من

لي

عمرك في وأطال

الغالي والدي الطريق لي ليشق راحة شبابه باع من

والعزيز

المرحوم الأستاذ حمديني موسى رحمه الله

عمرهم وجميع أبنائهم في الله أطال الأعزاء إخوتي إلى

إلى زوجتي العزيزة وأولادي: محمد آدم ، لينة ، إدريس

إلى جميع زملاء الدراسة والعمل

ورقتي تسعه ولم قلبي وسعه من كل والى

خالد

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي تجلت نعمته وتقدست أسماؤه والصلاة والسلام

على أشرف خلق الله محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه أجمعين أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى نبع الحب والحنان

إلى من لن أوفيها حقها مهما قلت إلى " أمي الحبيبة " حفظها

الله وأطال في عمرها إلى من سعى وشقى لأنعم بالراحة والهناء الذي لم يبخل بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح

وعلمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة وصبر " والدي العزيز "

إلى من حبها يجري في عروقي ويلهج بذكراها فؤادي إلى " زوجتي "

إلى فلذات أكبادي: " شمس الدين المغترب بفرنسا" "إكرام" ، "يوسف عبد الصمد" ، "رؤى نور" ، "ليليا" ، "مايا"

وإلى صديقي وزميلي خالد، وكل الأحباب أهدي عملي هذا إلى كل من وسعه قلبي

عبد الحفيظ زهير

قائمة المختصرات:

ج	**الجزء.**
ج ر	**الجريدة الرسمية**
د س ن	**دون سنة النشر**
ط:	**الطبعة**
ص	**الصفحة.**
مج	**المجموعة**
ع	**العدد**
ق أ ج	**قانون الاسرة الجزائري**
ق إ م إج	**قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري**
ق م ج	**القانون المدني الجزائري**
م أ م	**ميثاق الأمم المتحدة**

مقدمة

مقدمة:

إن اللبنة الرئيسية في تكوين المجتمع هي الأسرة، ولا يمكن لأحد أن ينكر أهمية الأسرة ودورها في رقي الجماعة أو تخلفها، ولنشوء الأسرة لابد لها من عقد الزواج الذي يعد من اسمى العقود ، لكونه مبنيا على معان خاصة فهو رباط مقدس يجمع بين الرجل والمرأة ويربط بينهما برباط المودة والرحمة، ولقيام هذا الزواج الصحيح لابد من توافر أركان وشروط موضوعية وشكلية ، إذ يعتبر عقد الزواج من العقود الرضائية بين الرجل والمرأة .

كما أن الإسلام أولى الزواج اهتماما خاصا، وأفرد له أحكاما تؤسس له تأسيسا سليما، لأنه السبيل الوحيد الذي ارتضاه سبحانه وتعالى لاجتماع الذكر بالأنثى، وأحاطه بسياج منيع يحميه من الفساد لتعلقه بالفروج والأنساب، وفصل ضوابطه على غير عاداته من تقرير الكليات والقواعد الكلية تنبيها على خصوصيته، ونعته بالميثاق الغليظ تعظيما لشأنه وخطورة عقده ، وجعله غريزة مطردة في كل مخلوقاته.

ونظرا للتطور الذي تعرفه المجتمعات وحياة الأفراد ، الأمر الذي استوجب معه ظهور عقود ومشارطات جديدة، لم يتول الشارع تنظيمها وتحديد آثارها، وبالتالي يكون وضع الشروط هو السبيل الوحيد أمام الزوجين لتحقيق منافع ومصالح ضرورية لا يمكن تحقيقها بمجرد إبرام عقد الزواج، بل لابد من اشتراطها مسبقا والنص عليها في العقد، هذا ومن جهة أخرى فإن الشروط في عقد الزواج قد تكون كفيلة بتجنيب الأسرة وقوع خلافات لضمان حقوقهما، وقيام علاقة زوجية خالية من المشاكل مادام أن باب الاشتراط مفتوح، إلا أن ذلك لا يعني أن للزوجين مطلق الحرية في الاشتراط، وذلك لوجود ضوابط وحدود لهذه الشروط.

أسباب اختيار الموضوع :

ترجع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية فالأولى فلكون عقد الزواج من أسمى العقود وأقدسها والاهتمام الكبير الذي عني به عقد الزواج من طرف المشرع ، أما الثانية فكون

الاشتراط في عقد الزواج ليس من الأمور المحضورة بل هو مسموح به سواء من حيث الدين أو القانون .

أهمية الموضوع :

يعتبر عقد الزواج أساس بقاء وتطور المجتمع ومنه وجب أن توفر له الحماية القانونية وذلك من خلال تسليط الضوء على النظام القانوني الذي يسيره والآثار القانونية المترتبة عنه ، بالإضافة إلى أن عقد الزواج يمكن أن تضاف إليه مجموعة من الشروط أي أنه يمكن للزوجين الاشتراط في عقد الزواج فيما يوافق الشرع والقانون ، ولا يمكن الاشتراط فيما يخالفهما.

منهج الدراسة :

اقتضت طبيعة الدراسة إلى إتباع المنهج الوصفي الملائم للدراسات القانونية بالإضافة إلى الاستعانة أحيانا بالمنهج التحليلي من اجل تبيان وشرح موقف المشرع من بعض المسائل القانونية المتعلقة بالدراسة .

الإشكالية :

من أجل دراسة هذا الموضوع والإحاطة بأهم جوانبه قمنا بطرح الإشكالية التالية:

كيف عالج المشرع الجزائري مسألة الاشتراط في عقد الزواج ؟ وما هي الآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشرط؟

تقسيم الدراسة :

من أجل الإحاطة بالموضوع من جميع جوانبه والإجابة على الإشكالية المطروحة قمنا بتقسيم الدراسة إلى فصلين ، تناولنا في الفصل الأول ماهية الشرط في عقد الزواج ، وقسمناه بدوره إلى مبحثين، تناولنا بالدراسة في المبحث الأول : مفهوم الشرط ومعنى اقترانه بالعقد وفي المبحث الثاني أنواع الشروط المقترنة في عقد الزواج وأصل مشروعيتها.

أما في الفصل الثاني فقد تطرقنا بالتفصيل إلى القيود والآثار للاشتراط في عقد الزواج بين القفه الإسلامي وقانون الأسرة، وقسمناه بدوره إلى مبحثين، حيث تناولنا في المبحث الأول: القيود الواردة على حرية الاشتراط في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة ، وفي المبحث الثاني تناولنا موضوع أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي والقانون

الفصل الأول:

ماهية الشرط في عقد الزواج

كما سبق القول فإن عقد الزواج من أسمى العقود التي عرفتها البشرية منذ الأزل ، ولقيام هذا النوع من العقود لابد له من شروط وضوابط ، والتي وضعت سواء من قبل الفقه الإسلامي أو قانون الأسرة الجزائري ، كما أنه يمكن للزوجين وضع بعض الشروط شرط أن لا تكون مخالفة للشريعة الإسلامية ولا للقانون ، وكأي موضوع علمي وجب التطرق أولا إلى ماهية الشرط في عقد الزواج ، وذلك من خلال تحديد مفهوم الشرط ومعنى اقترانه بالعقد وهو ما سنتناوله في المبحث الأول ، أما في المبحث الثاني فسنتطرق إلى أنواع الشروط المقترنة في عقد الزواج وأصل مشروعيتها، وفيما يلي تفصيل لذلك.

المبحث الأول : مفهوم الشرط ومعنى اقترانه بالعقد

عقد الزواج من بين العقود التي ترتب أحكاما على طرفي العقد، وهو يعد من بين أهم العقود التي حرص الشارع الكريم على تنظيمه وإحاطته بعدة أحكام لما يحمله من قدسية وأهمية بالغة في حياة العباد، فلا تتوقف أهمية العقد على المصلحة التي تحققها للأطراف المنشئة له بل إن أهميته تتجاوز ذلك إلى تحقيق المصلحة العامة التي يهدف الشارع إلى بلوغها من خلال إتاحة حرية التعاقد للأفراد عموما وذلك يكون تماشيا مع مقتضى العقد ، فمقتضى عقد الزواج يتمثل في الحقوق التي تثبت لكلا الزوجين على صاحبه بحكم العقد الذي يجمعهما، كحق الزوجة في النفقة.[1]

والشريعة الاسلامية لم تترك هذه الشروط مفتوحة على أهواء المتعاقدين، فأجازت شروطا ومنعت أخرى، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري، وذكره لبعض الشروط الجائزة مع مراعاة عدم مخالفتها للقانون.

ومن أجل ذلك تناولنا في هذا المبحث تعريف الشرط– لغة واصطلاحا – كمطلب أول، وكمطلب ثاني تناولنا فيه الشرط المقترن بعقد الزواج وبيان أوصافه .

المطلب الأول : تعريف الشرط

من خلال هذا المطلب سنقوم بتعريف الشرط تعريفا لغويا وتعريفا اصطلاحيا .

الفرع الأول: الشرط لغة.

الشرط هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والشرط بتحريك الراء : العلامة، والجمع أشراط نحو أشراط الساعة، والاشتراط : العلامة التي يجعلها الناس بينهم[2]، ومنه

[1] - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (طبقا لأحدث التعديلات)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 115.

[2] - ابن منظور (أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري)، لسان العرب، ج 29، مجلد 4 مصر، دار المعارف، دس، ص2235.

علامات الساعة لقوله تعالى :(فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلاَّ السَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ).[1]

تعني على شرح ابن كثير: أمارات اقترابها فكيف للكافرين بالتذكير إذا جاءتهم القيامة حيث لا ينفعهم ذلك.[2]

لذا يقال : شرط يشرط، بكسر الراء وضمها، إذا شرط على صاحبه أمرا، ويقال شارطه، فإذا اشترطت المرأة على زوجها أمرا في عقد النكاح، فقد ألزمته أمرا.

وعند النحاة: ترتيب أمر على أخر بأداة، وأدوات الشرط: الألفاظ التي تستعمل في هذا الترتيب مثل : إن ومن ومهما.[3]

الفرع الثاني: الشرط اصطلاحا.

الشرط عند الأصوليين: هو ما توقف عليه الشيء الذي جعل شرطا له ولم يكن جزءا من حقيقته.[4]

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

[1] - سورة محمد، الآية 18.

[2] - ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم، م ج 4، ط1 ، بيروت ، دار صادر، 1999، ص457.

[3] - على محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005 ص 9.

[4] - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998، ص84.

ويقول أبو البقاء الكفوي " الشرط ما يتوقف عليه الشيء فلا يكون داخلا فيه ولا مؤثرا". [1]

وعرفه الشوكاني بأنه: « وصف ظاهر منضبط يلزم من عدمه عدم المشروط، و لا يلزم من وجوده وجود المشروط و لا عدمه».[2]

من خلال ملاحظتنا لتعريفات الشرط المتنوعة نرى أن الفقهاء لم يختلفوا في بيان حقيقة الشرط إنما سعوا إلى تقديم تعريف جامع مانع للشرط لذلك كانت هناك تعريفات كثيرة من الفقهاء تصب في نفس المعنى، كما أن الشرط أنواع ، شرط شرعي وهو الذي يكون مشروطا بحكم الشارع كالشروط المكونة للعقود مثل: المهر والولي في عقد الزواج وهي شروط متقدمة على تكوين العقد أما النوع الثاني فهو الشرط الجعلي، وهو الشرط الذي يأتي طارئا على العقد ويكون بإرادة المتعاقدين الحرة . وقد قسم الفقهاء الشرط الجعلي إلى ثلاثة أنواع:

- **الشرط المعلق:**

إن التعليق على شرط كما تفيد تعاريف الفقهاء، هو: ربط حصول أمر بحصول أمر أخر، فهو عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقا ساري الحكم منذ صدوره، ويصاغ التعليق عادة بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين نحو" إن" و" إذا" و" متى" و" كلما"، ومثاله أن يقول الرجل للمرأة تزوجتك إن نجحت في الامتحان هذا العام، فتقول قبلت ذلك.[3]

وقد فرق الفقهاء بين حالتين في حكم هذه الصيغة هما:

[1] - إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق، ص 189.

[2] - علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، مرجع سابق، ص 10.

[3] - مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج1، ط2، دمشق، دار القلم، 2004، ص 573.

- أن يكون الشيء المعلق عليه الزواج غير موجود وقت العقد، وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد لأن الإيجاب يكون معلقا على شيء محتمل أو مستحيل الوجود في المستقبل.
- أن يكون الشيء المعلق عليه الزواج موجودا حال العقد، ومثال ذلك أن يقول الرجل للمرأة تزوجتك على مهر كذا فتقول قبلت إن رضي أبي، ويكون أباها حاضرا مجلس العقد ويوافق على المهر.[1]

- **الشرط المضاف:**

هو ما دلت صيغته على إنشائه من حيث صدورها، على ألا يترتب عليه حكمه إلا في زمن مستقبل معين، ومثاله: أن يقول تزوجتك غدا أو الشهر القادم، وتقول قبلت. وقد تكون الإضافة إلى زمن المستقبل ملحوظا، فيكون التصرف مضافا دون التصريح بالإضافة، كما في الوصية، فإن الوصية تقيد معنى الإضافة إلى ما بعد الموت.[2]

فإذا صيغت الإضافة بطريق التعليق على مجيء الزمن، واستعملت فيها بعض أدوات التعليق الشرطية اعتبرت تعليقا محضا لا إضافة، فهو يكون معلقا على مجيء الزمن المعين ومربوطا به ارتباط المشروط بشرطه.[3]

- **الشرط المقيد:**

وهو أن يقيد حكم العقد وأثاره، فيكون المقصود تعديل آثار العقد الأصلية، بإيجاب التزامات بين المتعاقدين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا، وسمي الفقهاء ذلك بالعقد المقيد للشرط أو المقترن بالشرط.[4]

---

[1] - حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، م ج 2، ط2، لبنان، مطبعة سامي، 2001 ص 60.

[2] - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر دس، ص 493.

[3] - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص577.

[4] - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 490.

نلاحظ هنا أن العقد هو مبرم ومنجز وليس معلق مرتبط بتحقق الشرط، كأن يزوجه بشرط ألا يخرجها من بلدها.

وعليه فإنه ليست جميع العقود والتصرفات القولية في نظر جمهور الفقهاء قابلة لكل نوع من هذه الشروط العقدية الثلاث: التعليق والإضافة والتقييد، فمن العقود والتصرفات القولية ما يقبل هذه الشروط جميعا فتصح عليه جميعا، ومنها ما يقبل بعضها دون بعض.

إن المعاوضات المالية، والتبرعات، والنكاح، لا تقبل التعليق ولا الإضافة مطلقا، بل يجب أن تعقد منجزة، فإذا علقت على شرط أو أضيفت إلى زمن مستقبل بطلت، حتى لو وجد الشرط المعلق عليه، أو جاء الزمن المضاف إليه لا ينعقد العقد، فلو قيل لامرأة بحضور الشهود تزوجتك اعتبارا من أول الشهر القادم وتم القبول، فهي ليست زوجة إذا حل الشهر المضاف إليه.[1]

ولأن عقد الزواج من العقود التي تفيد التمليك في الحال ولا تجوز إضافته إلى المستقبل، حيث أن مقتضى عقد الزواج هو حل الاستمتاع بين الزوجين فور إتمام العقد مباشرة دون انتظار زمن مستقبل لترتيب أحكامه.[2]

المطلب الثاني : الشرط المقترن بعقد الزواج وبيان أوصافه .

إن للشرط المقترن بعقد الزواج عدة أوصاف تميزه، وذلك من حيث الصيغة التي يرد بها، ومن حيث خصائصه التي تميزه عن غيره من المصطلحات المشابهة له، وكذلك من حيث أقسامه التي تختلف بحسب مصدره، وظيفته، وموقعه.

- **صيغة الشرط المقترن بعقد الزواج:** والمقصود بصيغة الشرط المقترن الأوضاع التي تصدر عليها هذه الصيغة، من حيث زمن إلتقاء الإيجاب والقبول، فإذا جاءت هذه

[1] - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 581.

[2] - حسن حسن منصور، المحيط في شرح الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 59.

الصيغة مطلقة عن أي قيد رتبة آثارها في الحال، أي دالة على إنشاء عقد الزواج في الحال، فهذا يكون عقد الزواج منجزا[1] ، وينعقد الزواج هنا بمجرد صدور الإيجاب متى استوفي العقد أركانه وشروطه المقررة شرعا، لأن الصيغة منجزة وهذه الصيغة الصحيحة لعقد الزواج، والتي ينبغي أن يأتي عليها في كل الأحوال[2] ، ولكن قد يحدث أن يرد عقد الزواج بصيغ أخرى.

- **تعليق عقد الزواج على شرط:**

وسنتناول فيه ما يلي إلى حكم أهم صور تعليق عقد الزواج على شرط:

- تعليق صيغة عقد الزواج على شرط محتمل أو محقق أو مستحيل الوجود في المستقبل : ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز تعليق النكاح على أحد الشروط الثلاث المذكورة، فيشترط لكي تكون صيغة عقد الزواج صحيحة، أن تكون منجزة دالة على وجوده على الفور، غير معلقة على شرط غير موجود وقت العقد، ويترتب على ذلك لو اشترط في النكاح تعليقه على شرط، فإن حكمه يكون فاسدا عند الحنفية[3]، وباطل عند الجمهور، فتعليق عقد الزواج على شرط، يعتبر شرط باطل في نفسه ، واقترانه بعقد الزواج يبطله لأن الزواج من العقود السامية والأبدية، يجب أن تصان من شائبة الاحتمال، والترجيح بين الوجود والعدم.[4]

[1] - بلتاجي محمد, في أحكام الأسرة، الزواج والفرقة، دار التقوى، ص219 .

[2] - بلتاجي محمد، مرجع نفسه، ص 219، وما بعدها.

[3] - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مطبعة الحلبي، 1986، ص367.

[4] - رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، ط1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2011، ص189.

- تعليق صيغة عقد الزواج على شرط محقق الوجود في الماضي والحاضر: يكون التعليق على الماضي أو الحاضر تعليق لفظي، لا تعليق حقيقي فهذا التعليق لا يضر.[1]

- تعليق صيغة عقد الزواج على مشيئة الله أو أحد المتعاقدين :

التعليق على مشيئة الله: إذا علق أحد المتعاقدين عقد الزواج على مشيئة الله قاصدا التبرك، أو أن كل شيء بمشيئة الله وإرادته، مصداقا لقوله تعالى: « تشاءون إلا أن يشاء الله».[2]

التعليق على مشيئة أحد المتعاقدين: إذا علق احد المتعاقدين انعقاد العقد على مشيئة الطرف الآخر، فقبل من له مشيئته في المجلس فإنه يجوز، لأن المشيئة إذا بطلت صار نكاحا بغير مشيئة، كما إذا قال: تزوجتك إن شئت. ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج إلى إبطال المشيئة بعد ذلك، الان القبول مشيئة.[3]

- إضافة صيغة عقد الزواج إلى زمن المستقبل: إن عقد الزواج هو العقد الذي تحل به العشرة الزوجية، ويقصد به الثبوت والدوام من أجل إنشاء أسرة لها ما يكفل حياتها ويحافظ عليها. ولقد أحاطت الشريعة الإسلامية هذا العقد بعناية خاصة، إذ لم تجعل لتعليقه على أمر متردد ووجوده بين الوجود والعدم مكانا، كما لم تجعل لتأقيته بمدة ينتهي بعدها اعتبارا، ومعنى إضافة صيغة عقد الزواج إلى زمن المستقبل ، عدو ابتداء العقد في الحال وإرجاعه إلى زمن المستقبل لكي تترتب آثار العقد عند حلوله إذن فهل يصح أن تضاف صيغة عقد الزواج إلى زمن المستقبل؟ كأن يقول رجل للمرأة: أتزوجك غدا، أو بعد شهر، أو إذا حل شهر شوال، أو في آخر العام، وتقول المرأة: أ قبل.

