الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
كلية الحقوق والعلوم سياسية
قسم الحقوق
ميدان الحقوق
تخصص قانون الأسرة

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر

الاشتراط في عقد الزواج

إعداد الطالبين:
– مراد قصابي
–جعفر سفاري
إشرا ف الأستاذ:
خالد عطوي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
مقدم ياسين	أستاذ محاضر – أ –	رئيسا
خالد عطوي	أستاذ محاضر – أ –	مشرفا ومقررا
لعمارة عبد الرزاق	أستاذ مساعد – أ –	ممتحنا

السنة 2022/2021

بسم الله الرحمان الرحيم

إهـــداء

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على نبيه المصطفى محمد ابن عبد الله الرحمة المهداة والنعمة المزداة والسراج المنير أما بعد:

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى ومنه وكرمه، مهداة إلى الوالدين الكريمين فالشكر كل الشكر إلى رمز التضحية والعطاء الوالد العزيز، وكل التقدير والعرفان لمربية الأجيال، لمن أضاءت قناديل العلم والمعرفة في قلبي الوالدة الكريمة.

إلى حرمي المصون الزوجة الكريمة، إلى بنيتي الكتكوتة ندى علياء، إلى جميع إخوتي وأخواتي، إلى جميع أصدقائي وزملائي .

مـــراد قصابي

الإهـــــــــــداء

الحمد لله الذي رزقنا من العلم ما لم نكن نعلم ووفقنا في هذا، ولم نكن لنصل إليه لولا فضل الله علينا .

أما بعد أهدي ثمرت عملي هذا إلى الشمعة التي أنارت دربي وفتحت لي أبواب العلم والمعرفة إلى من كان رمز القوة والتقاء إلى أعز إنسان في الوجود

" أمي رحمها الله، أبي أطال الله في عمره"

إلى أخواتي العزيزات، إلى جميع الأصدقاء والأقارب

إلى من ذكرهم قلبي ولم يذكرهم قلمي.

جعفر سفاري

شكـــــــر وتقدير

الحمد لله الواحد الأحد الفرد الصمد، حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، وصلاة وسلاما دائمين متلازمين على من اختاره الله رحمة للعالمين، محمد ابن عبد الله القرشي صلى الله عليه وسلم .

اللهم لك الحمد كله ولك الشكر كله على أن وفقتنا لإنجاز هذا العمل .

مصداقا لقوله صل الله عليه وسلم"من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

اعترافا لأهل الفضل والعطاء، فإني أتقدم بالشكر الجزيل والثناء الحسن إلى الأستاذ الفاضل الدكتور "خالد عطوي" الذي تولى الإشراف على انجاز هذا العمل بكل حرص وعناية وإرشاد وتوجيه، فجزاك الله خيرا.

كما أتقدم بخالص الشكر لأساتذتي الفضلاء أعضاء لجنة المناقشة سائلا المولى عزوجل أن ينفعنا بعلمهم.

قائمة المختصرات:

د م ن: دون مكان نشر

ط: طبعة

د ط: دون طبعة

د ت ن: دون تاريخ نشر

ج: الجزء

ص: الصفحة

ج ر: الجريدة الرسمية

م ق: المجلة القضائية

أولا: التعريف بالموضوع

إن الأسرة هي اللبنة الأساسية لبناء المجتمع، حيث اهتمت الشريعة الإسلامية بها اهتماما شديدا، وأولتها عناية فائقة، وحرصت على تماسكها وحفظها مما يقوض دعائمها، فجاءتها بمنهج قويم في تربية النفوس والأجيال والأمم، وبناء الحضارات، لذلك استحقت إحاطة القرآن بها، وبيان سبل رعايتها، ودوام استمرارها واستقرارها عن طريق الزواج لتحقيق الأنس والمودة، وبناء أسرة متماسكة متعاونة، قائمة بشرع الله، فجاء في سورة الروم الآية 21 من كتاب الله عزوجل ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ .

لقد أولى الشرع الإسلامي والقانون الجزائري عقد الزواج اهتماما بالغا، لأن فيه حفظ النسل والحياة البشرية، فعقد الزواج يخضع لأحكام شرعية أصلية وضعها الشارع الحكيم لا يمكن مخالفتها كوجوب توافر العقد على الأركان والشروط التي يتكون منها، كما نجد أحكاما تبعية خضعت للإرادة الحرة للمتعاقدين، كإشتراط الزوج على زوجته عدم العمل، وذلك تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

لقد منحت الشريعة الإسلامية لكل من الزوجين الحق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة وذلك لضمان حقوقهما وقيام علاقة زوجية قوامها الهدوء، والرحمة، المحبة والتعاون، وتكون خالية من المشاكل التي تهدد كيانها واستقرارها مادام أن باب الاشتراط مفتوح، ومن تمام هذه الشريعة وكمالها أنها جاءت راعية للعقود والمواثيق والشروط، فقد قال الله عزوجل في كتابه العزيز ﴿ أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾"سورة المائدة الآية 1"، كما أن السنة النبوية عظمت من هذه للشروط التي يتفق عليها الزوجين، وجعلها النبي صلى الله عليه وسلم أحق بالوفاء من غيرها في العقود، فعن عقبة بن عامر عن النبي صل الله عليه وسلم أنه قال" أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ مِنَ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفروج "[1].

[1]-أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، رقم الحديث 4856، صحيح البخاري، تحقيق د مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، ج5، دمشق، 1993، ص1978

كما أجاز المشرع الجزائري في قانون الأسرة لكل من الزوجين أن يشترط في عقد الزواج الشروط التي يراه ضرورية، وتحقق مصلحتهما ما لم تكن مخالفة للقانون، غير أن الاشتراط في عقد الزواج لا يمكن أن يكون على إطلاقه، فهذه الشروط كان لزاما أن تخضع لضوابط لا يمكن لطرفي العقد أن يخرجا عنها، سواء من منظور الشريعة الاسلامية أو القانون الجزائري.

ثانيا: أهمية الموضوع

1.تبرز أهمية الموضوع في: تبيان قاعدة الإلتزام في الشريعة الإسلامية، وتوضيح الأحكام المتعلقة بالشروط المقترنة بعقد الزواج، كما أن الموضوع جدير بالدراسة لأنه يرتبط بمبادئ هامة في القانون منها مبدأ الرضائية في عقد الزواج.

2.حاجة الأزواج إلى المشارطات في عقد الزواج بسبب اتساع مجال الحرية الفردية، وتعدد الأعراف، ورغبة كل زوج في تأسيس أسرته وفقا لظروفه الخاصة.

3.يكتسي هذا الموضوع أهمية كبيرة باعتبار أن الشروط المتفق عليها تعد بمثابة الأمان الذي يقي من جميع أشكال المشاكل التي يمكن أن تهدد استقرار الحياة الزوجية في المستقبل، وتحافظ على قدسية الزواج وإستمراريته على أساس المودة والرحمة .

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

تكمن أهم أسباب ودوافع إختيار الموضوع :معرفة الأحكام المترتبة على المشارطات في عقد الزواج.

-لمعرفة أهمية الشروط المقترنة بعقد الزواج، ومدى تأثيرها على الحياة الزوجية، وفي قيام الأسرة المسلمة الصالحة.

-رفع الحرج عن المقبلين على عقد الزواج في معرفة ما يصلح لهم، وما لا يصلح لهم من شروط.

رابعا:الدراسات السابقة

معظم الدراسات السابقة في موضوع الإشتراط في عقد الزواج كانت مقارنة بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية منها:

1. الاشتراط في عقد الزواج –دراسة مقارنة –بين القانون الجزائري والقانون المغربي مذكرة لنيل شهادة ماجستير ،جامعة تلمسان 2016/2015، لصاحبها بوراق فتيحة، حيث كانت إشكالية البحث تتمحور حول ماهي الشروط المقترنة بعقد الزواج؟مع وضعه لبعض الإشكاليات الفرعية.

2. الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية ،جامعة وهران2011–2012، سي ناصر بوعلام، حيث كانت إشكالية البحث هل على القول بأن الأصل في الاشتراط الجواز يبيح للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج ما بدا لهما؟أم لابد هناك من ضوابط يجب أن يلتزم بها الزوجين عند الاشتراط؟وما أثر ذلك على عقد الزواج؟

3. الشروط المشترطة في عقد النكاح مذكرة لنيل شهادة ماجيستير جامعة غزة 2007، خديجة أحمد أبو العطا .

إنه ومن خلال الاطلاع على هذه الدراسات حاولت أن التوسع في بعض المعلومات بالنظر إلى المستجدات والمتغيرات في مسألة المشارطات في عقود الزواج .

خامسا: الإشكالية

ما المقصود بالاشتراط في عقد الزواج؟وماهي القيود والآثار الواردة عليه من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ؟

سادسا:خطة الموضوع

وللإجابة على الإشكالية المطروحة عالجنا الموضوع وفق خطة تتكون من:

مقدمـــة: تشمل التعريف بموضوع البحث، أهمية البحث، أسباب اختيار الموضوع، أهمية الموضوع، الدراسات السابقة، إشكالية البحث، خطة الموضوع، المنهج المتبع، أهداف الموضوع، الصعوبات والعوائق.

الفصل الأول تم التطرق فيه لحقيقة الشرط المقترن بعقد الزواج، حيث قسم إلى مبحثين، تم التطرق في المبحث الأول إلى مفهوم الشرط، وفي المبحث الثاني إلى مضمون الشرط المقترن بعقد الزواج والقيود الواردة عليه .

الفصل الثاني تم التطرق فيه لآثار الشرط المقترن بعقد الزواج، حيث قسم إلى مبحثين، في المبحث الأول تناول آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج، والمبحث الثاني تناول آثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج، وأكملنا البحث بخاتمة.

سابعا: المناهج المتبعة

تم الاعتماد على جملة من المناهج أهمها:

المنهج الاستنباطي الذي يعتمد على الاستنباط من الكل إلى الجزء قصد تبيان مضمون النصوص والقائم على التفصيل في الموضوع، والمنهج الاستقرائي الذي يعتمد على التحليل والتركيب في الإنتقال من الجزئيات إلى الكليات، واستقراء الأقوال الفقهية، والمنهج المقارن وذلك عند عرض الآراء المختلفة لأهل العلم عند المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

ثامنا: أهداف الموضوع

تكمن أهمية الدراسة في إبراز مضمون وقيود وآثار الشروط المقترنة بعقد الزواج وتبيان حكم الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري منها، حتى تتضح الرؤيا لمن هو مقبل على هذا العقد المتين والميثاق الغليظ .

نستهدف من خلال هذا الموضوع المقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري حتى نبين أوجه القصور الواردة في هذا القانون، بإعتبار أن أحكام الشريعة الإسلامية قد عالجت الموضوع من كل جوانبه

تاسعا: الصعوبات والعوائق

لا يخفى على أحد الصعوبات التي يواجهها الباحث في مجال البحث العلمي، ولعل أهم صعوبة واجهت موضوع البحث هذا قلة المراجع التي قارنت بين المشارطات بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الشيء الذي أدى إلى صعوبة استقاء المعلومات والتوسع فيه، خاصة في ظل اختلاف الأعراف من منطقة إلى أخرى وتعدد الشروط من عقد إلى آخر.

الفصـــل الأول

حقيقة الشرط المقترن بعقد الزواج

تمهيد:

لقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وافية لمصالح الناس، في العاجل والآجل، فالمستقرئ لهذه الأحكام يجد أنها جاءت مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد عن المكلفين، فأحاطت بكل ما يستجد في الحياة، ومن تلكم الأحكام الشرعية العملية ما يتعلق بالعقود التي تبرم ما بين الناس، وعلى رأسها عقد الزواج، كما أحاطت القوانين الوضعية، وعلى رأسها قانون الأسرة الجزائري عقد الزواج بضوابط ومعايير تبين المصلحة المرجو منه، ذلك أن الزواج يعد من بين العقود التي حرص الشارع الحكيم وقانون الأسرة الجزائري على تنظيمه، وبيان أحكامه وشروطه وأركانه، لأن فيه حفظ النسل، وحفظ الحياة البشرية والأخلاق الاجتماعية، فالزواج كعقد لا يمكن أن يغيب عنه مبدأ سلطان الإرادة بصورة كلية، إذ يبقى هذا المبدأ حاضرا بقوة لا سيما عند تكوين العقد، خاصة وأنه يخضع لمبدأ الرضائية، بإعتباره أنه أهم عقد مكن أن يبرمه الشخص في حياته، لذالك جاز له أن يشترط فيه الشروط التي يرى أنها في مصلحته[1].

اعتمادا على ماسبق سيتم التطرق في غضون هذا الفصل الى مفهوم الشرط (المبحث الأول)، وفي المبحث الثاني (مضمون الشرط المقترن بعقد الزواج والقيود الواردة عليه) .

[1]–سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد النكاح في سلسلة العلوم الإنسانية، الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الازهر غزة، فلسطين، العدد2، 2008، ص11.

المبحث الأول: مفهوم الشرط

إن الاشتراط في العقود هو حق للمتعاقدين أو أحدهما، فالعقود تشمل من حيث الإطلاق والتقييد حالتان عامتان، فإما أن تصدر من المتكلم منجزة ومطلقة، وخالية من كل قيد أو شرط فيرتب العقد حينها آثاره، وإما تصدر صيغة العقد بأمر يقصد به إما تعليق وجود العقد بوجود شيء آخر، أو تأخيره إلى زمن معين أو تقييد حكمه و آثاره [1]، وهذا هو الأمر الذي يقتضي التطرق إلى تعريف (الشرط) في المطلب الأول، ثم (أقسام الشرط وخصائصه)في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الشرط

قد يرى بعض المتعاقدين أن يضبط أمور حياته بما يحقق له مصالح خاصة، تضاف إلى المقاصد الأصلية، ولهذا الغرض فتح الشارع الحكيم المجال أمام المتعاقدين ليضيفا شروط أخرى من شأنها أن تحقق مصلحة لمشترطها وتحدث توازنا في هذا العقد الجليل وهو حق كفلته الشريعة الإسلامية، وتبعها قانون الأسرة الجزائري فأجاز للزوجين أن يشترطا ما يحقق مصلحتهما، وهذا ما يقتضى التطرق إلى تعريف الشرط لغة(الفرع الأول)، واصطلاحا (الفرع الثاني).

الفرع الأول:تعريف الشرط لغة

الشرط بسكون الراء إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه وجمعه شروط، وهو القيد والحكم[2]، وهناك مدلول آخر للشرط إلزام الشيء والتزامه كالشريطة جمع شروط واشترط عليه وشارطه، شرط كل منهما على صاحبه[3]، ومنه أطلق الشرط في اللغة على ما يشترطه

1-رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط1، مصر، ، 2001، ص 23 .

2-ابن منظور :هو محمد بن مكرم بن علي بن احمد الأنصاري بن جمال الدين ابو الفضل ولد سنة 630 هـ ، لسان العرب ، ج8، ط1، بيروت، لبنان، (د، س، ن) ص 309.

3-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، ط 3، دمشق، سوريا، 2009، ص674 .

المتعاقد في عقوده والتزاماته اتجاه نفسه أو غيره، فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أمثاله باشتراط أحكام إضافية يتفق عليها الطرفان[1]، والشرط بتحريك الراء العلامة، والجمع أشراط نحو أشراط الساعة، قال الله عزوجل "فقد جآء أشراطها"[2].

ومنه أطلق الشرط لغة على ما يشترطه المتعاقد في عقوده والتزاماته سواء اتجاه نفسه أو اتجاه غيره، فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أعيانه بأحكام إضافية يشترطها ويتفق عليها المتعاقدان[3].