[1] - رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص190.

[2] - سورة الإنسان، الآية 30.

[3] - رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص196.

لقد اختلف الفقه حول هذه المسألة، ولكن ذهب الرأي الراجح إلى عدم انعقاد الزواج بالصيغة المضافة إلى أجل، لأن ذلك يخالف طبيعة عقد الزواج، الذي يجب أن يكون الإيجاب والقبول فيه قطعي لا احتمالي[1]، في أن يؤدي إلى إنشاء عقد الزواج في الحال باعتباره فوري وأحكامه لا تتراخى عن أسبابه، وذلك وفقا للمادة 9 من قانون الأسرة الجزائري[2]، والمادة 10 من مدونة الأسرة المغربية[3]، ولكن المالكية استثنوا من قاعدة عدم قبول النكاح لإضافة صورة واحدة، وهي أنه لو أضاف الأب نكاح ابنته إلى موته، وكان مريضا مرض الموت ، فيصح النكاح إذا مات منه، لأنه من وصايا المسلمين.[4]

- **خصائص الشرط المقترن بالعقد:**

إذا رجعنا إلى تعريف الشرط المقترن بالعقد، نجد أن له عدة مميزات وخصائص، تميزه عن غيره من الألفاظ المشابهة ، ومن أهم خصائصه وهي كالأتي: أنه أمر زائد على أصل العقد، أنه يرد في صلب العقد، أنه أمر مستقبلي، محتمل الوقوع، أن يكون مشروع.

- أمر زائد عن أصل العقد: إن عقد الزواج ينعقد بمجرد توفر أركانه وشروطه المنصوص عليها في المادة 9 و9 مكرر في التشريع الأسري الجزائري، والمنصوص عليها في المادة 10و13 من مدونة الأسرة المغربية ، فمثلا إذا اشترطت المرأة في عقد الزواج كفيلا لضمان المهر وقبل بذلك الزوج، فإن اشتراط الكفيل لضمان المهر أمر زائد لأن العقد ينعقد بدون هذا الشرط.[5]

[1] - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار، ج 5 ،ط2، دار الفجر، بيروت، 1996، ص256.

[2] - المادة 9 من ق.أ ج « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين».

[3] - المادة 10 من م.أ.م « ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا».

[4] - الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل، ج3 ، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن ص446، الدسوقي محمد عرفة ، حاشية الدسوقي، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، د،س.ن، ص224.

[5] - مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص.10.

- أمر يرد في صلب العقد: إن الشرط قد يتفق عليه قبل العقد ويسمى شرطا سابقا، وقد يتفق عليه أثناء العقد ويسمى شرطا مقارنا، وقد يحصل الاتفاق عليه بعد إنشاء العقد وإبرامه ويقال له الشرط اللاحق، ويجب أن يرد في صلب العقد أثناء العقد أو قبل العقد، أما ما يشترطه أحد الزوجين من شروط بعد انعقاد العقد ولزومه فلا يعتد به ولا يلزم الطرف الآخر لفوات محله.[1]
- أمر مستقبلي: يجب أن يكون الشرط المقترن بالعقد خاص بأمر مستقبلي، وغير موجود قبل إبرام العقد ولا وقت الإبرام، وذلك حتى يتمكن الطرف الملتزم من الوفاء به نحو الطرف الآخر وهو المشترط، فإذا كان الأمر المشترط واقفا بالفعل فلا فائدة من اشتراطه لأنه تحصيل حاصل. فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق إن كانت السماء فوقنا والأرض تحتنا فإنها تطلق في الحال.[2]
- أمر محتمل الوقوع: يجب أن يقترن العقد بشرط مقدور القيام به، أي ممكن الوقوع في المستقبل، لأن الشرط إذا كان مستحيلا، كان اشتراطه دليلا على عدم الرغبة في إتمام التصرف، ويكون العقد باطلا.[3]

وتكون الاستحالة مادية أو قانونية، أما الاستحالة المادية فتكون متى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقق الشرط، كتعليق الهبة على الطيران في الهواء دون طائرة، أو على عدم شروق الشمس في اليوم الموالي، أما الاستحالة القانونية فمناطها نص قانوني، حيث يعتبر الشرط مستحيلا إذا واجه عقبة قانونية حالة دون تحققه[4]، كالزواج من إحدى المحارم المادة 23 من قانون الأسرة الجزائري[5]، والمادة 13 من مدونة الأسرة المغربية.[1]

[1] - رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص.41.

[2] - طلافحة محمد عبد الله على، التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية، أطروحة دكتوراه في الفقه والأصول، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية 2004، ص.10

[3] - شادلي حسن علي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة، د.س.ن، ص. 61.

[4] - مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص.10.

[5] - المادة 23 من ق.أ.ج.أ « يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة »

- أمر مشروع: يجب أن لا يكون الشرط مخالفا لنص قانوني، أو مخالف للنظام العام والآداب العامة، لأن مشروعية الشرط تعتبر محض تقرير لمقتضى العقد، وهو في الحقيقة لازم دون أن يكون في حاجة إلى شرط، والحقيقة أن فكرة المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حد ذاتها، وإنما بالغاية المقصودة منها، وذلك لأن العمل المشروط قد ينطوي على عمل مشروع في حد ذاته، ولكن الغرض المقصود قد يكون غير مشروع كشرط عدم الزواج. فالأصل فيه أنه مشروع إلا أن الأمر متروك لإرادة الشخص، ولكن يصبح غير مشروع إذا كان من شأنه تقييد حرية الزواج، وكمثال على ذلك اشتراط الموصى على زوجته عدم الزواج بعد موته، فهذا الشرط غير مشروع، لأن غرضه حرمان الزوجة من حقها الطبيعي[2]، وعلى العكس من ذلك نجد القضاء أحيانا أخرى قد حكم بمشروعية الشرط، إذا كان الغرض من هذا الشرط هو جعل الزوجة تتفرغ للبيت والأولاد لتضمن معيشتها، كذلك من بين الشروط غير المشروعة شرط العزوبية، الذي يفرض على بعض مضيفات الطيران، وفي هذا الصدد قضت محكمة باريس ببطلان هذا الشرط، غير أنه في حالات أخرى أقر القضاء بتبرير هذه الشروط.

- **أقسام الشرط المقترن بعقد الزواج:**

إن للشرط المقترن بعقد الزواج عدة أقسام، إذا ما نظرنا له من عدة زوايا مختلفة:

- أقسام الشرط من حيث مصدره: إن هذا المنهج أخذ به الأصوليين، والذين قسموا الشرط من حيث مصدره إلى عدة أقسام.

الشرط القانوني: إن الشرط القانوني في اصطلاح القانون الوضعي، هو الشرط الذي يكون اشتراطه بحكم نص قانوني، كشرط الأهلية الذي نص عليه كل من المشرع الجزائري في

[1] - المادة 13 من م.أ.م: « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية - انتقاء الموانع الشرعية »

[2] - مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص.11.

المادة 78 من القانون المدني الجزائري[1]، والمادة 209 من مدونة الأسرة المغربية[2] ، وهذا النوع من الشروط ينقسم إلى عدة أقسام، وهي كالتالي:

- شروط الانعقاد: (العقل) في المتعاقدين فلا ينعقد عقد المجنون والصبي الذي لا يعقل والمغمى عليه، بل يقع باطلا باتفاق العلماء.
- شروط النفاد: كإذن الولي في زواج البنت القاصرة.
- شروط الصحة: كالصداق، الشاهدان.
- شروط اللزوم: كعدم الخيار باعتبار عقد الزواج عقدا أبديا[3]

الشرط الإرادي: هو الشرط الذي يشترطه أحد المتعاقدين على الآخر، أي هو الشرط الذي يرد على ألسنة المتعاقدين ليحقق مقصدا لأحدهما أو لهما معا، ولكن الشارع قيد الشرط الإرادي بحدود شرعيته وقانونية معينة، فليس للعاقد اشتراط أي شرط يريده، بل يجب أن لا يخالف حكم العقد وإلا عد شرطا لاغيا [4]، وينقسم الشرط الجعلي أو الإرادي من حيث مشروعيته إلى ثلاث أنواع:

- شرط لا ينافي الشرع بل هو ممكن للعقد، وذلك كما لو اشترطت الزوجة كفيلا لمهرها إذا كان مؤخرا، أو ذلك لضمان حصولها على حقها.
- شرط منافي لمقتضى العقد، كأن تشترط الزوجة على زوجها عدم معاشرتها
- شرط لا ينافي مقتضى العقد ويحقق مصلحة أحد المتعاقدين أو كلاهما، وهذا الشرط لا يقتضيه العقد، أي لا يعرف مدى ملاءمته أو عدم ملاءمته للعقد، كاشتراط المرأة على زوجها مزاولة عملها أو الاستمرار في دراستها.[5]

[1] - المادة 78 من ق.م. ج: " كل شخص أهل للتعاقد ما لم تطلب أهليته، أو يحد منها بحكم القانون".

[2] - المادة 209 من م. أ. م:"سن الرشد القانوني18 سنة شمسية كاملة".

[3] - بن سعد اليمني، مرجع سابق، ص.56.

[4] - رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص ص 52-54 .

[5] - مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص.16.

الشرط العرفي: إن هذا الشرط هو ما يتقيد به المتعاقدين، بناء على ما اعتاده الناس وما ألفوه من قول أو فعل، إذ أنه تكرر مرة بعد مرة، حتى أصبحت نفوس وعقول الناس تحس أنها ملزمة باحترامه، وكأمثلة عن الشرط العرفي في الدول الإسلامية، تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل بنسب مختلفة من دولة إلى أخرى، ولكن لكي يعترف بهذا العرف يجب توفر بعض الشروط منها:

- أن يكون العرف مصدرا أو غالبا.
- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها.
- أن لا يعارض العرف نص قانوني، ولا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية، ولا حكما ثابتا بحيث يكون العمل بالعرف تعطيل له.[1]

ولقد اختلف الفقه في مدى تقييد العقود والتصرفات بالشرط العرفي بين مؤيد ومعارض ، أما القانون الوضعي، فقد حسم الأمر بقاعدة إجرائية مفادها، أنه لا يؤخذ بأي شرط إلا إذا كان مقيد في العقد أو عقد رسمي لاحق، فمن يحرص على شرط معين فيجب عليه أن يحرص على كتابته في العقد، إذا كان راغبا فعلا في أن لا يفوته مضمون الشرط.[2]

ونظرا لأهمية هذه القاعدة الإجرائية في ضمان استقرار المعاملات والعقود، ولتفادي المنازعات أمام الساحات القضائية، فقررت معظم التشريعات العربية الأخذ بهذه القاعدة ومثاله المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري[3]، والمادة 47 من مدونة الأسرة المغربية[4] وذلك بتدوين المشارطات التي تتم بين الزوجين في عقد الزواج أو في عقد لاحق.

[1] - لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996، ص.44.

[2] - مسعودي يوسف، نفس مرجع سابق، ص17.

[3] - المادة 19 من ق.أ. ج: «للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون »

[4] - المادة 47 من ق. أ. م: « الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح».

- أقسام الشرط من حيث موضعه: قد يتخذ الشرط عدة مواقع، وذلك حسب وقت اتفاق أطراف العقد أو العلاقة على ذلك الشرط :

الشرط المتقدم: إن الشرط المتقدم هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه المتعاقدين قبل إبرام العقد، ولا يتطرقان إليه عند إبرام العقد لا من قريب ولا من بعيد، ويسمى أيضا بالشرط السابق.

- المالكية والحنابلة، ذهبوا إلى القول بالتحاق الشرط المتقدم بالشرط المقارن وتأثيره عليه.[1]
- الشافعية والإمام أحمد في رواية عنه، إلى أنه لا تأثير للشرط المتقدم على العقد، بل يكون مجرد وغير لازم الوفاء، لأن ما قبل العقد لغو فلا يلتحق به. [2]

وفي هذا الصدد قال ابن تيمية " في حالة ما إذا اشترط الزوج على زوجته عدم إخراجها من بلدها أو اشترطت عدم الزواج عليها، وكان الاتفاق على هذه الشروط واقفا قبل العق".[3]

أما عقد الزواج فجاء خاليا من هذه الشروط، فهل تكون هذه الشروط صحيحة ملزمة؟ فأجاب بأن هذه الشروط صحيحة وملزمة ما لم يبطلا هذه الشروط، مستندا في فتواه إلى أهمية الوفاء بالعهود التي نص عليها كتاب الله وسنة رسوله ويرى الإمام ابن القيم "بأن الراجح من هذه الأقوال هو التسوية بين الشرط المتقدم والمقارن، لان القول بعدم التسوية بينهما يفتح باب التحايل على الشروط المحرمة، حيث يتفق المتعاقدان على شرط غير مشروع قبل العقد، ثم يسكتا عنه عند إبرام العقد ليتما غرضهما غير المشروع، وعندئذ فلا

[1] - بن الطاهر لحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج3، ط1 ، مؤسسة المعارف، بيروت، 2001، ص75. المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح في الخلاف على مذهب الإمام أحمد،ط1،دار إحياء التراث العربي، بيروت،1997، ص51.

[2] - الشربيني بن شرف النووي، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،دار إحياء التراث العربي، د.س.ن، ص75.

[3] - ابن تيمية أحمد، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، دار العاصمة، د.س.ن، ص.68.

فائدة ترجى من التفرقة بين متماثلين، بسبب افتراقهما في تقدم اللفظ وتأخره مع استوائهما في الحقيقة والمعنى".[1]

ويتضح أن كل من المشرعين الجزائري والمغربي، قد أخذا برأي الشافعية والحنفية القاضي بعدم تأثير الشرط المتقدم على العقد، وهذا ما يظهر من نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، التي أباحت للزوجين الاشتراط في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق والمادة 47 من مدونة الأسرة المغربية وربما كان موقف المشرعين مبني على أنه بإمكان المتعاقدين أن يدونا الشرط السابق في صلب العقد، ومن ثم يصبح مقترنا به، وبذلك يأخذ حكم الشرط المقترن بالعقد، وهذا يقضي على التحايل الذي قد يهدفا المتعاقدان إليه.

الشرط المقارن: هذا الشرط يتم الاتفاق عليه وقت إبرام العقد، ويتم تدوينه في وثيقة الزواج، ولهذا سمي بالمقارن لأنه يدخل أثناء العقد مقارنا له، إذ انه ليس متقدم عن إنشاء العقد ولا متأخر عنه فهو شرط يرتب آثاره في العقد فلا خلاف فيه.[2]

فالشرط المقارن للعقد، هو الشرط الذي لا يعلق عليه وجود الشيء أو انعدامه، وإنما هو أمر زائد يضاف إلى الشيء، بحيث يقترن بالعقد بكلمة شرط كذا، أو على أن يكون كذا، أو بشرط أن، ويكون العقد المقترن بالشرط منجزا، وليس معلقا على شيء لأن معنى التقييد يدل على وجود الأمر المقيد. فالعقد المقترن بالشرط مقيد به، والشرط المقارن هو التزام جديد زائد على أصل العقد، ينشئه العاقدان ليزيدا أو يقويا التزامات العقد. كمثال قول الزوجة: أتزوجك على شرط أن تكون العصمة بيدي.[3]

الشرط المتأخر (اللاحق): وهو الشرط الذي يشترطه المتعاقدان بعد إبرام عقدهما، ولهذا سمي هذا الشرط بالمتأخر أو اللاحق، فبمجرد إبرام العقد والانتهاء منه تترتب عليه آثاره،

[1] - ابن القيم شمس الدين الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط ، 1 ، مكتبة الصفاء ، القاهرة، 2002، ص123 .

[2] - مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص21.

[3] - رشدى شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص. 56، وما بعدها.

فإذا اشترط أحد المتعاقدين شرطا على الآخر بعد ذلك، فقد اختلف الفقهاء حول حكم هذا الشرط ومدى تأثيره على العقد، ولكن الراجح من هذه الأقوال هو إلتحاق الشرط المتأخر بالعقد، لأن الإقرار بذلك يسمح للمتعاقدين بتحقيق منافع ومصالح مختلفة، قد يكون غفلا عنها وقت التعاقد بشرط أن يتم ذلك الشرط في عقد رسمي، ويعتبر ذلك تعديلا للعقد السابق.

وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، أما المشرع المغربي فلم ينص صراحة على هذا النوع من الشروط، ولكن إذا ما رجعنا إلى المادة 400 نجد أنها تحيلنا إلى الفقه المالكي والاجتهاد، في كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة[1]، والفقه المالكي اعتبر الشرط المتأخر شرطا يلتحق بالعقد مطلقا، سواء كان صحيحا أو فاسدا.

[1] - المادة 400 من م.أ . م « كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والإجتهاد الذي يراعي فيه الإيلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف»..

المبحث الثاني : أنواع الشروط المقترنة في عقد الزواج وأصل مشروعيتها

بعدما تناولنا سابقا مفهوم الشرط ومعنى اقترانه بالعقد ، ارتأينا في هذا المبحث تناول أنواع الشروط المقترنة في عقد الزواج وأصل مشروعيتها وذلك من خلال مطلبين جاء في المطلب الأول أنواع الشروط المقترنة في عقد الزواج ، وتطرقنا في المطلب الثاني للشروط في عقد الزواج بين المشروعية والحضر.

المطلب الأول : أنواع الشروط المقترنة في عقد الزواج

تقسم الشروط التي يتصور اشتراطها في أي عقد زواج من حيث وجوب الوفاء بها إلى نوعين ، النوع الأول من الشروط كان محل اتفاق بين الفقهاء على وجوب الوفاء به، أما النوع الثاني من الشروط فكان هو الآخر محل اتفاق فقهي على عدم وجوب الوفاء به لمشترطه نظرا لبطلانه ، وعلى هذا الأساس حتى نلم بهذه الشروط المقترنة بعقد الزواج سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نبين أولا الشروط الصحيحة كفرع أول، ثم الشروط الباطلة كمفرع ثاني.

الفرع الأول : الشروط الصحيحة

تنقسم الشروط الصحيحة المقترنة بعقد الزواج في المذاهب الفقهية إلى قسمين: القسم الأول الشروط الموافقة لمقتضى العقد، أما القسم الثاني فهي الشروط التي أجازها الشرع سنبين كل منهما على التوالي :

- **الشروط الموافقة لمقتضى العقد:**

تضم الشروط الموافقة لمقتضى العقد كل من الشروط التي يقتضيها عقد الزواج، والشروط الملائمة العقد الزواج والمؤكدة لمقتضاه، إضافة إلى الشروط التي جرى بها العرف عند الأحناف باعتبارها من الشروط الصحيحة.

- **الشروط التي يقتضيها العقد** : ينصرف معنى الشروط التي يقتضيها العقد إلى كل الشروط التي يوجبها عقد الزواج حتى ولو لم تذكر فيه بالنظر لكون أنها تعد حكما من أحكام عقد الزواج، وأثرا من أثاره، ومن ثمة فهي تجب بالعقد من غير حاجة إلى اشتراطها في الأصل، باعتبار أنها مقررة وثابتة بموجب عقد الزواج ذاته.[1]

ومن أمثلة الشروط التي يقتضيها عقد الزواج :

اشتراط الزوجة على زوجها الأنفاق، دفع المهر أو عدم تأجيله، المعاملة الحسنة، حسن المعاشرة، القسم بين الزوجات، عدم التقصير في حقوقها أو أي شرط من شأنه أن يضمن محافظة الزوج على الزوجة كاشتراطها أن لا يضارها في نفسها، ولا في مالها ...

اشتراط الزوج على الزوجة الطاعة، القرار في البيت، وعدم الخروج إلا بإذنه، أو خلوها من الموانع الشرعية فلا تكون زوجة للغير، أو أن لا تكون في عدتها وأن لا تصوم تطوعا إلا بإذنه، إذ قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا يحل للمرأة أن تصوم تطوعا، وزوجها شاهد إلا بإذنه" فجعل لها منعها ما يقربها إلى الله إن لم يكن فرضا عليه لعظيم حقه عليها، وأوجب الله عزوجل له لفضيلة عليها[2] أو اشتراط الزوج على الزوجة تمكينه من الاستمتاع بها، فهذا لا أثر له وجوده كالعدم.[3]

ونحو ذلك مما تتوقف عليه صحة العقد لكونه صحيح نافذ بطبيعته ومما يلزم الوفاء به إذ قال الرسول صلى الله عليه وسلم إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به

[1] - منصور بن يونس بن ادريس البهوتي: كشاف القناع عن متن الأقناع، دار الكتب العلمية، ج5، لبنان، ص 39.

[2] - محمد بن إدريس الشافعي: موسوعة الإمام الشافعي الأم، دار إحياء التراث العربي، ط1، 2000، لبنان، ص218.

[3] - اسحاق ابن مفلح الحنبلي: المبدع وشرح المقنع، دار الكتب العلمية، ط1، 1997، لبنان، ص 147.

الفروج. "[1] وقال ابن حجر في شرحه أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط، بابه أضيق.[2]

ولأن ما تم اشتراطه يثبت في الأصل بمطلق العقد بحيث يصبح جزءا لا يتجزأ من مقتضاها وبالتالي فالشروط لا تزيده إلا تأكيدا، وتذكيرا لا غير.

وحكم هذه الشروط أنها شروط صحيحة يجوز اشتراطها في عقد الزواج باتفاق الفقهاء (الحنابلة الإباضية–المالكية–الشافعية الحنفية – الظاهرية) لأنها لا تضر النكاح بشيء[3]، وعليه يتعين الوفاء بها، ويثبت فيها للزوجين خيار الفسخ عند الإخلال بها.

- **الشروط الملائمة لعقد الزواج والمؤكدة لمقتضاه** : 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.

وقد اعتبرت هذه الشروط صحيحة مقبولة خاصة وأنه لوحظ في كثير من الأحيان أن المرأة تخشى الاقتران بالرجل عند عدم وجود ضمان كهذا، فيكون مثل هذا الشرط بين مصلحة الزوجين معا، فيكون صحيحا، فكأن الشريعة الإسلامية قد سهلت بذلك الجمع بين الزوجين، اللذين قد يتوقف الجمع بينهما على هذا الشرط.، ومن أمثلة هذه الشروط : أن تطلب الزوجة كفيلا يضمن حقها في المهر، وأن يكون والد الزوج ضامنا للنفقة، والمهر كأثر من آثار عقد الزواج باعتبارهما يترتبان على الزوج، فاشتراط الكفالة بهما يؤكد حصولهما، ويحكم على هذه الشروط بالصحة، لجواز اقترانها بالعقد ، ومنه يتعين على الزوج الوفاء بها.

[1] - صحيح البخاري بشرح ابن حجر العسقلاني، كتاب الشروط، باب الشروط عند عقدة النكاح، ج5، السعودية ص396/ سنن أبي داود، حديث رقم 2139، دار الجنان، 1992، لبنان، ص 250.

[2] - صحيح البخاري بشرح ابن حجر العسقلاني كتاب النكاح ،باب الشروط في النكاح ، ج9، دار الريان ، السعودية ، ص 125.

[3] - ابن حزم ، مراتب الإجماع، دار ابن حزم ، ط1 ،1998، بيروت، لبنان، ص124.

وهذه الشروط صحيحة وجائزة باتفاق الفقهاء (الحنابلة المالكية –الحنفية –الشافعية– الإباضية) لأن من شأن إدراجها في العقد أن يزيد من ضمان الوفاء بالآثار المترتبة على عقد الزواج.

- **شروط جرى بها عرف** : يعتبر المذهب الحنفي المذهب الوحيد في المذاهب المضيقة لحرية الاشتراط في عقد الزواج الذي يعتبر العرف مصدر للشرط الصحيح، بخلاف باقي المذاهب الفقهية الأخرى كالمذهب الشافعي، الذي يرى أن العرف لا يمكن أن يؤثر على حكم شرعي.

وعلى هذا الأساس ارتأيت ذكره على وجه التخصيص لا العموم إذ ليست الشروط التي يجري بها العرف محل اتفاق واستقرار على صحتها بين المذاهب الفقهية على خلاف المذهب الحنفي التي يعتبرها من أقسام الشروط الصحيحة.

إذ يعتبر العرف في المذهب الحنفي المصحح للشروط التي تعتبر في الأصل مفسدة للعقد، فالعرف يؤدي إلى نفي النزاع مراعاة منهم للقاعدة الفقهية التي مفادها أن الثابت بالعرف، كالثابت بالنص، لكن بشرط تحكيم العرف إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه متى خالف العرف أصل من أصول الشريعة كان باطلا.

وهذا مرده إلى أن تعارف الناس على اشتراط الشروط في العقود بوجه عام هو صحيح معتبر، كتعارفهم على صور مخصوصة على الشروط في بعض العقود[1]، ولهذا اعتمد المذهب الحنفي على العرف لتوسيع حرية الاشتراط، وعليه متى جرى العرف بتعجيل المهر، واشترطته الزوجة كان لها ذلك.

- **الشروط التي أجازها الشارع :**

[1] - نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية، دار ابن حزم،ط1، 2003،لبنان، ص102.

تعد الشروط التي أجازها الشارع شروط ليست من مقتضيات العقد، أو مؤكدة لمقتضاه، لكن وردت بها نصوص شرعية تدل على اعتبارها، بمعنى أنها شروط ثابتة بالنص من الكتاب أو السنة أو الإجماع، أو ورد بها أثر من الشارع.

ومن أمثلة هذه الشروط: اشتراط الزوجة أن يكون الطلاق بيدها[1]، أو اشتراط التوارث بعد موت أحدهما، ...وغيرها من الشروط ، وهذه الشروط اتفقت المذاهب الفقهية (الحنابلة–الحنفية–الشافعية–المالكية الإباضية–الظاهرية) على صحتها، وعلى وجوب الوفاء بها.

وباعتبار أن المذهب الظاهري[2] يعتمد في الأساس على ظواهر النصوص، فإنه كان في مقدمة المذاهب الفقهية التي أكدت على هذا القسم من الشروط ، و بالتالي اعتبر الظاهرية أن كل شرط اشترطه الانسان على نفسه، أو لزوجته عهد باطل، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين، وإرادتهما، وإنما من ترتيب الشارع، وما لم يرد به حكم من الشارع فلا يترتب عليه أثر، ولا يعمل به. وحكم هذه الشروط أنها شروط صحيحة ،و الوفاء بها لازم باتفاق بين الفقهاء (الحنابلة، المالكية، الإباضية، الحنفية، الشافعية، الظاهرية).

الفرع الثاني : الشروط الباطلة

يراد بالشروط الباطلة كافة الشروط الغير صحيحة التي تخرج من دائرة القسم السابق الذي بيناه، بمعني كل شرط لا يعتبر من الشروط الموافقة لمقتضى العقد، ولم يجزها الشارع بموجب دليل يقضي بصحتها ،إذ تضم الشروط الباطلة قسمين شروط منافية لمقتضى العقد، وشروط ورد بها نهي من الشارع.

- **الشروط المنافية لمقتضي عقد الزواج:**

[1] - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة، 1998، مصر،ص102/أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر،ص102.

[2] - محمد المنتصر الكتاني، فقه ابن حزم الظاهري، الدار السلفية لنشر العلم،ط1، 1992، مصر، ص 1039.

ويراد بها كافة الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج لمناقضتها لمقتضى العقد ومقاصده ومن أمثلتها: بأن يشترط الزوج على زوجته أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها، أو يتزوجها بشرط إيثار ضرتها عليها في المبيت، وغيرها من الشروط ، أو اشتراط المرأة على زوجها أن لا تطيعه، أو تخرج من دون إذنه، أو أن لا يقسم لضرائرها ولا ينفق عليهن، ،أو أن يميزها على ضرتها في العدل والقسمة أو تشترط عليه أن ينفق على ولدها من غيره، أو نحو ذلك فهذه الشروط كلها منافية لمقتضى عقد الزواج وتتضمن اسقاط حقوق واجبة في الزواج.

أو لأنها تخل وتنافي المقصود الأصلي للزواج وهو المعاشرة الزوجية كأن يشترط الزوج على الزوجة عدم معاشرتها معاشرة الأزواج أو يتزوجها بشرط عدم التوارث، أو شرط عدم لحاق نسب الولد أو أي شرط ليس من مستلزمات العقد، أو إشتراط أحد الزوجين الخيار في عقد الزواج، باعتبار أن النكاح ليس فيه خيار الشرط، ولا خيار الرؤية، ولا خيار عيب:

- خيار الرؤية في عقد الزواج: إذا تزوج رجل امرأة دون أن يكون أحدهما قد رأى الآخر قبل الزواج فلا يملكان فسخ عقد الزواج بحجة أن له خيار الرؤية لأن الشارع أعطى لكل واحد منهما نظر الآخر قبل الزواج.
- خيار الشرط في عقد الزواج إذا تزوج رجل امرأة على شرط الخيار لمدة ما صح العقد وبطل الشرط فليس للمشروط له الخيار في أن يفسخ العقد في المدة لأن فائدة الشرط تتمحور في أن الإنسان يختار لنفسه المناسب من الاختيارين والذي كان يتعين عليه التأكد منه قبل الإقدام على الزواج باعتبار أن الفسخ أضراره وخيمة مقارنة لعقد البيع.
- خيار العيب في الزواج: و إذا تزوج الرجل المرأة و اشترط في العقد شفاهة أو كتابة جمال المرأة أو بكارتها أو سلامتها من العيوب أو اشترطت المرأة سلامته من الأمراض والعاهات فالعقد صحيح والشرط فاسد حتى إذا وجد أحدهما صاحبه على

خلاف ما اشترط فليس له الخيار في فسخ العقد وهناك حالات يثبت فيها للمرأة الخيار في فسخ الزواج .[1]

وحكم هذه الشروط البطلان في ذاتها ،إذ اتفقت المذاهب الفقهية (الحنابلة، المالكية، الإباضية، الحنفية، الشافعية، الظاهرية) على عدم صحتها.

- **الشروط المنهي عنها شرعا:**

وينصرف معنى الشروط المنهي عنها شرعا لكل الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تقوم النصوص على عدم شرعيته.

ومن الشروط التي تناقض النصوص صراحة أن تطلب المرأة طلاق ضرتها لتحل محلها، فهذا شرط يخالف صراحة ما جاء في السنة الشريفة لما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها".[2]

ومثل هذه الشروط أرشد الرسول صلى الله عليه وسلم بعدم الوفاء بها، وانطلاقا من ذلك متى ورد النهي عن الشرط بمعنى عدم إجازة أحكام الشرع له، كره الوفاء به للحديث النبوي الشريف لا يحل لإمرة تسأل طلاق ضرتها "[3]، هذا من جهة، ولأنها تحل حراما من جهة ثانية.

فهذا شرط باطل عند المذاهب باتفاق المالكية –الحنابلة ––الحنفية–الشافعية الظاهرية–الإباضية) يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى: "من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع أو النكاح أو الإجارة أو النذر أو غير ذلك شروطا تخالف ما

[1] - الحسن علي السمني: الوجيز في الأحوال الشخصية ، ج1، 1998، لبنان، ص 53.

[2] - رواه البخاري، كتاب الشروط، باب مالا يجوز من الشروط في النكاح، الحديث رقم2723، دار السلام ،ط1، 1999، السعودية، ص 445/محمد المنتصر الكتابي: تقريب فقه ابن حزم، دار تراثية للنشر، ط1، القاهرة، ص1048.

[3] - رواه البخاري، مرجع سابق ، ص 445.

كتبه الله على عباده ، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه، أو النهي عما أمر الله به ، أو تحليل ما حرمه ،أو تحريم ما حلله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود[1] لاستنادا لحديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "كل شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط.[2]

إلا أن أثر هذه الشروط غير صحيحة على عقد الزواج يختلف من مذهب الأخر إذ منها أي المذاهب الفقهية ما يبطل الشرط دون العقد، منها ما يبطل الزواج ككل بمعنى لا يقتصر فيها البطلان على الشرط فقط وهذا على اختلاف فقهي.

- أثر الشروط الباطلة على عقد الزواج في المذاهب الفقهية : وسنستهلها بالمذاهب المضيقة لحرية الاشتراط ونختمها بالمذاهب الموسعة لحرية الاشتراط .

الظاهرية : بالنظر إلى أن المذهب الظاهري يعد أكثر المذاهب تضييقا و تشددا في الشروط فإنه يعتبر أن كافة الشروط التي لم يرد بها نص من الكتاب أو السنة، أو الإجماع يدل على جوازها يجعل منها شروطا باطلة، كما أنه قد يكون لهذه الأخيرة تأثير حتى على عقد الزواج، إذ ورد في المحلى لابن حزم أن كل من اشترط ما نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عنه، فهو في الحقيقة شرط باطل، ومتى عقد عليه نكاح، كان النكاح بدوره باطل لقوله صلى الله عليه وسلم: "كل شرط ليس في كتاب الله باطل .[3]

مع التفرقة فيما إذا تم اشتراطه عند النكاح أو بعده على غرار شرط المرأة على الرجل طلاق ضرتها في نفس العقد، فهوعقد باطل مفسوخ، إذ أن هذا الشرط في الأصل باطل، وما دام عقد عليه النكاح ،كان النكاح بدوره باطل، أما إن شرط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح، ولها مهر المثل أو أكثر أو أقل منه، وفق ما اتفقا وتراضيا عليه، إذ اتفق الظاهرية في هذا

[1] - عمر سليمان الأشقر :أحكام الزواج ،دار النفائس،ط1997، 1، عمان، ص 181.

[2] - رواه البخاري، كتاب الشروط في الولاء، حديث رقم2729،مرجع سابق ، ص 446..

[3] - ابن حزم: المحلى بالآثار، دار الفكر، ج9، لبنان. ص 124.

الشأن على أن كل شرط اشترط على الزوج بعد تمام عقد النكاح، فإنه لا يضر النكاح شيئا، وإن كان الشرط فاسدا[1]، أما الشروط فكلها باطلة سواء عقدها بطلاق، أو بأن أمرها بيدها ،أو بالخيار كل ذلك باطل.[2]

الأحناف: يرى الأحناف أن مصير الشروط المناقضة لمقتضى عقد الزواج والمنهي عنها شرعا البطلان في حين يبقى عقد الزواج مرتبا لكافة آثاره، بمعنى أنه لا تأثير على الإطلاق لهذه الشروط الباطلة على صحة العقد كأصل عام ما لم يرد نص يقضي ببطلان الشرط والنكاح كما هو الحال بالنسبة لنكاح المتعة.

وقد مثل الأحناف لهذا النوع من الشروط الباطلة في المذهب الحنفي زيادة على الشروط التي أسلفنا بيانها عند التعريف بأقسام الشروط الباطلة اشتراط الرجل الطلاق للمرأة كأن يقول الرجل للمرأة أتزوجتك على أن تطلقي نفسك، ففي هذه الحالة يعد هذا الشرط فاسدا بخلاف ما إذا اشترطت المرأة أن يكون الطلاق بيدها، فإن الشرط يكون صحيحا ويعمل به، إذ لا يقبل منه أن يشترط بنفسه ما يختص به،

لما فيه من قلب النظم الطبيعية التي تخص الزوج بالطلاق وقد علل الحنفية ذلك على أنه ليس طلاق، وإنما يعتبر تفويض حق، فالطلاق حق يملكه الرجل بعد العقد، فله أن يتنازل عن حقه، ويفوض فيه الزوجة لإيقاعه متى شاءت، فهو تعجيل في التفويض ليس إلا، ومن هنا يجوز للزوج أن يعطيها هذا الحق.[3]

بإسقاطنا نفس الحكم السابق على اشتراط الزوجين الخيار، فإنه ينتج عنه بالتبعية بطلان الشرط، وصحة النكاح عند الأحناف، وعليه فمتى تزوج رجل امرأة دون رؤيتها، فليس له أي خيار بعد الرؤية، وإذا تزوج امرأة بها عيب، ولم يعلم به منذ البداية، فليس له الخيار

[1] - ابن حزم، مرجع سابق، ص 124.

[2] - ابن حزم ، مرجع سابق، ص517.

[3] - محمد سمارة: أحكام وأثار الزوجية، دار الثقافة، ط1، 2008، الأردن، ص 134.

فيما بعد عند علمه، باستثناء حالة إصابة الرجل بإحدى العيوب الخصاء–الجب العنة أين يثبت للمرأة الخيار خروجا على ما سبق قوله.

وحوصلة لما أسلفت ذكره يكون الحنفية استقروا على عدم وجوب الوفاء بكافة الشروط غير صحيحة "الباطلة" ، وعلى عدم تأثيرها على عقد الزواج رغم بطلانها.

الشافعية: يقسم الشافعية الشروط الباطلة إلى قسمين :شروط مخالفة لمقتضى العقد ، وشروط تخالف المقصود الأصلي للنكاح بمعنى تحظر ما أباحه الشارع.

بالنسبة للنوع الأول أي الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج فحكم هذه الشروط البطلان لكن هذا البطلان لا تأثير له على عقد الزواج، أما بالنسبة للنوع الثاني أي الشروط المخالفة للمقصود الأصلي للنكاح فهي شروط باطلة مبطلة لعقد الزواج.