الفرع الثاني :تعريف الشرط اصطلاحا

لمعرفة الشرط اصطلاحا سيتم التطرق لتعريفه عند الدارسين لأصول الفقه(أولا) وعند فقهاء الشريعة (ثانيا)، وعند الدارسين للقانون (ثالثا) .

أولا:تعريف الشرط عند الأصوليين

عرف الحموي الشرط بأنه:"إلتزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة"[4]، كما عرفه الشيخ زكي الدين شعبان بأنه" دلالة النص الذي علق الحكم فيه على شيء بأداة من أدوات الشرط على نفي الحكم عند انتفاء الشرط"[5].

عرفه وهبة الزحيلي بأنه" الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الحكم من غير إفضاء عليه، وبعبارة أخرى هو ما يستلزم من عدمه عدم الحكم أو عدم السبب"[6].

ما يتوقف الشيء على وجوده، وكان خارجا على حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء، فالزوجية شرط لإيقاع الطلاق، فإذا لم توجد

1-رشدي شحاتة، المرجع نفسه، ص28.

2-سورة محمد الآية 18 .

3-رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص28.

4-الحموي أحمد بن محمد مكي الحسيني، غمز عيون البصائر في شرح كتاب الأشباه والنظائر، تحقيق أحمد الحموي، دار الكتب العلمية، ج4، (د، ط)، بيروت، لبنان، 1985، ص41 .

5- زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، (د، ط)، بالقاهرة، (ب، س، ن)، ص 387.

6- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج1، ط2، دمشق، 1998، ص99.

زوجية لم يوجد طلاق ولا يلزم من وجوده الزوجية طلاق [1].

محترزات التعريف:

1.لا يلزم من وجوده وجود:قيد احترز به عن السبب، حيث أنه يلزم من وجوده الوجود، مثال لا يلزم وجود الطهارة وجود الحكم وهو صحة الصلاة، فقد يوجد الشرط وهو الطهارة وتفسد الصلاة لفقد شرط آخر، كأن يصلي قبل دخول الوقت.

2.ما يلزم من عدمه العدم :قيد احترز به عن المانع، وذلك لأنه بانعدام المانع لا يترتب عليه وجودا ولا عدم، ومثال ذلك الشروط التي يتطلبها المشرع لإبرام العقود، كشرط لأهلية فإنها إلزامية في كل عقد، حيث أن فاقد الأهلية كالمجنون لا ينعقد عقده[2]، مثال:يلزم من عدم الطهارة عدم صحة الصلاة، لأن الطهارة شرط لصحة الصلاة.

ثانيا:تعريف الشرط عند فقهاء الشريعة الإسلامية

استعمل الفقهاء مصطلح الشرط استعمالا لا يخرج عن أصل المعنى الأصولي، غير أن استعماله فقها هو شكل من أشكال التطبيق في الفروع، وفي هذا الإطار عرفه زكي الدين سفيان "بأنه إلتزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائد عن أصل التصرف، سواء كان هذا الإلتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا، وسواء كان فيه منفعة للملتزم أم لغيره أم لا، ثبت ذلك باللفظ أم لا"[3].

تجدر الإشارة أن فقهاء الشريعة كثيرا ما يتطرقون الى حقيقة الشرط عند ذكر شروط عبادة ما أو معاملة، كشروط الصلاة وشروط البيع، لأن غايتهم في ذلك ليس ضبط مفهوم الشرط بقدر ما يعنيهم تطبيقه على فروع الفقه.

---

[1]–عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، بيروت، لبنان، 2011، ص 46.

[2]–كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار بوسلامة للطباعة والنشر، تونس،(د،ط) 1983 ص 36.

[3]–خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد النكاح ، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2007، ص 5 .

ثالثا:تعريف الشرط عند فقهاء القانون

الشرط عند شراح القانون "هو عبارة عما يحتاجه العقد ليكون منعقدا صحيحا، فيقال شروط انعقاد وهي التراضي، المحل، السبب، الشكل في العقود الشكلية، ويقال شروط صحة، وهي الأهلية، سلامة الرضا من العيوب"[1].