ومن أمثلة الشروط الباطلة المبطلة لعقد الزواج في المذهب الشافعي:

- اشتراط الزوجة على زوجها أن لا يطأها أبدا، أو لا يطأها ليلا فقط، أو أن لا ينسب إليه الأولاد، أو أن لا يتوارثا ..فمثل هذه الشروط مبطلة للزواج في المذهب الشافعي لأنها تخل بمقصود الزواج لقوله صلى الله عليه وسلم تزوجوا الودود الولود فإني مباه بكم، الأمم يوم القيامة.[1]
- باشتراط الخيار في الزواج الذي يعد في المذهب الشافعي من الشروط الباطلة المبطلة للزواج، وإن كان للشافعية في هذا الصدد آراء، إذ أنهم اختلفوا في مسألة اشتراط الزوج لوصف ما، ثم بان عكسه، ونتج عن ذلك رأيان أو قولان للشافعية:

الرأي الأول: العقد صحيح ولا يثبت للمشترط الخيار وعليه إذا تزوجت المرأة رجلا على أنه بصفة فخرج بخلافها بعد الزواج كان العقد صحيحا، وخير المشترط بين القبول أو الرفض صح العقد.

[1] - محمد ناصرالدين الألباني: صحيح سنن النسائي، حديث رقم 1784، مكتبة المعارف، ط1، ، 1998، بيروت، ص 415.

الرأي الثاني: يثبت للمشترط الخيار ويعتبر النكاح باطل، لأن الصفة مقصودة كالعين، واختلاف العين، يبطل العقد فكذلك الصفة، فلم يصح كما لو أذنت في نكاح رجل على صفة، فزوجت من هو على غير تلك الصفة، ويجب عليه مهر المثل، إن تم الدخول، أما إذا لم يتم الدخول بها فلا شيء على الزوج، لأن بهذا الاشتراط منافاة لمقصود النكاح من اللزوم والدوام، وعقد النكاح مبناه على اللزوم، وفي اشتراط الخيار ما يخالف ذلك.[1]

والرأي الثاني هو الرأي المرجح في الفقه الشافعي.

- الشروط الباطلة المؤثرة على العقد ذاته التي تؤدي إلى بطلانه نظرا لمنافاتها لمقصود عقد الزواج، كما هو الحال بالنسبة لنكاح الشغار، ونكاح المتعة.[2]

المالكية: يرى المالكية أن الشروط المنافية لمقتضى العقد، أو التي تناقض النصوص صراحة كاشتراط المرأة طلاق ضرتها لتحل محلها تعد شروطا باطلة في المذهب المالكي، أما بالنسبة لأثرها على عقد الزواج فيفرقون بين اشتراطه قبل الدخول أو بعده ، وعليه إن وقع شرط منها فسخ العقد قبل الدخول، أما إن دخل بها مضى العقد، وألغي الشرط، وبطل المسمى، ووجب للمرأة مهر المثل .[3]

أما فيما يتعلق بمسألة اشتراط المرأة أن يكون أمرها بيدها والذي يعد شرطا صحيحا عند الأحناف فيرى المالكية أنه:

إذا علق أمر الطلاق بيدها على سبب، فإن كان السبب فعلا يفعله الزوج فهو جائز لازم للزوج مثل أن يشترط لها أنه متى ضربها، أو سافر عنها، أو غاب عنها فأمرها بيدها، أو بيد أبيها، وهنا نميز بين ما إذا كان أبو الزوجة اشترط على الزوج أن لا يغيب عنها مدة،

[1] - الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ج4، بيروت، ص 469/ اسماعيل أبا بكر البارمي ، أحكام الأسرة، دار الحامد، ط1، 2005، عمان، ص 109.

[2] - وهبة الزحيلي: الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، ط4، 1997، دمشق، ص6612.

[3] - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، 2010، الجزائر ، ص 149.

وإلا طلاقه بيدها أم للزوجة بحد ذاتها، لأنه كان الأب هو من اشترط الشرط، ومضت المدة، وهو غائب، وأراد الأب الأخذ بشرطها، وأبت الابنة ذلك يرى الامام مالك أنه ليس للأب أن يفرق بينهما، بل للزوجة أن تطلق نفسها حتى ولو بقيت لم تأخذ بالشرط حتى أتي زوجها من المغيب، فلها أن تأخذ بشرطها فتطلق نفسها. وكذلك الحال في حال ما إذا كان الالتزام على يمين بطلاق، كأن يحلف أن لا يتزوج عليها على أن يحدد نوع الطلاق المفوض أهو رجعي، أو بائن، أو أي طلاق شاعت فحينئذ يجب ذلك عليه، ويلزمه[1]، ذلك لأن هذه الشروط إن كانت مقيدة بتمليك، أو خلاف فهي لازمة عند مالك، وأصحابه.[2]

أما إن كان سببه فعل غير الزوج لم ينفذ، ولم يلزم الزوج، والنكاح جائز.

بمعنى أن هذا الشرط وإن كان صحيحا عند المالكية على غرار ما ذهب إليه الأحناف إلا أنه قد يكون في حالات ما شرط باطل لا تأثير له على عقد الزواج عند المالكية كما أسلفنا الذكر.

الإباضية: جاء في الفقه الإباضي أن الشروط المناقضة لمقتضى عقد النكاح باطلة لا يجوز اشتراطها ولا تأثير لها على عقد الزواج الذي يبقى صحيحا، فعن موسى بن علي رحمه الله أنه قال : ثلاثة لا يجوز فيها الشرط في النكاح: رجل تزوج امرأة، وشرط عليها أن لا ميراث لها في ماله، أو يعزل عنها عند الجماع، أو لا نفقة لها عليه، وشرط الله أولى من شرطه.

وعلى هذا الأساس ذهب فقهاء المذهب الإباضي[3] إلى القول : إن شرط أحد الزوجين على صاحبه أنه لا يطأ، فالشرط باطل، ومتى أراد الوطء منها كان له لأن عقد النكاح يوجب إباحة الوطء.

[1] - محمد يوسف الزرقاني : شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، لبنان، ص178.

[2] - أبو إسحاق ابراهيم بن عبد الرفيع :معين الحكام على القضايا والأحكام ،دار الغرب الإسلامي ، ج1، تونس، ص 187.

[3] - محمد بن يوسف أطفيش: النيل وشفاء العليل، مكتبة الارشاد، ط3، ج6، 1985، السعودية.

وإن شرط عليها أن لا يطأها، فطالبته المرأة بالوطء، فلها ذلك، ويلزمه أن يطأها، ويعاشرها بالمعروف، ولا ينفعه شرطه.

وكذلك إذا اشترط الزوج على الزوجة عند عقد الزواج، أن لا ينفق عليها، أو أن تنفق هي عليه، وتسكنه، أو تكسوه، أو حتى اشتراطه عليها أن تلد، أو أنها لا تلد مطلقا، وأن لا ترثه، أو يتزوجها بشرط حرمانها من المهر، أو أن لا يعدل بينها وبين ضرتها، وغير ذلك من الشروط التي تعد منافية لمقتضى العقد لأن من مقتضيات عقد النكاح لزوم النفقة على الزوج، والعدل بين الزوجات، والقوامة في البيت للزوج، فاشتراط ضدها يعد مناف لحقيقة عقد النكاح ومقصوده.

وعليه وباعتبار أن حكم هذه الشروط البطلان فإنه يتعين على الزوج حينها نفقتها، وكسوتها، وسكناها، وطلاقها بيده، وله وطؤها متى شاء، لأن هذه الشروط مناقضة لما أقره الله للزوجين، وبالتالي فكانت شروطا تحل حراما إذ أن الله أوجب وفرض النفقة على الرجل، وكذلك الطلاق فإنه في الأصل بيد الرجل، وفي تبادل الواجبات مناقضة لكلام الله، ومجيء بأمر ليس عليه الشرع، فهو رد إذ أن هذا الشرط أحل حراما لم يرد عليه حديث المؤمنون على شروطهم، وهذا بخلاف ما إذا تفضلت عليه الزوجة بشيء من حقوقها، فإنه لا مناقضة في ذلك بل تسامح وعفو.[1]

الحنابلة : استنادا للقاعدة الأصولية المعروفة التي تقتضي أن النهي عن الشيء إذا كان عائدا إلى المنهي عنه بذاته، أو عائدا إلى صفة متعلقة به لا يمكن أن تنفك عنه، فهو نهي بمقتضى البطلان، وأما إذا كان عائدا إلى صفة غير متعلقة به، ويمكن انفكاكها عنه فهو لا يقتضي بطلان المنهي عنه. تقسم الشروط المخالفة لطبيعة العقد إلى هذين القسمين، فما كان عائدا منها إلى معنى زائد عن العقد كالشروط التي تخالف مقتضى العقد ينبغي أن لا

[1] - محمد بن يوسف أطفيش ،مرجع سابق، ص 283.

تكون مؤثرة في بطلان العقد نفسه، وما كان عائدا إلى معنى مسكن في العقد نفسه، والذي يشكل إخلالا بالعقد نفسه، فيكون بذلك باطلا.[1]

وهذا هو التقسيم الذي اعتمده الحنابلة بالنسبة للشروط الباطلة والذي سنقتصر فيه على بيان مدى تأثيره على عقد الزواج فقط باعتبار أنه تم بيان أقسام الشروط الغير صحيحة سابقا :

– الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد: وهي تلك الشروط المناقضة لمقتضى العقد، وحكم هذه الشروط أنها شروط باطلة لأنها تنافي مقتضى العقد ،وتتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، وبالتالي فهي شروط غير معتبرة تبقي عقد الزواج صحيحا، لأن هذه الشروط تعود فقط لمعنى زائد في العقد، فهي غير لازمة بلزوم العقد، وبالتالي لا يشترط ذكرها، ولا يضر الجهل بها، فلم تبطل عقد الزواج، كما لو شرط في العقد صداقا محرما، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد.

وهذا استنادا لما نص عليه أحمد بن حنبل في رجل تزوج امرأة، وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجعت، وقالت لا أرضى إلا ليلة وليلة، فقال: لها أن تنزل بطيب نفس منها، فإن ذلك جائز، وإن قالت لا أرضى بالمقاسمة كان ذلك حقا لها تطالبه إن شاءت.[2]

– الشروط الباطلة المبطلة للعقد: وهي تلك الشروط التي ورد النهي عنها بالشرع بنص مخصص، والتي قد تناقض مقتضى العقد، كأن كانت تنقص الحقوق، والواجبات التي تعد من النظام الشرعي في النكاح، مما يؤدي لإبطال النكاح في أصله.

ومن أمثلة الشروط الباطلة عند الحنابلة: اشتراط تأقيت الزواج، "زواج المتعة"، أو أن يطلقها في وقت بعينه، أو أن يعلقه على شرط مثل أن يقول: زوجتك إن رضيت أمها، أو فلان، أو

[1] - محمد سعيد رمضان البوطي: محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، ط2، 1999، دمشق، ص 85.

[2] - ابن قدامة ، المغنى والشرح الكبير ،دار الحديث، ط1 ، ج9، 1996، القاهرة، ص 296.

بشرط الخيار في النكاح لهما ،أو لأحدهما فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح[1]، نكاح الشغار، ونكاح التحليل، وكذا اشتراط الزوج في عقد النكاح أن لا تحل به المتعة الزوجية، إذ يبطل العقد بهذا الشرط لأنه لا يبقى مع الزواج معنى، بل يكون كالعقد الصوري، على خلاف لو شرط عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي، أين يصح النكاح، ويلغو الشرط لأنه ينافي مقتضى العقد، إذ لا يعقل أن يكون الاستمتاع حلالا بالعقد، وممنوعا بالشرط، وإنما لم يبطل العقد هنا، لأن غايته الشرعية وهي حل المتعة الحاصلة، ومتفق بين الطرفين على ثبوتها، والشرط المذكور أمر زائد غير جائز، فيلغي دون العقد.

المطلب الثاني : الشروط في عقد الزواج بين المشروعية والحضر

من خلال هذا المطلب سنتعرف على الشروط من حيث تقسيمها بين المشروعية والحظر في الكتاب والسنة مع بيان أو ذكر موقف المشرع الجزائري.

الفرع الأول: الشروط المشروعة

يتمثل أصحاب هذا الرأي أساسا في مذهب الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وطائفة من فقهاء المالكية وحسب أنصار هذا الرأي أن الأصل في الشروط والعقود الصحة والإباحة فهم يطلقون إرادة الإنسان ويعطونه حرية واسعة في هذا الباب ولا يحرم ويبطل من شروط عندهم إلا ما دل على تحريمه وإبطاله في الكتاب والسنة أو إجماع صحيح أو قياس معتبر.

فالشرط الغير صحيح يعتبر استثناء عندهم. حيث توسعوا في الأخذ بمبدأ حرية التعاقد وإنشاء الشروط التي تحقق مصالح الناس وتفي بأغراضهم إلا إذا قام الدليل على المنع فعندئذ لا يلزم الوفاء بها. فهم يمنعون من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص أو ما ينقص حقوق و واجبات أحد الزوجين التي تعد من النظام الشرعي في الزواج.

[1] - ابن قدامة: المغني، ج9، 1999، السعودية، ص 488.

كاشتراط الزوج تأقيت النكاح أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية. وأجازوا اشتراط كل شروط التي من شأنها أن تحقق مصلحة أو منفعة لكلا الزوجين أو لأحدهما بشرط أن لا يتنافى مع مقاصد الشريعة. واستند أصحاب هذا المذهب على حجج وبراهين من السنة والكتاب:

- من القرآن الكريم : قال الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۗ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ)[1]

وتعني وجوب الوفاء بما أحل الله من عقود وعهود[2]، كم أن أمر الله تعالى الوفاء بالعقود دليل على جوازها، فالله لا يأمرنا بالوفاء بما لا يجوز الإقدام عليه. واستدلوا بجملة من الآيات الأخرى توجب الوفاء بالعهود و تحرم الغدر فيها ومن أمثلة هذه الآيات : (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا)[3] (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون)[4] (ومن أوفي بما عاهد عليه الله فسيؤتيه أجرا عظيما)[5].

ووجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة أن الله سبحانه و تعالى أوجب الوفاء بالعهود و الوعود و حرم الغدر فيهما.

- **من السنة النبوية الشريفة** : استدلوا بمجموعة من الأحاديث الواردة من الرسول صلى الله عليه وسلم من بينها قوله : «أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به من الفروج»[6] وقوله كذلك « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما»[7] ووجه الدلالة من الحديث الأول أن الشروط التقييدية ي عقد

[1] - سورة المائدة ، الآية 1.
[2] - محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص5.
[3] - سورة الإسراء، الآية34.
[4] - سورة المؤمنون ، الآية 8.
[5] - سورة الفتح، الآية 10.
[6] - البخاري، صحيح البخاري، باب الشروط في النكاح، ج6، دار الفكر، بيروت، 1981، ص138.
[7] - الترمذي (أبي عيسى)، الجامع الصحيح سنن الترمذي، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، ص416.

الزواج هي أحق بالوفاء من غيرها، ولا فرق من أن تكون مرتبطة بالآثار المالية للزواج أو غيرها من الشروط التي تحقق مصالح الزوجين المشروعة، وبالنسبة للحديث الثاني فهو يدل على أن المشترط يقف ويلتزم بشرطه ما لم يكن فيه إبطال الحكم الله أو إسقاط لما أوجبه.

الفرع الثاني: الشروط المحظورة

يتمثل أصحاب هذا الرأي في مذهب الظاهرية ويتق معهم كل من الحنفية والمالكية والشافعية يتمسكون أصحاب هذا الرأي بنظرية مقتضى العقد، التي تعتبر أن الأحكام والالتزامات التي يكون العاقد مكلفا بها هي محددة من قبل الشارع دون الحاجة الى اشتراطها من قبل العاقد الأخر وذلك كالتزام الزوج بدفع المهر والنفقة، لهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه وصحته لأن الأصل في العقود والشروط بالنسبة لهم هو الحضر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من الكتاب أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس على الإباحة .

وتقوم نظرية مقتضى العقد على أساس أن إرادة الزوجين الزوجين لا تنشئ عقدا بقدر ما تحقق انضمامها إلى النظام القانوني بحيث تقتصر إرادتهما في الرغبة والاتجاه نحو إبرام عقد الزواج وليس لهما مناقشة أو تعديل أثاره. وفي هذا تغليب المصلحة المجتمع على المصالح الخاصة للأفراد وتحقيق استقرار النظام العام.[1]

وتجدر الإشارة هنا الإشارة على أن الحنفية والمالكية والشافعية اتفقوا مع الظاهرية على أن الأصل في الشروط هو الحصر، غير أن الحنفية اتفقوا مع الشافعية في استثناء الشرط الملائم المقتضى العقد. أما المالكية فلم يشترطوا الشرط الصحيح أن يكون من مقتضيات العقد، وإنما قروا أمرا مغاير وهو تصحيح كل شرط به منفعة لأحد المتعاقدين

[1] - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص72.

شريطة أن لا يكون مناقضا للعقد[1] وقد استدل هذا الاتجاه كذلك بمجموعة من الحجج والبراهين من القرآن والسنة.

- **من القرآن الكريم.**

(ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون)[2] ، وقال كذلك : (ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه)[3] وفي أية أخرى (اليوم أكملت لكم دينكم)[4] ووجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة أن من يتعدى حدود الله يعد ظالما ومن ثم فان من اشترط شروطا لم يرد فيها دليل على جوازها يكون تخطي لحدود الله ومخالفة لشرعه، فهذه الشروط لا يجب الوفاء بها. ثم أن الله سبحانه وتعالى أكمل الدين وأتمم الشريعة فجاءت شاملة لكل ما يحتاجه العباد في الدنيا والآخرة ولهذا فان إحداث أي عقد أو تصرف أو إضافة شروط إلى عقد الزواج يكون زيادة على الدين وخروجا عنه لا يصح ذلك. ويقول ابن حزم الظاهري ".... إن الله تعالى إذا حرم بالنص شيئا فحرم إنسان شيئا غير ذلك، قياسا على ما حرم الله تعالى، أو احل بعض ما حرم الله قياسا، أو أوجب غير ما أوجب الله تعالى قياسا، أو أسقط بعض ما أوجب الله تعالى قياسا فقد تعد حدود الله تعالى فهو ظالم بشهادة الله تعالى عليه بذلك.[5]

- **من السنة النبوية الشريفة:**

يقول النبي صلى الله عليه وسلم: (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد)[6] والحديث يدل على أن من يعقد عقد أو شرط لم يرد به النص الشرعي يكون خارجا عن أمر الشرع فيقع باطلا. أي إذا تم التعاقد بعقد أو بشرط لم يرد في الشريعة يكونوا إما أحلوا أو

[1] - أحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد و أثرها في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص ص 72-74.

[2] - سورة البقرة، الآية 229.

[3] - سورة الطلاق، الآية 1.

[4] - سورة المائدة، الآية 3.

[5] - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المجلد الثاني، دار الحديث، مصر، 1984، ص 500.

[6] - صحيح مسلم، كتاب الأقضية، حديث رقم 1718، مرجع سابق، ص 722.

حرموا غير ما شرعه الله. ويقول ابن حزم بخصوص هذا الحديث " فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزامه، إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه".[1]

وعن عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق) ووجه الدلالة من الحديث أن كل شرط لم يرد دليل معين على صحته في كتاب الله فهو باطل ولا أثر له لأنه خارج عن حكم الله وشرعه فلا يجوز اشتراطه ولا يحل الوفاء به.

ومنه نلاحظ أن أهل الظاهرية مقيدون لسلطان الإرادة وحريتها في الاشتراط وتحديد أثار العقود فلا يمكن إنشاء عقد أو إبرام مشارطات لم يرد النص على جوازها أو إباحتها.