ويعرف أيضا:"هو الذي يعلق انعقاد العقد على تحققه ووجوده في المستقبل، وهو المراد بالشرط التعليقي عند الفقهاء، فلا يكون العقد ملزما إلا بوجود الشرط"[2]، وهذا ينقسم إلى قسمين هما:

1-الشرط الواقف:هو الأمر الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام، فإن لم يوجد تخلف الالتزام معه، مثل تعليق الأب هبته لإبنه على زواجه، فالزواج شرط واقف، فلا يجب الالتزام بالهبة إلا بوجود الزواج، و كالقول"أشتري حصانك إذا فاز بالسباق".

2- الشرط الفاسخ هو الشرط الذي يترتب على وجوده الإلتزام بالعقد، مثل اشتراط الدائن على المدين أن يدفع الأقساط الباقية من الدين في وقت معين لكي يتنازل عن جزء من الدين، فلو تأخر عن السداد فيجوز للدائن الرجوع عن التنازل ولا يلتزم به، وكالقول أشتري حصانك، ويفسخ البيع إن لم يفز بالسباق[3]، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في القانون المدني بقوله:" يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه"[4].

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا للشرط، بل اكتفى بالإشارة إليه في الباب الثالث المعنون الأوصاف المعدلة لأثر الإلتزام، إقرارا منه لإرادة المتعاقدين في الإشتراط من أجل تعديل العقد أو التصرف تحت مبدأ سلطان الإرادة .

---

[1]- زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، دار النهضة، ط1، القاهرة، مصر، 1986، ص 36 .

[2]- شعبان زكي الدين، المرجع نفسه، ص 34 .

[3]-صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي، أحكام الشروط المقترنة بعقد النكاح وآثارها، جمعية دار البر، ط1، دبي، الامارات العربية المتحدة، 2014، ص32.

[4]-المادة 203الأمر 75-58 المؤرخ في 26 /09/ 1975 المتضمن القانون المدني،ج ر، عدد 78، مؤرخة في:1975/09/30،

المطلب الثاني:أقسام الشرط و خصائصه

إن للشرط عدة أوصاف تميزه، من حيث أقسامه التي تختلف بحسب مصدره أو وظيفته أو موضعه، ومن حيث خصائصه التي تميزه عن غيره من المصطلحات المشابهة له، لذا سنتطرق إلى أقسام الشرط في (الفرع الأول) و خصائص الشرط في (الفرع الثاني).

الفرع الأول :أقسام الشرط

ينقسم الشرط إلى عدة أقسام سواء من حيث مصدرها(أولا)، ومن حيث وظيفتها (ثانيا) و من حيث موضعها في العقد (ثالثا).

أولا :أقسام الشرط من حيث المصدر:عند النظر في أنواع الشرط من حيث المصدر، نجد أنها تنحصر في ثلاثة أنواع، فالمصدر إما أن يكون من الشارع(1)، أو من أحد المتعاقدين(2)، أو من عرف الناس(3) .

1-الشرط الشرعي:هو ما اشترطه الشارع من أحكام وتصرفات، مثل الشروط التي وردت في العبادات، والمعاملات، و إقامة الحدود"[1]، فالشرط الشرعي هو ما يفرضه الشارع فيجعل تحققه لازما لتحقق أمر آخر، كوجوب العبادة أو صحتها، أو لانعقاد العقد أو لصحته أو لنفاذه ولزومه وذلك مثل اشتراط البلوغ والعقل لوجوب الصلاة، واشتراط الشهادة لصحة عقد النكاح، وهذه الشروط يرتبط بها المشروط عدما، بحيث إذ لم يتحقق الشرط فإنه لا يتحقق المشروط، وهذا ما اصطلح عليه في القانون باسم الشرط القانوني، وهو الشرط الذي يكون اشتراطه بنص قانوني كشرط الأهلية الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 78 من القانون المدني الجزائري[2]. ومن أمثلة هذه الشروط مايلي :

1. شروط الانعقاد:كاتفاق الإيجاب والقبول، وسماع المتعاقدين لبعضهما.