من خلال الآراء والأدلة المطروحة من كلا الطرفين نرى أنه كلما أخدنا بالتوسع في الأدلة إننا نقترب من الرأي القائل بحرية الاشتراط فكانت أراء وأدلة مقنعة لأن الشرط عند العقد من باب العهد وسمة المسلم الوفاء بالعهود ومما يزيد في وجاهة هذا الرأي فالأمر مقصور على دائرة الشروط الصحيحة ثم إن القول بحظر الاشتراط يجعل من الشريعة الإسلامية جامدة وعاجزة عن مواجهة ما يستجد في شؤون المعاملات والزواج ومواجهة التغيرات وهذا يناقض ميزة أساسية تتمتع بها الشريعة الإسلامية؛ وهي صلاحيتها لكل زمان ومكان.

وبالتالي ما ذهب إليه الحنابلة من الأصل في العقود الإباحة هو المسلك السليم لتوافقه مع تحقيق مصالح الأفراد ما لم يتعارض ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال نصوص قانون الأسرة التي تنص على الشروط المقترنة بالعقد

[1] - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، 1992، ص199.

نرى أنه قد سار على خطى المذهب الحنبلي في إباحته للشروط الصحيحة والتي لا تخالف مقتضى العقد وأوجب الوفاء بها.

كما أنه أجاز الشروط المعتبرة التي بها منفعة للطرفين أو لأحدهما من خلال نصه في المادة 19 من قانون الأسرة على نوعين من هذه الشروط ليس على سبيل الحصر و إنما لأهميتهما في الوقت الحالي وهما شرط عدم التعدد وعمل المرأة.

من محاسن التشريع أنه نظام واقعي يتوافق مع واقع الإنسان وضرورياته، وحاجياته ويعمل على حماية حقوق الأفراد دون تمييز الجنسين سواء كانوا ذكورا أو إناث خاصة في عقد الزواج الذي أعطاه الإسلام مكانة عظيمة من بين كل العقود.

من بين هذه الحقوق إقرار حق الزوجين في تضمين عقد زواجهما بشروط تحقق مصلحتهم معا، أو أحد منهما وبموافقة الطرفين على ذلك، وعليه فإن اقتران صيغة العقد بهذه الشروط تصبح جزءا منه وتؤدي إلى التأثير فيه من خلال الحكم الذي يرتبه هذا الشرط على العقد من تقييده ولزوم الوفاء به، وثبوت الخيار لصاحب الشرط في فسخ العقد عند عدم الوفاء به، وهذا التأثير يختلف باختلاف الشرط المقترن به[1] ومدى تأثيره على صحة العقد.

[1] - علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط مرجع سابق، ص109.

الفصل الثاني

القيود والآثار للاشتراط

في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لم تبق مسألة الاشتراط على إطلاقها، بل وضع لها الفقه الإسلامي قيود شرعية تتمثل في عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، ووضع لها قانون الأسرة الجزائري قيود قانونية تتمثل في عدم منافاة أحكامه هذا من جهة، ومن جهة أخرى هناك تترتب على الاشتراط في عقد الزواج مجموعة من الأثار، وهو ما سنتطرق إليه في هذا الفصل من خلال مبحثين، خصصنا المبحث الأول للقيود الواردة على حرية الاشتراط في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، أما في المبحث الثاني فتناولنا أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: القيود الواردة على حرية الاشتراط في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

لقد سمح الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري للزوجين بتضمين عقد زواجهما بشروط تحقق مصلحة أحدهما أو كلاهما، لكن لا يعني ذلك مطلق الحرية في الاشتراط، بل تخضع هذه الشروط لقيود يجب أن لا يتخطاها الزوجان وينتبها لمدى صحتها، وبيانا لهذه المسألة نتناول في المطلب الأول القيود الواردة على حرية الاشتراط في الفقه الإسلامي، ثم نعرج إلى المطلب الثاني والذي جاء موسوم بأثر الاشتراط في عقد النكاح في القانون.

المطلب الأول: القيود الواردة على حرية الاشتراط في الفقه الإسلامي

من محاسن التشريع الإسلامي أنه نظام إيجابي وواقعي يتوافق مع واقع الانسان وضروراته، ويحرص أشد الحرص على ضمان حقوق الأفراد دون تمييز بين الجنسين ذكورا كانوا أو إناثا وبالأخص في عقد الزواج، حيث أباحت الشريعة الإسلامية الاشتراط في عقد الزواج وذلك مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم " أحق ما أوفيتهم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج ".[1]

غير أن إباحة الاشتراط في عقد الزواج ليست على إطلاقها، ولهذا فقد حدد الشارع لهذه الشروط القيود التي يجب ألا يتجاوزها المتعاقدان وإلا كانت باطلة، إذ لا يمكن تقصي هذه القيود إلا من خلال الإحاطة بموقف الفقه الاسلامي في مسألة اقتران الشروط بعقد الزواج، لكن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في استنباط هذه القيود، وتعددت بذلك مذاهبهم وآراءهم واختلفت سعة وضيقا، فهناك من يقول بأن الأصل في الاشتراط الإباحة وهناك من يقول أن الأصل في الاشتراط الحظر وهو ما سنبحثه في ثنايا هذا المطلب.

[1] - صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، مرجع سبق ذكره، ص 375.

الفرع الأول: الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة

وبه قال جمهور الفقهاء، ومفاده أن الأصل في الاشتراط في عقد الزواج هو الإباحة والجواز، لكن ليسوا على درجة واحدة وهو ما روي عن عمر بن الخطاب وبعض الصحابة والتابعين وهو مذهب الحنابلة والأوزاع وإسحاق وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

إن الاجتهاد الحنبلي لم يفرق بين عقد الزواج وغيره من العقود فيما يتعلق بحرية إنشاء الشروط متى تم ذلك ضمن الحدود الشرعية، فأجاز للزوجين أن يتشرطا في عقد الزواج كل الشروط التي من شأنها أن تحقق مصلحة أو منفعة لكلا الزوجين أو لأحدهما، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية من عقد الزواج، و من أمثلة الشروط الجائزة عند الحنابلة اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدتها، أو اشتراط أحد الزوجين في الآخر صفة مقصودة كالجمال أو أن يشترط الرجل البكارة، وبخصوص هذا الشرط فقد سئل الشيخ أحمد حماني عن حكم الشريعة في الرجل الذي يتزوج بامرأة على أساس أنها بكر وأثناء الزفاف يجدها خلاف ذلك، فأجاب بأنه إذا كان الزوج قد شرط لها أن تكون عذراء، فوجدها غير ذلك ثبت له الخيار بشرطه.[1]

وزيادة على هذه الشروط أجاز للمتعاقد المشترط فسخ النكاح متى خالف الزوج الأخر الشرط المتفق عليه، على أن الحنابلة يمنعون من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص، أو ما ينقص الحقوق والواجبات التي تعد من النظام الشرعي في النكاح، كما لو اشترط الزوج تأقيت النكاح، أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية، أو اشترطت الزوجة عدم استمتاع الزوج بها.[2]

أدلة هذا الرأي :

[1] - أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج 1، منشورات قصر الكتاب، د.س.ن، ص359.

[2] - مصطفى الزرقاء، مدخل للفقه العام، دار القلم، دمشق، ج 1، ط 2، 2004، ص 488.

استنل المبيحون للشروط في عقد الزواج بأدلة وحجج وذلك من الكتاب ومن السنة فيما يلي:

- من الكتاب استدل أصحاب هذا الرأي بالآيات الكريمة التالية: قال الله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعهود...)[1]، وقوله تعالى: (... وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئول...)[2]، وقال الله تعالى: (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون)[3]، وقوله تعالى: (... ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسيؤتيه أجرا عظيما)[4].

ووجه الاستدلال أن وجه الدلالة من الآيات الكريمة أنها توجب الوفاء بما أحل الله من عقود وعهود[5]، وحفظ الأمانة وحرم الغدر فيها، بمعنى يا أيها الذين إلتزمتم بإيمانكم أوفوا بأنواع العقود والعهود، لأن في القيام بذلك إظهار لطاعة الله.

وحاصل الكلام أن الله أمر بأداء التكاليف فعلا وتركا، جاء الخطاب بلفظ الإيمان والتكريم والتعظيم على وجوب الوفاء بكل عقد وعهد سواء كان بين الإنسان وربه، أو بين الناس فيما بينهم[6]، بشرط أن تتوافق أحكام العقد مع كتاب الله وسنة رسوله، وكل ما يصدق عليه اسم العقد فهو واجب الوفاء به حتى يقوم الدليل على التحريم والبطلان.[7]

وقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود أمرا عاما من غير تعيين، و كذلك أمر بالوفاء بكل ما عقده المرء على نفسه، وفي هذا المعنى يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كان فيه خصلة منهن، كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، و إذا خاصم فجر).[8]

---

[1] - سورة المائدة، الآية 01.

[2] - سورة الإسراء، الآية 34.

[3] - سورة المؤمنون، الآية 08.

[4] - سورة الفتح، الآية 10.

[5] - محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، مجلد 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص 05.

[6] - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج 1، شركة الشهاب، الجزائر، د س ن، ص226.

[7] - الشوكاني، فتح القدير، ج 2، دار الأرقم، بيروت، د س ن، ص 06.

[8] - رواه البخاري، كتاب الإيمان، باب علاقة المنافق، ح رقم 34، ص339.

فقد ذم عليه السلام الغادر، وكل من شرط شرطا ثم نقضه فقد غدر، فقد دل الكتاب والسنة على الوفاء بالعهود، والشروط والمواثيق والعقود، ولو كان الأصل الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يأمر بها مطلقا، و يذم من نقضها، وغدر مطلقا.[1]

فالله لا يأمرنا بالوفاء بما لا يجوز الإقدام عليه، ولو كان الأصل في العقود والشروط الحظر والمنع إلا ما أجازه الشارع كما قال بذلك الظاهرية لما وجب أن يؤمر بالوفاء بها مطلقا وبصفة عامة لا تخصيص فيها ولا قيود عليها.

فلا فرق في الوفاء بالشروط من أن يكون العقد باتا منجزا أو أن يكون مضافا، أو عقدا معلقا، طالما أن مضمون العقد لا يتنافى مع مقاصد وأحكام الشريعة الإسلامية.[2]

ويجب الوفاء بالشرط بين المتعاقدين، لكونه ارتبط بذمتهما وقيمت بها أحكامه، ولهذا فالوفاء به نوع من الوفاء بالعهد.

- من السنة : استدل المبيحين للاشتراط بجملة من الأحاديث الواردة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم منها : قوله صلى الله عليه وسلم : (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا، أو أحل حراما ، المسلمون عند شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما).[3] وقوله صلى الله عليه وسلم: (أحق ما أوفيتهم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)،[4] فإذا لم تناقض هذه الشروط الشرع يكون الوفاء بها واجب بنص الحديث.

وجه الاستدلال: وجه الدلالة من الحديث الأول أن المشترط ليس له إباحة ما حرم الله بإدراج شروط باطلة وإلا سيكون اشتراطه خروج عما أوجبه الله، وكذلك ليس له اسقاط ما

[1] - أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، الملكية و نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، لبنان، ص 450.

[2] - رشدي شحاتة، مرجع سبق ذكره ، ص 96.

[3] - البخاري، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة، المسلمون عند شروطهم، الجامع الصحيح، ج 2، ص 135.

[4] - البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، مرجع سبق ذكره، ص375.

أوجبه الله، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجب في غياب الاشتراط، فمقصود الشروط، وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما، في ظل جواز الاشتراط.

ووجه الدلالة من الحديث الثاني أنه أوجب الوفاء بكل شرط تم اشتراطه في عقد الزواج[1]، ولو لم يكن له نص خاص أو دليل خاص، لأن ما لا دليل له من الشروط يكون دليله هذا الحديث بمقتضى عموم لفظه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به.

الفرع الثاني: الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الحظر

يمثل هذا الرأي مذهب الظاهرية وهم أتباع داوود بن على وابن حزم الأندلسي، إضافة إلى رأي كل من الحنفية والمالكية والشافعية الذين يتمسكون بظاهر النصوص ويقفون عندها.[2]

فإرادة الإنسان حسب هذا الرأي لا تنشئ من العقود والشروط إلا ما نص الشارع على إباحته، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك إنشاؤه، وإن فعلته كان باطلا.

فهذه المذاهب تتفق مبدئيا على أن الأصل في الاشتراط الحظر ويتمسك أصحابها جميعا بهذا المبدأ إجمالا، وإن اختلفوا في التفصيلات.[3]

بمعنى أن 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 وصحته.[4]

[1] - محمد أبو زهرة ، مرجع سبق ذكره، ص 159.

[2] - فاطمة حداد، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع، ص244.

[3] - عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط 6، د س ن، بيروت، لبنان، ص 393.

[4] - كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع ، تونس ، 1983 ، ص18.

فالشروط الجائزة هي التي توافق مقتضى العقد وتلائم حكمه، أو التي يدل على مشروعيتها دليل معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية.

أدلة هذا الرأي: استدل أتباع ابن حزم الظاهري بجملة أدلة من الكتاب والسنة نتطرق إليها فيما يلي:

- من الكتاب قال الله تعالى: (ومن يتعد حدود الله أولئك هم الظالمون).[1] وقوله تعالى: (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا)[2]، وقال الله تعالى: (ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا ".[3]

ولهذا جاءت الشريعة الإسلامية شاملة لكل شيء، وقد تكفلت بما يحقق مصالح الأمة، على أساس من العدل وخاصة العقود، فليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من عقود وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة، ويكون ذلك من باب التعدي لحدود الله و الزيادة في دينه.[4]

وجه الاستدلال: إن وجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة، أن الله سبحانه وتعالى بين أن من يتعدى حدوده يكون من الظالمين، فإذا ما اشترط شروطا لم يرد بها دليل معين يكون قد تعدى حدود الله سبحانه وتعالى وجاوز شرعه، وأن الله سبحانه وتعالى أكمل الدين وأتم الشريعة، فجاءت شاملة لكل ما يحتاجه العباد في الدنيا والآخرة، ولهذا فإن إحداث أي عقد أو تصرف أو إضافة شروط عقد الزواج يكون زيادة على الدين وخروجا عنه فلا يصح ذلك.

ويقول ابن حزم الظاهري: (... أن الله تعالى إذا حرم بالنص الشرعي شيئا، فحرم إنسان شيئا غير ذلك، قياسا على ما حرم الله تعالى، أو أحل بعض ما حرم الله قياسا، أو

[1] - سورة البقرة، الآية 229.

[2] - سورة المائدة، الآية 03.

[3] - سورة الطلاق، الآية 01.

[4] - عبد الكريم زيدان، مرجع سبق ذكره ، ص 393.

أوجب غير ما أوجب الله تعالى قياسا، أو أسقط بعض ما أوجب الله تعالى قياسا، فقد تعد حدود الله تعالى فهو ظالم بشهادة الله تعالى عليه بذلك).[1]

ويقول الظاهرية أيضا: (إنه لا يعتبر من الشروط إلا ما ورد النص بإثباته وقام الدليل على وجوب الوفاء به، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهما، ولكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم، ويحكم بأثر لتصرفاتهم، فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدان، لا يلتفت إليها ولا يحكم لها بأثر، ولا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه).[2]

- من السنة : يقول النبي صلى الله عليه وسلم: (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد). وفي حديث آخر عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءتني بريرة فقالت: (كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام وقية...) ثم قام رسول الله عليه الصلاة والسلام في الناس وحمد الله وأثنى عليه ثم قال : (أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق).[3]

وجه الاستدلال: إن وجه الدلالة من الحديث الأول أن من يعقد عقدا أو شرطا لم يرد به النص الشرعي، يكون خارجا عن ما أمر به الشارع وقع باطلا، لأنه إذا تعاقد الناس بعقد أو شرط لم يرد في الشريعة الإسلامية، يكونون قد أحلوا أو حرموا غير ما شرع الله وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع، يقول ابن حزم بخصوص هذا الحديث: (فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه).[4]

[1] - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المجلد 2، دار الحديث، مصر، 1984، ص 500.

[2] - محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة و تنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص236.

[3] - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروط في البيع لا تحل، ح 2186، ج 3، ص 466.

[4] - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، دار الفكر، 1992، بيروت، لبنان، ص199.

أما وجه دلالة الحديث الثاني، أنه دليل على أن كل شرط لم يرد على صحته دليل معين في كتاب الله، فهو باطل ملغى، لأنه ليس في حكم الله تعالى وشرعه، لدى فلا يجوز اشتراطه، ولا يحل الوفاء به، باعتباره منافيا لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية، فيؤخذ من ذلك عدم ثبوت الحقوق التي تخالف الأحكام الشرعية، ولم تخالف مقتضى العقد.[1]

فالحديث ورد في حقه اشتراط المالك للعبد على أن يكون ولاء العبد له لا لمن اشتراه فأعتقه، وهذا شرط مخالف لما أثبته الله عز وجل من حق للمعتق، وكذلك هو شرط مخالف لمقتضى العقد ومقصده لذلك أنكر النبي صلى الله عليه وسلم كل شرط مخالف لما شرعه عز وجل.[2]

في الحقيقة إن الفقه الإسلامي ليس قاصرا على مذهب الظاهرية وبقية أنصار هذا الرأي، بل يشمل أيضا ما يعبر عن شمولية الفقه الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان بما يحمل من آراء وأفكار وحلول ناجعة، وهذا ما سيتضح لنا جليا من خلال آراء وأدلة الرأي المتمسك بحرية الاشتراط.[3]

الفرع الثالث: مناقشة أدلة الاشتراط في عقد الزواج

نبدأ بمناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الاشتراط الإباحة، ثم نعرج إلى مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الاشتراط الحظر.

- **مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الاشتراط الإباحة:** نذكر الرد على الأدلة من الكتاب ثم الأدلة من السنة، ثم الرأي الراجح.

الرد على الأدلة من الكتاب: وقد رد ابن حزم أن هذه الآيات التي – استدل بها الجمهور – ليست على عمومها، لكنها في بعض العهود، وبعض العقود، وبعض النذور، وبعض

[1] - محمد يعقوب الدهلوي، حقوق الزوجية والتنازل عنها، دار الفضيلة، ط1، 2002، السعودية، ص68.

[2] - محمد بن علي الولوي، شرح سنن النسائي، دار البروم، المملكة العربية السعودية، ط1، ج1، 2003، ص 126.

[3] - فاطمة حداد، مرجع سبق ذكره، ص 245.

الشروط، وهي قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا نذر في معصية الله تعالى)، وقوله صلى الله عليه وسلم: (من نذر أضحية يطيع الله فليطعمه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصيه) وقوله صلى الله عليه وسلم : (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل).[1]

الرد على أدلة السنة: نوقش الحديث الأول من وجهين:

الوجه الأول: إن الحديث ضعيف وأن هذا الكلام لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

الوجه الثاني: لو صح لكان حجة لنا عليهم، لأن في إضافة النبي صلى الله عليه وسلم الشروط إلى المسلمين، ولا يجوز أن يضاف إلى المسلمين من الشروط فيقال: شروط المسلمين والمسلمون عند شروطهم، إلا في الشروط الجائزة، لا في الشروط المنهي عنها، ولا شروط للمسلمين غيرها، لأن المسلمين لا يستجيرون إحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها.[2]

فالمشترط ليس أنه يبيح ما حرم الله، ولا حرم ما أباحه الله، فإن شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله، كما ليس له أن يسقط ما أوجبه الله وإنما له أن يوجب بالشرط، ما لم يعين واجبا بدونه، لكن إذا اشترط يكون واجبا.[3]

ونوقش الحديث الثاني من وجهين:

الوجه الأول: يكون هذا بلا شك، في الشروط التي أمر الله تعالى أن يستحل بها الفروج، من الصداق المباح ملكه الواجب إعطاؤه، والنفقة والكسوة والإسكان والمعاشرة بالمعروف وترك المضرة، أو التسريح بإحسان، بما نهى الله تعالى أن يستحل به الفروج من الشروط الفاسدة المفسدة، من تحليل حرام أو تحريم حلال، أو إسقاط واجب أو إيجاب ساقط. [4]

[1] - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سبق ذكره، ص 15.

[2] - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سبق ذكره، ص 21.

[3] - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 3، ج 3 ، 1998، ص 95.

[4] - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق ذكره، ص 23.

وكون أن كل ذلك مخالف لأوامر الله عز وجل، واشتراط المرأة ألا يتزوج عليها أو ألا يغيب عنها وأن لا يرحلها عن دارها، كل ذلك تحريم حلال وهو وتحليل الخنزير كحد سواء، وأن كل ذلك خلاف لحكم الله عز وجل، فصح أنه عليه الصلاة والسلام، إنما أراد شرط الصداق الجائز الذي أمرنا الله تعالى به، هو الذي استحل به الفروج لا ما سواه.[1]

الوجه الثاني: حملوا هذا الحديث على الشروط التي لا تنافي مقتضى النكاح، بل تكون من مقتضياته ومقاصده.[2]

الرأي الراجح: إن الأخذ برأي الحنابلة في حرية الاشتراط في عقد الزواج يكون هو الرأي الأرجح بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقتضى عقد الزواج، وهكذا نجد أن حرية الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج تنعدم عند مذهب الظاهرية، فالأصل عندهم هو المنع التام، لأنهم حصروا الاستدلال بالأدلة الشرعية في الكتاب والسنة، ثم تخف درجة التقييد من حرية الإرادة عند كل من فقهاء المذهب الحنفي والمالكي والشافعي، وهذا لإقرارهم الأخذ ببعض الأدلة الشرعية كالمصالح المرسلة والاستحسان والعرف،[3] وتتسع دائرة الإباحة عند جمهور الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، حيث أجاز الحنابلة للزوجين اشتراط الشروط التي تحقق منفعة مقصودة، ولا تتعارض مع مقتضى عقد الزواج ونصوص الشريعة، وراعي الحنابلة في إباحة هذه الشروط في الحفاظ على استقرار الأسرة، لذلك كانت رعاية الشروط التي ترد في عقد الزواج و فيها منفعة للزوجين أو أحدهما أوجب وألزم من العقود الأخرى.[4]

[1] - ابن حزم، المحلي، تحقيق أحمد شاكر، مكتبة دار التراث، القاهرة، 2005، ص 674.

[2] - صحيح مسلم، شرح النووي، مكتبة دار الوفاء، الأزهر، القاهرة، ط 2، ج 3، 2003، ص 159.

[3] - محمد أبو زهرة، مرجع سابق ، ص282.

[4] - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سبق ذكره، ص 210.

ويرى الدكتور وهبة الزحيلي أنه يجب الأخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط سائدين في العقود المالية تحقيقا لمصلحة وحاجات الناس، ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف الناس، ويؤخذ برأي غير الحنابلة في عقود الزواج، حرصا على ما له من حرمة وقداسة،... وما تتطلب الأسرة من استقرار ودوام، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء وتعصف بأغراض الزواج السامية.

وأخيرا يجمل بنا أن نشير إلى أن الرأي الثاني الذي يقضي بأن الأصل في الاشتراط الإباحة يمتاز بالمرونة والملائمة مع واقع الناس ومتطلباتهم وروابطهم العقدية، وهو اتجاه سليم إذ الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على الحرمة، كما أنه يسمح للزوجين باشتراط شروط تهدف إلى ضمان مستقبلهم وحماية مصالحهم المشتركة وتقوية أواصر المودة والرحمة بينهما.[1]

- **مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الاشتراط الحظر:** نذكر الرد على الأدلة من الكتاب ثم من السنة.

الرد على الأدلة من الكتاب: لقد أغلق أصحاب هذا الرأي باب الشروط ولم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف سعة وضيقا تبعا الاختلاف نظرتهم في الأخذ بالأدلة الشرعية، وتبعا لاختلاف نظرتهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد وملائمته لحكمته وانتفاء ذلك.

الرد على الأدلة من السنة: نوقش الحديث الأول وقد رد على أدلة المانعين للاشتراط بأن أكثر الأحكام الشرعية مستقاة من أدلة أخرى غير الكتاب و السنة، ما دامت لا تتنافى مع روح الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة، وعلى هذا يكون المدلول الصحيح للحديث الأول هو بطلان كل عقد أو تصرف تضمن أمرا من الأمور المنهي عنها شرعا.[2]

[1] - فاطمة حداد، مرجع سبق ذكره ، ص 247.

[2] - كوثر كامل علي، مرجع سابق، ص31.

ونوقش الحديث الثاني بأنه في غير موضعه، لأنهم حملوا الشرط الذي نفاه نص الحديث وحكم ببطلانه على الشرط الذي لم يرد به دليل في القرآن الكريم وهذا غير صحيح، لأنه ليس المراد بكتاب الله القرآن قطعا، فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن بل علمت من السنة، فدل هذا على أن المراد من كتاب الله حكمه كقوله تعالى (كتاب الله عليكم)[1]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : (كتاب الله القصاص)، ومن ثم فإن كتاب الله يطلق على كلامه وعلى حكمه.[2]

إن المقصود الصحيح من الحديث هو بطلان الشرط المخالف لحكم الله وشرعه كما لو اشترطت الزوجة على زوجها طلاق ضرتها لورود النهي عن ذلك ...[3]، وليس هذا تخصيصا له بسبب وروده، لأن لفظ الحديث في بدايته جاء عاما (... ما كان من شرط ليس في كتاب الله).[4]

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري

إن قانون الأسرة وفي مادته 19[5]، اكتفى بالنص على أن القيد الأساسي الوارد على حرية الزوجين في الاشتراط هو عدم منافاة أحكام هذا القانون، بينما نجد القانون المدني يجعل من النظام العام القيد الأساسي على حرية الاشتراط، حيث نص القانون المدني في المادة 106 أن: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون[6]، وطبقا لهذا النص يرتبط المتعاقدان بالعقد كما يرتبطان بالقانون، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقضه أو بتعديل ما ورد فيه من التزامات، بل يجب

[1] - سورة النساء، الآية 24.

[2] - نشوة العلواني، مرجع سبق ذكره، ص 97.

[3] - سالم بن عبد الغني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، 2002، ص 463.

[4] - زكي الدين شعبان، مرجع سبق ذكره، ص74.

[5] - قانون رقم 11/84، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سبق ذكره.

[6] - الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

أن يتفق الطرفان عليه، أو أن تكون هناك أسباب يقررها القانون لتعديل العقد، أو يقررها لنقضه كما إذا كان مخالفا للنظام العام[1]، أو كان مخالفا للآداب العامة. وسنتعرض إلى دراسة أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج في الفروع الأتية:

الفرع الأول: مراعاة قواعد النظام العام

يعتبر قيد النظام العام من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج، وهذا لأن أغلب مواضيع الأحوال الشخصية من النظام العام، فلا يجوز للزوجين تعديلها باتفاقات فيما بينهم. وعلى هذا الأساس يقع باطلا كل شرط بين الزوجين يقضي بالتنازل عن أبوتهما لأبنهما، أو الاتفاق على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية بالتنازل عنها مثلا، ويقع باطلا أيضا، كل شرط يقضي بتعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها كشرط عدم الإنفاق عليها.

ولكن الإشكال الذي يواجهنا هنا هو صعوبة تحديد مفهوم ثابت للنظام العام، ومع ذلك يمكن القول بأن النظام العام على وجه الإجمال هو عبارة عن مجموعة القوانين التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية وهذا هو مجال القوانين الدستورية والإدارية، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية وهو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية، أو كانت مصلحة اقتصادية.

يرى عبد الرزاق السنهوري أن قواعد النظام العام هي مجموعة النظم التي يراد بها تأسيس سير المصالح العامة في الدولة، وضمان الثقة وحسن الآداب العامة في علاقة الأفراد فيما بينهم، بحيث لا يجوز لهؤلاء الاتفاق على عكسها، فإذا خرجوا عن هذا النظام باتفاق خاص وقع الاتفاق باطلا، ومن المعروف أن النظام العام وحسن الآداب يعتبران من الأفكار النسبية والمتطورة وتختلف من مجتمع الأخر، ومن زمان لأخر في نفس المجتمع،

[1] - علي علي سلميان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 05، 2003، الجزائر، ص86.

فهما يتأثران بالظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية، ولهذا فإن الفصل في مسألة النظام العام تعتبر مسألة قانونية مهمة جدا، يخضع فيها قاضي الموضوع إلى رقابة المحكمة العليا، وعليه عندما ينطق القاضي بأحكامه عليه مراعاة مصالح الجماعة كون معيار النظام العام هو المصلحة العامة التي تختلف باختلاف نظام المجتمع العام.[1]

إن كان الأصل العام هو حرية الاشتراط في العقود تطبيقا لمبدأ سلطان الإدارة، فإن الاستثناء هو عدم اشتراط شروط تخالف النظام العام، وبما أن غالبية مواد قانون الأسرة هي قواعد آمرة، أي هي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فإذا كان محل العقد مخالفا للنظام العام عرض الزوجين عقدهما للبطلان، وهذا ما أكدت عليه المادة 93 من القانون المدني التي تنص: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ".[2]

كما أن الشرط المخالف للنظام العام يختلف باختلاف نوعية ما إذا كان شرطا فاسخا أو واقفا، طبقا للمادة 204 من القانون المدني التي تنص: (لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم. غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على الشرط الفاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام).[3]

الفرع الثاني: مراعاة قواعد الآداب العامة

إن فكرة الآداب العامة ترتبط ارتباطا وثيقا بالنظام العام، والمقصود بمراعاة الآداب العامة هو احترام الأصول الأساسية للأخلاق في مجتمع معين وعصر معين، بحيث يفرض

[1] - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سبق ذكره ، ص360.

[2] - الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

[3] - الأمر رقم 58/75، مرجع سابق .

على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة لحماية المجتمع من الانحلال الخلقي، غير أن هذه الفكرة تبقى نسبية إلى حد ما، وذلك لاختلاف المعيار الذي نحدد به ما هو من الآداب العامة أو ليس كذلك من مجتمع لأخر، بل ونجده يختلف حتى في نفس المجتمع من عصر لآخر.[1]

ويقصد بالآداب العامة أيضا هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في عصر معين وبيئة معينة، وهي ترجع عادة إلى مجموعة المعتقدات الموروثة، والعادات المتأصلة، وما جرى به العرف وتعارف عليه الناس، وللدين أثر كبير في تحديد هذه الآداب، فكلما اقتربت الحضارة من الدين، كلما زادت القواعد المتعلقة بالآداب العامة.[2]

وانطلاقا مما سبق، فإنه لا يجوز للزوجين تضمين عقود الزواج بنود وشروط تمس بالآداب العامة، فعلى سبيل المثال يقع باطلا اشتراط الزوجة على زوجها السماح لها بالعمل في الملاهي الليلية كبائعة خمور، أو أن تعمل كراقصة أو عارضة الأزياء، وذلك لتعارض هذه الشروط مع الآداب العامة التي تحكم المجتمعات العربية، في حين قد تعتبر هذه الشروط مشروعة في المجتمعات الغربية.[3]

ويأخذ الشرط المخالف للآداب العامة نفس حكم الشرط المخالف للنظام العام، فيكون الشرط باطل مبطل للالتزام إذا كان الشرط واقفا، ويكون الشرط باطلا غير مبطل للالتزام إذا كان فاسخا، إلا من حالة ما إذا كان هذا الشرط السبب الدافع للتعاقد، فإنه حينئذ يكون مبطلا للالتزام.[4]

---

[1] - فاطمة حداد، مرجع سبق ذكره، ص 252.

[2] - بدرة حمودة، مرجع سبق ذكره، ص39.

[3] - https://droit7.blogspot.com/2015/blog-post-6.html ,ibid

[4] - عبد الحميد الشواربي، الالتزامات والعقود التجارية، المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2001، ص149.

من خلال ما سبق، يتضح لنا أن فكرة الآداب العامة فكرة نسبية إلى حد ما، وذلك لاختلاف المعيار الذي تحدد به، ما هي من الآداب العامة إذ تختلف من مجتمع إلى مجتمع، وتجدها تختلف في المجتمع الواحد من عصر لآخر.

الفرع الثالث: عدم منافاة أحكام قانون الأسرة

إن من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط هي عدم منافاة أحكام قانون الأسرة، فالمقصود بهذا القيد الخروج عن كل ما أوجبه قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، كأن يكون الشرط يعارض مقاصد الشريعة الإسلامية التي من المفروض مراعاتها، وهذا لا نستطيع أن ندرك حقيقته، إلا بعد مراجعة فحوى قانون الأسرة، والتمعن بمواده من أوله إلى آخره لتقصي جميع القواعد الأساسية وجمعها بقدر الإمكان، أو جمع أهمها على الأقل وترتيبها .[1]

فقانون الأسرة بعد أن كان قد نص في المادة 19 قبل تعديلها على أنه يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون نص في المادة 19 بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05 على أنه يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.[2]

يتضح من نص المادة 19 سالفة الذكر أن المشرع الجزائري أجاز وبصريح النص للزوجين أن يتفقا على كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تكن مخالفة لقانون الأسرة، وقد خص بالذكر اشتراط المرأة على الرجل أن لا يتزوج عليها وأن لا يمنعها عن العمل.[3]

[1] - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص 169.

[2] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة ، ط 3، الجزائر ،2018، ص 73.

[3] - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية الاجتماعية والإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر،2009/2008، ص453.

إن محاولة حصر أحكام قانون الأحوال الشخصية، التي لا يجوز للزوجين تعديلها باشتراط شروط زائدة على أصل العقد، قد يبدو صعبا وعسيرا عند أول وهلة، إلا أنه يمكن القول أن المقصود بهذه الأحكام، هي كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضيات العقد[1]، وهذا ما يتضح جليا من على بطلان الزواج الذي اشتمل على شرط يتنافى ففي حالة الاتفاق مثلا على أن الزوج يسمح لزوجته بالعمل أو عدم تعدد الزوجات و أخل الزوج بالتزاماته التعاقدية فإنه واستنادا لأحكام الفقرة 09 من المادة 53 من قانون الأسرة فإن للزوجة أن تقيم ضد زوجها دعوى قضائية تتضمن طلب تطليقها .

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أطلق العنان للزوجين في حرية اشتراط ما يريانه ضروريا، بغض النظر عن موافقة هذه الشروط للضوابط الشرعية من عدمها، حتى ولو جاءت مقيدة بعدم منافاتها الأحكام القانون، إلا أن القانون نفسه لم يتقيد بأحكام الشريعة الإسلامية في هذه الجزئية، عندما جعل للمرأة الحق في طلب التطليق من خلال المادة 53 من القانون نفسه لمجرد الزواج عليها، أو لمنعها عن العمل لضرورة أو لمصلحة.[2]

والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تقيد تعدد الزوجات إلا بشرط العدل، أما جعله بيد القاضي وموافقته ومطالبة الرجل بإبداء المبرر الشرعي واقتناع القاضي بذلك، هي شروط ما أنزل الله بها من سلطان، كما أن إعطاء ولاية غير مشروعة للقاضي على الرجل من شأنه أن يعمق ويوسع مساحات الزواج العرفي و العلاقات غير المشروعة.[3]

وبالتالي فإن الشروط التي يشترطها أحد الزوجين ويضمنها العقد، لكي نعرف ما إذا كانت شروط صحيحة أو غير ذلك، يتعين علينا أن ننظر إليها من ناحية كونها مخالفة لأحكام قانون الأسرة أم لا.

[1] - يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون الاسرة ، المركز الجامعي ، بشار ، الجزائر ، 2007/2006، ص 47.

[2] - محفوظ بن صغير، مرجع سبق ذكره، ص 453.

[3] - فاطمة حداد، مرجع سبق ذكره، ص 255.

المبحث الثاني: أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

بعد تناولنا للقيود الواردة على حرية الاشتراط في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري كمبحث أول ، سندرج كمبحث ثاني أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال أربعة مطالب ، جاء المطلب الأول متناولا أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي، أما في المطلب الثاني فقد جاء ليبين أثر الاشتراط في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري ، وفي المطلب الثالث عالجنا الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط في قانون الأسرة الجزائري ، وفي الأخير كان المطلب الرابع والذي حمل بعض التطبيقات .

المطلب الأول: أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي.

وقد قسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، جاء في الفرع الأول الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة، أما الفرع الثاني فكان الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الحظر، والفرع الثالث فكان مناقشة أدلة الاشتراط في عقد الزواج.

الفرع الأول: الشروط الموافقة لمقتضى العقد:

هي تلك الشروط التي لا خلاف بين الفقهاء حولها، فهي صحيحة غير مكروهة ، مادام أنها تتفق مع مقتضى العقد، كاشتراط الزوجة عن زوجها أن ينفق عليها، او حسن المعاشرة، فإن اشتراط هذا النوع من الشروط لا يطيق شيئا جديدا على العقد فبمجرد انعقاد العقد تثبت هذه الشروط ، فلا حاجة لاشتراطها في العقد[1]، لذا اتفق الفقهاء على أن هذه الشروط مشروعة بل تعتبر من الآثار الواجبة المترتبة على العقد بمجرد انعقاده والوفاء بها واجب لأنها واجبة بالعقد من غير شرط.[2]

[1] - محمد علي السرطاوي، قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، عمان، ط1،1417ه/1997م، ج 1، ص 135.

[2] - أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، ط3،1437ه/1994م، ج 1، ص 105.

الفرع الثاني: الشروط المناقضة لمقصود العقد أو لمقتضى العقد

يعني بهذا النوع من الشروط الاتفاقات المخالفة للأحكام التي رتبها الشرع على العقد، كاشتراط ألا نفقة للزوجة ولا مهر لها ولا توارث بينهما أولا يدخل بها، فهذه كلها شروط تتناقض مع أحكام العقد وآثاره، والمقصود منه في الشرع.[1]

فهذا النوع من الشروط غير ملائم لمقصود المشروط[2]، ولا مكمل لحكمته بل هو على عكس الأول، فهذه الشروط تناقض مقتضى عقد الزواج ولذا فهي باطلة باتفاق الفقهاء لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده ، فلا تصح وصح عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط لأنها شروط تعود إلى معنى زائد في العقد، لا يشترط ذكره ولا يضر بجهل به حيث جاء في المغني، "القسم الثاني" ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها، أو أن لا ينفق عليها، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها، لأنها تنافي مقتضى العقد فالاتفاق بين الفقهاء في عدم مشروعيته وصحة هذه الشروط ، لكنهم اختلفوا في مدى تأثيرها على عقد الزواج.[3]

الحنفية: ذهب الحنفية إلى تغليب قوة العقد على فساد الشرط ومنه فإنه يظل العقد صحيحا، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عندهم ، وإنما يبطل الشرط فقط.[4]

المالكية: عندهم إذا شرطت مثل هذه الشروط، يفسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعده بمهر المثل ويلغي الشرط، ولقد قام المالكية كميزة منفردة لهم، بالتعريف بين حالتي قبل الدخول وبعده مراعاة لقاعدة "مراعاة الخلاف".[5]

[1] - محمد فهد شفقة، شرح الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دمشق، سوريا ، د.ت .ن، ج 1، ص 221.

[2] - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ، د.ت.ن، ج 1، ص 102.

[3] - محمد علي السرطاوي، مرجع سابق، ج 1، ص 135.

[4] - السرخسي، المسبوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ج 3، ص 95.

[5] - الشاطبي ، الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 90.

الشافعية: يسمى هذا القسم، من الشروط ما يخل بمقتضى العقد ومقصود النكاح الأصلي، مثال كشرط أن يتزوجها على أن يطلقها في رأس الشهر، فالنكاح باطل، لكن لهم تفصيل في بعض الشروط حيث يختلف الحكم باختلاف جهة مشترطه.[1]

كأن يتزوجها على أن لا يطأها فإن كان الشرط من جهتها ، فالزواج باطل لأنها منعته من ما استحقه عليها من مقصود العقد، أما إذا كان من جهته فالزواج صحيح عندهم، وأيضا كما أن يتزوجها على أن لا نفقة لها أبدا فسمي هذا الشرط انه رفع بدل المقصود بالعقد، فلو كان الشرط من جهتها صح النكاح، أما في حالة إذا كان الشرط من جهته، فقد اختلف الفقهاء في ذلك.[2]

فالحنابلة: قالوا إن اشتراط الزوجين لمثل تلك الشروط مفسدة للعقد، وحكموا على الشروط بالبطلان وعقد الزواج بالصحة بنصوص صريحة، مثال نكاح الشغار[3]، كأن يزوج الرجل ابنته أو أخته إلى شخص آخر على أن يقدم الرجل بتزويج ابنته وأخته أو أي امرأة في ولايته ويكون الصداق نفسه، أو أن يتزوج رجل مطلقته ثلاثا، بشرط إحلالها، لرجلها الأول، وهذا ما يسمى الزواج المحلل[4]، أو يشترط الزوج والزوجة تأقيت الزواج ما يسمى بنكاح المتعة أو النكاح المؤقت، فهذه الأنكحة جميعا ورد النهي عنها، فتكون باطلة ، وخلاصة القول أن للشرط الفاسد تأثير على عقد الزواج يختلف من واحد لأخر، فعند الحنفية: يلغي الشرط الفاسد ويصح العقد، والشرط الفاسد عندهم لا يفسد العقد.

[1] - الشيرازي، المذهب في الفقه الإمام الشافعي مدار اكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416ه/1977م، ج 1، ص 495.

[2] - مرجع نفسه، ج 1، ص 496.

[3] - نكاح الشغار: اتفق الفقهاء على عدم جوازه لثبوت الذهب عنه، عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله "ص" نهى عن الشغار والشغار معناه أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر، ابنته ليس بينهما صداق، رواه البخاري .كتاب النكاح ، باب الشغار، ح رقم (51112)، صحيح البخاري، (203).

[4] - نكاح المحلل ، هو نكاح عقده الزوج الثاني، قاصدا تحليل المطلقة ثلاثا، قال مالك أنه نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعية هو نكاح صحيح وسبب خلافهم قوله "ص" العن الله المحلل والمحلل له".

أما الحنابلة فهو يوافقون الحنفية بخصوص بعض الشروط ولكنهم يذكرون أن هناك شروط نهى الشرع عنها، فلا يجب اعتبارها في مضمون العقد، كاشتراط التأقيت[1]، والتحليل، أما الشافعية فالشرط الفاسد عندهم يفسد العقد مادام ، لم يحدث دخول ، فإذا دخل بها معنى العقد والغي الشرط، وبطل المسمى ووجب للمرأة مهر المثل.[2]

الفرع الثالث: الشروط المختلف فيها

هناك شروط غير منافية بمقتضى العقد، وغير الملائمة لهذا المقتضي مما فيه نفع الأحد الطرفين، بحيث لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها ، كأن تشترط الزوجة على زوجها، أن لا يتزوج عليها، أو إكمال دراستها ،فهناك شروط غير منافية بمقتضى العقد، وغير الملائمة لهذا المقتضي مما فيه نفع لأحد الطرفين، بحيث لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، أو تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو لا ينقلها من دارها أو بلدها، أو تشترط عليه خروجها للعمل بعد الزواج، أو كأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرا أو جميلة أو متعلمة أو نحو ذلك.[3]

وكل تلك الشروط، هي محل خلاف بين الفقهاء، وعليه نتساءل هل تصح هذه الشروط؟ وهل يجب الوفاء بها أم لا؟، وللإجابة على الإشكال المطروح، سنقوم بعرض أهم آراء المذاهب الإسلامية من خلال مايلي:

أولا/ انحلال عقد النكاح بسبب عدم الوفاء بالشروط

إذا قام أحد الزوجين باشتراط شروط ليست من مقتضى العقد ولكن لا تنافيه، لم يوف بها، فهنا هل يحق له طلب التفريق بسبب عدم الوفاء بها أولا؟.

[1] - نكاح المتعة: لقد توارث الأحاديث على تحريمه، ومعناه، أن يتزوج الرجل بامرأة ويطلقها في مدة معينة، وهو محرم لأنه مناقض، لمقصود النكاح الذي هو التأبيد.

[2] - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 1، ص 674.

[3] - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ج 1، ص 1382.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: الحنابلة

يرون أن هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها، فإن لم يوف بها من اشترطت عليه كان من حق المشترط فسخ العقد وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب وبعض الصحابة والتابعين وهو مذهب الحنابلة والأوزاعي، واسحاق بن راهوية[1]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.[2]

واستدل أصحاب هذا ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج[3]، ووجه الدلالة من الحديث أنه أوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج، ولو لم يكن له نص خاص أو دليل خاص، لأن مالا دليل له من الشروط ويكون هذا الحديث دليله، بمقتضى عموم لفضه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به.[4]

وقوله "صلى الله عليه وسلم" "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا[5]، وهذه الشروط لم تحل حراما أو تحرم حلالا، فتكون صحيحة والوفاء بها واجب بنص هذا الحديث المذهب الثاني: الشافعية، الحنفية.[6]

يرى أصحاب هذا المذهب أن هذه الشروط باطلة والعقد الصحيح فبطلانها لا تأثير له في صحة العقد وعليه فلا يلزم الوفاء بها، لأن القاعدة عندهم: أن كل شرط لا يكون من

[1] - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 1، ص 483-484.

[2] - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج 3، ص 461.

[3] - البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ح رقم (5151).

[4] - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج 1، ص 160.

[5] - البيهقي، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم (14433) ج 11، ص 351.

[6] - محمد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر ، دمشق، سوريا، ط 1981، ام ،ج 1، ص 86-94.

مقتضى العقد ولا مؤكد لمقتضاه، ولم يرد عن الشارع ما يدل على وجوب الوفاء به، فيكون شرطا لاغيا، ولا تأثير له في صحة العقد.[1]

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية: ما روي عن عائشة رضي الله عنها– قالت : قال رسول الله "صلى الله عليه وسلم": ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وان اشترط مائة شرط[2] ومن ذلك تبين أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على صحته فهو باطل، لأنه ليس في كتاب الله تعالى.[3]

المذهب الثالث: المالكية.

يرى أصحاب هذا المذهب، أن هذه الشروط مكروهة، والوفاء بها غير لازم، بل مستحب مالم تقترن بما يستلزم الوفاء بها كاليمين بالطلاق والعتاق والتمليك والحط من الصداق ونحوه واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية:

- قوله " صلى الله عليه وسلم" أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج" فدل الحديث على أن الحث على الوفاء محمول على الندب، وذلك جمعا بين هذا الحديث وبين قوله "ص": "من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وأن اشترط مئة شرط".[4]
- ما روي أن رجلا تزوج امرأة وشرطت عليه ألا يخرجها من دارها فتخاصما إلى علي – كرم الله وجهه– فقال: الشرط الله قبل شروطها ولم ير لها شيئا".[5]

[1] - مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ج 1، ص 174.

[2] - البخاري، كتاب الشروط ،باب مالا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، ح رقم، (2561).

[3] - أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج 1، ص 159.

[4] - سبق تخريجه، ص 419.

[5] - الزرقاوي، شرح الموطأ لمالك، دار الفكر، بيروت، ط2، 1981م ، ج 1، ص 137.

- فجمعا بينا هذه النصوص قال المالكية: إن الوفاء بهذه الشروط مستحب وليس بواجب وإن كان يكره اشتراطها أصلا، قال مالك : " ولقد أشرت منذ زمان أن أنهي الناس أن يتزوجوا بالشروط وألا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته.[1]

ثانيا/ طريق وقوع الفرقة بسبب عدم الوفاء بالشروط في النكاح

إذا قام احد الزوجين باشتراط شروط في عقد الزواج وهي شروط صحيحة ولكن لم يوف بها، وأراد فسخ النكاح فهل يتم ذلك برفع دعوى بالفسخ إلى القاضي أم أنه يتم الفسخ النكاح بإرادة منفردة دون الحاجة إلى اللجوء للقاضي، ورفع دعوى الفسخ إليه؟.

من الواضح أنه يجب أن ترفع الدعوى وذلك لأمرين:

- إن التفريق لعدم الوفاء بالشرط مختلف فيه من جهة جواز الشروط في النكاح، وفي إيقاع الطلاق عند عدم الوفاء، وحكم القاضي هنا هو الذي يرفع الخلاف في الأمور الاجتهادية الخلافية، ويكون حكمه ذا طبيعة إلزامية لذوي الشأن.
- أن التفريق لا يتم إلا بعد إثبات عدم الوفاء من الزوج لذا لا يجب أن تكون الزوجة هي الخصم والحاكم في هذه المسألة بأن تقرر عدم الوفاء وتصدر حكمها بالتفريق، وانما يجب عليها رفع الدعوى بالفسخ إلى القاضي وان تقدم مبررا شرعيا على عدم وفاء الزوج بالشرط، فإذا تم ذلك حكم القاضي بفسخ النكاح.[2]

المطلب الثاني: أثر الاشتراط في عقد النكاح في القانون

إن المشرع الجزائري، في نظرته لمسألة الاشتراط في عقد الزواج قد اتبع وسلك طريقا مذهب الحنابلة حيث أبيح لكل من الزوجين من خلال المادة 19 الحرية في الاشتراط، خاصة شرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، اللذان يعتبران من أهم الشروط، التي ينجد عنها مشاكل تخل بالعلاقة الزوجية.

[1] - كوهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، مرجع سابق، ج 3، ص 115.
[2] - مرجع نفسه، ج1، ص ص117-118.

ولقد تطرق المشرع الجزائري، في أثر الاشتراط على عقد الزواج في مادتين فقط وهما 32 و 35 من قانون الأسرة ، بحيث اكتفى بطابع العموم والإجمال ولم يفصل فيه حيث جاء في المادة 32" يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.[1]

أما المادة 35:"إذا اقتران عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح".[2]

باستقراء نصوص المادتين تظهر لنا الملاحظات التالية:

- إن نص م 32 قد خلط بين المانع من الزواج، والذي يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد، التي لا تؤثر على صحة العقد وعليه يجب إلغاؤها، وبقاء العقد صحيحا، هذا ما جاء في نص م35 التي تؤكد على وجوب صحة العقد، وبطلان الشروط مع أن هذه الحالة الأخيرة التي يبطل فيها العقد.[3]
- اعتبر المشروع الجزائري العقد المشتمل على شرط ينافي مقتضاه، مبطلا له، حيث يصبح العقد باطلا حسب نص المادة 32.

وعليه فإنه ينبغي تصحيح النص بحذف عبارة (مقتضيات) في المادة 32 واضافة هذه العبارة للمادة 35، بحيث ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح" ومثالا على ذلك اشتراط الزوج ألا مهر لها أولا ينفق عليها، أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حالة كون الشرط منا في الأصل العقد كأن يكون شرط توقيت الزواج بمدة محددة.[4]

---

[1] - عدلت بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حررت في ظل القانون رقم 84/11، المؤرخ في 09 يونيو 1984 كما يلي يفسخ العقد، إذا اختل احد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أوثبت رده الزوج.

[2] - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[3] - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة المعدل (دراسة ببعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1 ، 2008/1429 ،ص 129.

[4] - سي ناصر بوعلام ، الاشتراط في عقد النكاح وأثرها بين الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم الغسلامية ، جامعة وهران ، ص 102.

كذلك عند استقراء النصوص نجد أن اغلبها متناقضة مع بعضها البعض، وذلك بتناقض في الحكم بين نص المادة 32 والمادة 35 حيث تقضي المادة 32 ببطلان العقد كونه اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، في حين في نص المادة 35 أنه يقضي ببطلان الشرط وصحة العقد في حالة اشتماله على شرط ينافيه حيث كان من المفروض أن تكون هذه الحالة في المادة32.[1]

المطلب الثالث: الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط في القانون

من الواضح أن المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري لم توضح جيدا حالة عدم الوفاء بالشروط التي يشترطها الزوجان غير أنه ذكر في المادة 53 من قانون الأسرة ، والتي تتحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد ، من الواضح كذلك إن نظام المشاراطات في العقد في تطور دائم ، مثال اشتراط الذمة المالية المستقلة للزوجين ، وشرط عمل المرأة وغيرها من الشروط المعاصرة ، التي أصبح لها دور بارز وهام في استقرار الأسرة[2]، فمثلا نجد المادة 37 المعدلة " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر، غير أنه يجوز للزوجين الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الاموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما ".[3]

وما قيل عن أسباب تعديل هذه المادة ، أن المرأة تعرضت كثيرا لأضرار مادية خاصة عند الطلاق ، فهي على العموم دائما ما تساهم في خدمة مصالح الأسرة ، عند وقوع الطلاق تثار مسألة المطالبة بالحقوق خاصة من جانب الزوجة ، فمثال على ذلك إذا قامت الزوجة بمساعدة الزوج على شراء أرض وقام كل واحد منهما بالمساهمة في تشيدها دون أي عقد كتابي يثبت ذلك وعند حدوث الطلاق طالبت الزوجة بحقها فوجدت نفسها أمام معارضة

[1] - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 129.

[2] - بن صغير محفوظ ، مرجع سابق ، ص 446.

[3] - مسعودي رشيد ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، تلمسان ، ص 260 .

الزوج برفض إعطائها أي شيء بحجة الملكية التامة لقطعة الأرض وعليه قام المشرع نتيجة لذلك بتعديل المادة 37 السالفة حماية للأسرة وخاصة المرأة.[1]

ولكن هناك إشكال يكمن في حالة عدم كتابة الاتفاقات وهي مشكلة الإثبات في حالة النزاع بين الزوجين فهل يكون الإثبات بكافة الطرق أما تطبيق المادة 333 من القانون المدني التي تنص " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني يزيد عن قيمة 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " فهذه قاعدة عامة في الإثبات نصت عليه أحكام الإثبات في القانون المدني المعدل لكن المادة 336 من القانون المدني المعدلة جاءت كاستثناء عن القاعدة السالفة الذكر حيث نصت على أنه يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة :

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .
- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته .

وانطلاقا مما سبق قد تخضع مسألة المطالبة بالوفاء بالقواعد العامة للإثبات، وقد أخضع المشرع الجزائري للطرف المتضرر المطالبة بالفسخ والطلاق، استنادا لما جاء في الفقرة التاسعة للمادة 53 المعدلة، حيث يجوز للزوجة طلب تطليق بسبب " مخالفة الشرط المتفق عليه في عقد الزواج " بالإضافة إلى حقها في المطالبة بالتعويض إذا أصيبت بضرر مادي أو معنوي بسبب عدم الوفاء بالشرط .[2]

وقد نصت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1971/03/03 حيث جاء فيه " أنه من المقرر فقها وقضاء جواز إشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون فيها فائدة بشرط ألا تناقض روح العقد حيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا اللتهم

[1] - مرجع نفسه ، ص 266 .

[2] - بن الشويخ رشيد ، مرجع سابق ، ص 39 .

التي أسندت للزوج استنتجوا من الوقائع والوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإسراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج والتي التزم بها الزوج مما يترتب على ذلك فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير السديد.[1]

هناك قرار آخر حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 20-06-1988 " للمقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة بما فيه من التحجير لا يلزم الزوجة به ولا يؤثر في عقد الزواج " ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالتعهد بالبقاء في العاصمة يكونون كذلك خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيدا مخير فيه ومتى كان ذلك استوجب نقض وابطال القرار المطعون فيه.[2]

من خلال القرارين السالفين الذكر يتبين لنا أنه هناك تناقض بين نصين وذلك يتضح جليا فقد اعتبر القضاء الجزائري الشروط التي لا يقتضيها العقد شروط ملزمة للطرف الأخر وشروط صحيحة ، وتارة اعتبرها مكروه وغير ملزمة ولا يكون لها أي أثر على عقد الزواج .

المطلب الرابع: بعض التطبيقات

- **اشتراط عدم تعدد الزوجات** : ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 19 من قانون الأسرة إلى جواز اشتراط المرأة على الرجل عند إبرام عقد الزواج عدم الزواج عليها بامرأة أخرى ، وإذا أثناء الحياة الزوجية أخل الزوج بهذا الشرط أثناء الحياة الزوجية كان من قانون الأسرة.

أما آراء الفقهاء في الإسلام حول التعدد فقد جاءت على النحو التالي:

[1] - قرار المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص ، المؤرخ في 03-03-1971 نشرة القضاة ، العدد 02 ، ص 39.

[2] - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المؤرخ في 20-06-1988 ، المجلة القضائية،1991م، العدد 02، ص 54.

- ذهب الحنفية إلى القول بأن اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها، هي من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج وليست مؤكدة له، ولم يرد بها أثر، ولم يجر بها عرف وإنما اشتملت على منفعة تعود على أحد العاقدين ، وحكم هذا النوع من من الشروط أن العقد لا يتأثر بمثل هذه الشروط ، فيلغو الشرط ويبقى العقد صحيحا ومن ثم لا يلزم وفاء الزوج بهذا الشرط.[1]
- أما الشافعية فاعتبروا أن هذا الشرط مما يخالف مقتضى العقد إلا أن فيه منفعة مقصودة لمن اشترطه، والمشهور عندهم أن العقد لا يفسد بفساد الشرط ، فيصح النكاح ويفسد الشرط وذلك بعدم الإخلال بمقصود النكاح وهو الوطء والاستمتاع.[2]
- أما المالكية ، فيرون أن الشرط مما لا يقتضيه العقد وغن كان لا ينافيه ، وبالتالي يكون مكروها ولا يلزم الوفاء به.[3]
- أما الحنابلة فيرون أن هذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه وحكمه، انه صحيح يلزم الوفاء به، وان فات الشرط كان لصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد أو إمضاءه.[4]

مما سبق ذكره ، من خلال أراء الفقهاء والمذاهب في وجوب الوفاء بالشروط من عدمه ،خصوصا بين الشافعية والحنفية من جهة وبين الحنابلة من جهة أخرى ، فإن الأقرب إلى الواقع التطبيقي هو رأي المالكية الذي يجمع بين الرأيين ، وعليه تقرر استحباب الوفاء بهذا الشرط ولكن في حالة العكس لا يكون للمرأة الخيار في الفسخ .

[1] - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1414ه/1993م، ج 2، ص 59.

[2] - ابو الوليد الباجي، شرح الموطا لمالك، دار الكتب العلمية، لبنان ،ط1،1995، ج1، ص 68.|

[3] - محمد ابن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب ، دار السلام للطباعة والنشر، ط1،1997 م، ج 5، ص 225.

[4] - ابن قدامة، مرجع سابق، ج 1، ص 487 .

أما من الناحية القانونية :فقد نصت المادة 19 من القانون الأسرة إلا جواز اشتراط المرأة على زوج عدم الزواج عليها فإذا إرادة الزوج التخلص من هذا الشرط ،فما عليه سوى إقناعا بالتنازل عنه .[1]

ومنه يتبن لنا أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة الثامنة من قانون الأسرة على أنه من يود الزواج بأكثر من واحدة عليه احترام الشروط المنصوص عليها في المادة ،ولكنه لم يرتب على تخلف تلك الشروط أي أثر على صحة عقد الزواج واعتبره صحيحا ونافذا ومرتبا لآثاره ولكنه رتب على تخلف تلك الشروط حق الزوجة في أن تطلب التطليق نظرا لتضررها من ذلك[2] ، وهذا ما ورد في نص المادة من قانون الأسرة 53الفقرة السادسة ، وهذا ما أيده الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 1995/09/26 والذي جاء فيه أن المادة الثامنة من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطليق عندما يتزوج زوجها ثانية دون علمها ، لأن هذا يعتبر ضرر أصابها .[3]

كذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا في1991/02/20 الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا لا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقاءها مدة استحالت بها الحياة الزوجية ،فان القضاة كما حكموا قد طبقوا صالح القانون.[4]

وحكمة كذلك على زواج جديد بالفسخ قبل الدخول، عند عدم صدور تسريح من قاضي وفقا الشروط المنصوص عليها في نفس المادة .

[1] - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، ط2، 2009م،ص91.

[2] - مرجع نفسه، ص 92.

[3] - ملف رقم، 122443 نشرة القضاة، العدد 15، ص171.

[4] - قرار رقم 75588 الصادر عن المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1992/02/02، العدد 4، ص 78.

مما سبق نجد أن المشرع قد أعطى للزوجة هذا الحق وهو طلب التطليق، إذا قام الزوج بالزواج عليها من خلال الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، فإنه حسب رأينا إجحاف كبير منه في حق الأسرة والمجتمع عامة، لأنه لم يراعي الظروف والأسباب الخارجة عن إرادة الزوج الذي تدفعه إلى تعدد مما يجعله يلجأ إلى طلاق، الذي يؤدي إلى التفكك الأسري لأتفه الأسباب لذا كان من واجب على المشرع أن ينص على مواد فيها موازنة لي مصلحة كلا الطرفين .

- **اشتراط المرأة عدم منعها من العمل** : إذا اشترطت المرأة على زوجها عند إبرام عقد الزواج عدم منعها من العمل أو الاستمرار فيه، أو كانت تعمل وسكت عن ذلك، فهنا نجد بان هذا الشرط كان محل خلاف بين الفقهاء وذلك من خلال مدى إلزامية الزوج بالوفاء بهذا الشرط وذلك على عدة أقوال:

- القول الأول: يرى الحنفية أن هذا الشرط فاسد وملغي والعقد صحيح، وللزوج أن يمنعها من العمل، فإذا استمرت في عملها رغم منعه لها فهي ناشزة.[1]
- القول الثاني: يرى المالكية أن هذا الشرط صحيح ، ولكنه مكروه ولا يلزم الوفاء به ولكن يستحب، وبالتالي فللزوج أن يمنع زوجته من العمل ، فإذا رفضت كذلك كانت ناشزا. [2]
- القول الثالث: يرى الشافعية أن مثل هذه الشروط لا قيمة لها، لان النفقة عندهم أنما تجب بالتمكين التام، لا بالعقد، وان هذا العمل يترتب عليه خروجها بغير إذن زوجها وبالتالي فإنها تكون كذلك ناشزا.[3]

[1] - ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، ج 1، 251.

[2] - ابو الوليد الباجي، مرجع سابق، ج 1،ص 97.

[3] - ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 61.

- القول الرابع : أما مذهب الحنابلة فيرون أن هذا الشرط ملزم للزوج بناء على أصلهم في لزوم الوفاء بالشروط التي لا تناقض مقتضى العقد، فيجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط، ولا يحق له أن يمنعها من العمل فإذا أرادا منعها فلم تمتنع فلا تكون ناشزا بناء على هذا الشرط إذن ليس فيه إخلال بالطاعة عليها، لأنه شرط لها منفعة فيه.[1]

أما من الناحية القانونية فنجد أن قانون الأسرة الجزائري قد تطرق لهذا الشرط من خلال نص المادة 19 المعدلة على سبيل المثال لا الحصر، حيث نص المشرع على انه يمكن للزوجة أن تشترط في عقد الزواج أن تشترط على زوجها أن لا يمنعها من العمل وان لا يوقفها عن دراستها، فكلها تعتبر شروط مستحدثة، ولقد اعتبر المشرع الجزائري أن اشتراط الزوجة على زوجها، البقاء في عملها أو متابعة دراستها من أهم الشروط الشرعية والقانونية لأنها لا تحرم حلالا ولا تحلل حراما، ولا تمس بحقوق الغير ،فان قام الزوج بداية على الموافقة على هذه الشروط، ثم أخل بها أي خالفها ،فهنا يحق للزوجة حق مقاضاته أمام القضاء وطلب تطليقها وإنهاء عقد الزواج.[2]

[1] - السرخسي، مرجع سابق، ج3، ص181.

[2] - بن صغير محفوظ مرجع سابق، ص 438.

خـــاتمة

خاتمة :

تتسم عقود الزواج بنوع من القدسية ، بغض النظر على كونها من العقود التي تنشأ بين الأفراد ، ولهذا أجاز الشرع والقانون للزوجين حق الاشتراط في عقد الزواج ، بحيث يمكن للزوجين أن يضعا ما يشاءان من الشروط ولكن شريطة أن لا تتعارض أو تخالف الشريعة الإسلامية أو قانون الأسرة ، وفي الأخير ومن خلال دراستنا هذه توصنا إلى مجموعة من النتائج نذكر منها

- إن إنشاء الشروط في عقد الزواج يكون بإرادة العاقدين واختيارهما، أما ترتيب أحكام هذه العقود والشروط فإنه من عمل الشارع سواء في نظر الشريعة أو القانون.
- إن المتعاقدان أقدما بمحض إرادتهما على الالتزام بمقتضيات العقود، واستثناء من هذا الأصل أجاز الشارع للزوجين اشتراط شروط في العقد من شأنها تغيير آثاره بالزيادة فيه أو النقصان منه، بالقدر المحدود الذي منحه الشارع للزوجين.
- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مدى سلطان الإرادة العقدية في إنشاء الشروط في عقد الزواج، حيث نجد أن دائرة التقييد والإباحة تتسع وتضيق في الفقه الإسلامي.
- أخذ قانون الأسرة الجزائري بمذهب الحنابلة في الشروط وأعطى الزوجين الحرية التامة في إنشاء الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة.
- أجاز المشرع الجزائري بعد تعديله للمادة 19 من قانون الأسرة ، أن يكون الاشتراط في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق.
- نص قانون الأسرة على شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، فيحق للزوجين اشتراط شروط أخرى غيرهما.

- إن الشروط في عقد الزواج هي أحق بالوفاء من غيرها لتعلقها برباط مقدس، ولهذا يجب الوفاء بهذه الشروط والا اعتبر عدم الوفاء تغرير وتدليسا، ولا فرق بين أن تقوم الزوجة باشتراط هذه الشروط، أو يقوم الزوج يذللك .

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

القرآن الكريم

الكتب :

1. ابن القيم شمس الدين الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط 1، مكتبة الصفاء، القاهرة، 2002.
2. ابن تيمية أحمد، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، دار العاصمة، د.س.ن.
3. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 3، ج 3 ، 1998.
4. ابن حزم ، مراتب الإجماع، دار ابن حزم ، ط1 ،1998، بيروت، لبنان.
5. ابن حزم: المحلى بالآثار، دار الفكر، ج9، لبنان.
6. ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المجلد 2، دار الحديث، مصر، 1984.
7. ابن حزم، المحلي، تحقيق أحمد شاكر، مكتبة دار التراث، القاهرة، 2005.
8. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1414ه/1993م، ج 2.
9. ابن عابدين ، حاشية رد المحتار، ج 5 ،ط2، دار الفجر، بيروت، 1996.
10. ابن قدامة ، المغنى والشرح الكبير ،دار الحديث، ط1 ، ج9، 1996، القاهرة.
11. ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم، م ج 4، ط1 ، بيروت ، دار صادر، 1999.
12. ابن منظور ، لسان العرب، ج 29، مجلد 4 مصر، دار المعارف، دس.
13. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مطبعة الحلبي، 1986.
14. أبو إسحاق ابراهيم بن عبد الرفيع :معين الحكام على القضايا والأحكام ،دار الغرب الإسلامي ، ج1، تونس.
15. أبو الوليد الباجي، شرح الموطا لمالك، دار الكتب العلمية، لبنان ،ط1،1995، ج1.
16. أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، ط3،1437ه/1994م، ج 1.
17. أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج 1، منشورات قصر الكتاب، د.س.ن.

18. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (طبقا لأحدث التعديلات)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010.
19. أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر.
20. أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، لبنان.
21. اسحاق ابن مفلح الحنبلي: المبدع وشرح المقنع، دار الكتب العلمية، ط1، 1997، لبنان.
22. اسماعيل أبا بكر البارمي ، أحكام الأسرة، دار الحامد، ط1، 2005، عمان.
23. البخاري، صحيح البخاري، باب الشروط في النكاح، ج6، دار الفكر، بيروت، 1981.
24. البخاري، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة، المسلمون عند شروطهم، الجامع الصحيح، ج 2.
25. بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر دس.
26. بلتاجي محمد, في أحكام الأسرة، الزواج والفرقة، دار التقوى.
27. بن الطاهر لحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج3، ط1 ، مؤسسة المعارف، بيروت، 2001.
28. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة المعدل (دراسة ببعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1 ، 2008/1429.
29. البيهقي، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم (14433) ج 11.
30. الترمذي (أبي عيسى)، الجامع الصحيح سنن الترمذي، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان.
31. حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، م ج 2، ط2، لبنان، مطبعة سامي، 2001 .
32. الحسن علي السمني: الوجيز في الأحوال الشخصية ، ج1، 1998، لبنان.

33. الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل، ج3 ، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن .
34. الدسوقي محمد عرفة ، حاشية الدسوقي، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، د،س.ن.
35. رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، ط1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2011.
36. الزرقاوي، شرح الموطأ لمالك، دار الفكر، بيروت، ط2، 1981م ، ج 1.
37. سالم بن عبد الغني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، 2002.
38. السرخسي، المسبوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ج 3.
39. شادلي حسن علي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة، د.س.ن.
40. الشربيني بن شرف النووي، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،دار إحياء التراث العربي، د.س.ن.
41. الشريبني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ج4، بيروت.
42. الشوكاني، فتح القدير، ج 2، دار الأرقم، بيروت، د س ن.
43. الشيرازي، المذهب في الفقه الإمام الشافعي مدار اكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ/1977م، ج 1.
44. صحيح البخاري بشرح ابن حجر العسقلاني كتاب النكاح ،باب الشروط في النكاح ، ج9، دار الريان ، السعودية .
45. عبد الحميد الشواربي، الالتزامات والعقود التجارية، المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2001.
46. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر.

47. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة ، ط 3، الجزائر ،2018.
48. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، ط2، 2009م.
49. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، 2010، الجزائر.
50. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط 6، د س ن، بيروت، لبنان.
51. على محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
52. علي علي سلميان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 05، 2003، الجزائر.
53. عمر سليمان الأشقر :أحكام الزواج ،دار النفائس،ط1997، 1، عمان.
54. كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع ، تونس ، 1983 .
55. محمد ابن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب ، دار السلام للطباعة والنشر، ط1،1997 م، ج 5.
56. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ، د.ت.ن، ج 1.
57. محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة و تنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.
58. محمد المنتصر الكتابي: تقريب فقه ابن حزم، دار تراثية للنشر، ط1، القاهرة.
59. محمد المنتصر الكتاني، فقه ابن حزم الظاهري، الدار السلفية لنشر العلم،ط1، 1992، مصر.
60. محمد بن إدريس الشافعي: موسوعة الإمام الشافعي الأم، دار إحياء التراث العربي، ط1، 2000، لبنان.

61. محمد بن علي الولوي، شرح سنن النسائي، دار البروم، المملكة العربية السعودية، ط1، ج1، 2003.
62. محمد بن يوسف أطفيش: النيل وشفاء العليل، مكتبة الارشاد، ط3، ج6، 1985، السعودية.
63. محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
64. محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، مجلد 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
65. محمد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر ، دمشق، سوريا، ط 1981، ام ،ج 1.
66. محمد سعيد رمضان البوطي: محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، ط2، 1999، دمشق.
67. محمد سمارة: أحكام وأثار الزوجية، دار الثقافة، ط1، 2008، الأردن.
68. محمد علي السرطاوي، قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، عمان، ط1،1417هـ/1997م، ج 1.
69. محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج 1، شركة الشهاب، الجزائر، د س ن.
70. محمد فهد شفقة، شرح الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دمشق، سوريا ، د.ت .ن، ج .
71. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998.
72. محمد ناصرالدين الألباني: صحيح سنن النسائي، حديث رقم 1784، مكتبة المعارف، ط1، ، 1998، بيروت.
73. محمد يعقوب الدهلوي، حقوق الزوجية والتنازل عنها، دار الفضيلة، ط1، 2002، السعودية.

74. محمد يوسف الزرقاني : شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، لبنان.
75. المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح في الخلاف على مذهب الإمام أحمد،ط1،دار إحياء التراث العربي، بيروت،1997.
76. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج1، ط2، دمشق، دار القلم، 2004.
77. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع عن متن الأقناع، دار الكتب العلمية، ج5، لبنان.
78. نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية، دار ابن حزم،ط1، 2003،لبنان.
79. وهبة الزحيلي: الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، ط4، 1997، دمشق.

الرسائل الجامعية :

1. سي ناصر بوعلام ، الاشتراط في عقد النكاح وأثرها بين الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم الإسلامية ، جامعة وهران .
2. طلافحة محمد عبد الله على، التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية، أطروحة دكتوراه في الفقه والأصول، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية 2004.
3. لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996.
4. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية الاجتماعية والإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر،2009/2008.
5. مسعودي رشيد ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، تلمسان .
6. يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون الاسرة ، المركز الجامعي ، بشار ، الجزائر ، 2007/2006.

المجلات :

1. فاطمة حداد، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع، ص244.

النصوص القانونية :

1. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
2. قرار المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص ، المؤرخ في 03-03-1971 نشرة القضاة ، العدد 02 .
3. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المؤرخ في 20-06-1988 ، المجلة القضائية،1991م، العدد 02.
4. قرار رقم 75588 الصادر عن المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1992/02/02، العدد 4.

.

الفهرس :

شكر وتقدير	
الإهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ
الفصل الأول : ماهية الشرط في عقد الزواج	
المبحث الأول : مفهوم الشرط ومعنى اقترانه بالعقد	**06**
المطلب الأول : تعريف الشرط	**06**
الفرع الأول: الشرط لغة.	**06**
الفرع الثاني: الشرط اصطلاحا	**07**
المطلب الثاني : الشرط المقترن بعقد الزواج وبيان أوصافه	**10**
المبحث الثاني : أنواع الشروط المقترنة في عقد الزواج وأصل مشروعيتها	**21**
المطلب الأول : أنواع الشروط المقترنة في عقد الزواج	**21**
الفرع الأول : الشروط الصحيحة	**21**
الفرع الثاني : الشروط الباطلة	**25**
المطلب الثاني : الشروط في عقد الزواج بين المشروعية والحضر	**35**
الفرع الأول: الشروط المشروعة	**35**
الفرع الثاني: الشروط المحظورة	**37**
الفصل الثاني : القيود والآثار للاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري	
المبحث الأول: القيود الواردة على حرية الاشتراط في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	**43**

المطلب الأول: القيود الواردة على حرية الاشتراط في الفقه الإسلامي	**43**
الفرع الأول: الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة	**44**
الفرع الثاني: الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الحظر	**47**
الفرع الثالث: مناقشة أدلة الاشتراط في عقد الزواج	**50**
المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري	**54**
الفرع الأول: مراعاة قواعد النظام العام	**55**
الفرع الثاني: مراعاة قواعد الآداب العامة	**56**
الفرع الثالث: عدم منافاة أحكام قانون الأسرة	**58**
المبحث الثاني: أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	**60**
المطلب الأول: أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي.	**60**
الفرع الأول: الشروط الموافقة لمقتضى العقد:	**60**
الفرع الثاني: الشروط المناقضة لمقصود العقد أو لمقتضى العقد	**61**
الفرع الثالث: الشروط المختلف فيها	**63**
المطلب الثاني: أثر الاشتراط في عقد النكاح في قانون الأسرة الجزائري	**66**
المطلب الثالث: الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط في قانون الأسرة الجزائري	**68**
المطلب الرابع: بعض التطبيقات	**70**
خاتمة	**76**
قائمة المصادر والمراجع	
ملخص	

ملخص:

يعد عقد الزواج من العقود الرضائية، والذي عرف الكثير من العناية والاهتمام سواء من قبل الفقه الإسلامي أو قانون الاسرة الجزائري، ولقد اعترف هاذين الأخيرين بحق الاشتراط في عقد الزواج لكلا الزوجين، ويجوز لهما أن يشترطا ما يريدانه من الشروط لكن هذا الحق غير مطلق لوجود قيود وضوابط تحد من حرية الطرفين .

الكلمات المفتاحية : الاشتراط – عقد الزواج – الفقه الإسلامي – قانون الأسرة الجزائري

Summary :

The marriage contract is one of the consensual contracts, which has been known for a lot of care and attention, whether by Islamic jurisprudence or the Algerian family law, and these two have recognized the right to stipulate in the marriage contract for both spouses, and they may stipulate whatever conditions they want, but this right is not absolute because there are restrictions And controls limit the freedom of both parties.

Keywords: stipulation - marriage contract - Islamic jurisprudence - Algerian family law