[1]– صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي، مرجع سابق، ص33 .

[2]–المادة 78 من ق م ج "كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون" أنظر قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975والمتضمن القانون المدني، ج، ر رقم 44 ص21.

2. شروط الصحة:مثل الشهادة على عقد الزواج.

3. شروط النفاذ:مثل البلوغ، فلا ينفذ نكاح الصبي.

4. شروط اللزوم:مثل خلو الزوجين من العيوب .

2-الشرط الجعلي :هو ما يكون باشتراط المكلف، فهو ما ينشئه الشخص نفسه بتصرفه و إرادته، فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة عليه ومرتبطة به، ومن ثم فإذا تخلف ذلك الشرط فإنه لا تتحقق تلك العقود أو الالتزامات، وهي تسمى شروط جعلية .

فالشرط الذي يضعه أحد المتعاقدين في العقد بهدف تحقيق مصلحة خاصة، ولذلك يسمى بالشرط الإرادي، لأن مصدره إرادة أحد المتعاقدين[1]، فهي شروط في أحكام وضعية، كاشتراط المهر المعجل في الزواج[2].

هذا وينقسم الشرط الجعلي إلى نوعين:

أ-الشرط التعليقي:يقصد به كل شرط يعلق الإنسان تصرفه فيه على حصول أمر من الأمور، ويكون بأداة من أدوات الشرط التي تربط بين فعلين وذلك مثل أن يقول إن سافرت إلى بلد كذا فقد وكلتك بيع سيارتي، فهنا قد علق الموكل الوكالة على شرط، وهو سفره إلى بلد آخر، ولا بد أن يكون الشرط معدوما ويمكن حصوله في المستقبل، فالمشترط يجعل العقد معلقا على تحقق الشرط، ويطلق عليها باسم الشروط التي يتوقف عليها وجود العقد.

ب-شروط تقترن بالعقد (شروط تقييدية):هي الشروط التي تكون مدرجة في العقد فتزيد في إلتزاماته، أو الحقوق المترتبة عليه، كالزواج بشرط أن يقدم الزوج شيء للزوج الآخر[3].

ويقصد به ذلك الشرط الذي يقترن بالعقد، فيضيف به أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر التزاما زائدا لا يقتضيه أصل العقد، مثل أن يزوجه ابنته بشرط أن يسمح لها بالخروج للعمل،

---

[1] -صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي، مرجع سابق، ص34.

[2]-محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، (د، ط)، (د، ت، ن)، ص 61.

[3]- محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، 1994 ، ص 414.

فهذا الشرط يعدل من آثار العقد الأصلية بالتزامات زائدة اشترطها أحد المتعاقدين أو كلاهما.[1]

3-الشرط العرفي:يعتبر العرف من مصادر الشرط، لما له من أهمية في حياة الناس، فالعرف هو مجموعة القواعد غير المكتوبة التي إتبعها الأفراد في سلوكهم أجيالاً متعاقبة حتى نشأ الإعتقاد لديهم أن هذه القواعد أصبحت ملزمة، ومثاله تقسيم المهر إلى مؤجل ومعجل، فهذا العرف سارت به الركبان .

ويعرف أيضا على:أنه شرط لا يقتضيه العقد ولكنه يلائمه، وجرى التعامل به بين الناس، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين[2].

والشرط العرفي المعتبر يجب أن تتوفر فيه عدة أمور[3]:

1. أن يكون العرف مطردا، أو غالبا.
2. أن يكون العرف قائما عند إنشاء العقد.
3. ألا يعارض نص صريح لأحد المتعاقدين في العقد.
4. أن لا يعارض حكما شرعيا.

ثانيا:أقسام الشرط من حيث وظيفته

ينقسم الشرط من حيث وظيفته إلى شرط تعليق وهو ما يكون العقد معلقا عليه(1)، أو يكون شرطا مضافا وهو ما يعرف بشرط الإضافة(2)، أو يكون مقيدا وهو ما يعرف بشرط التقييد(3).

---

[1]- محمد عبد الرحمان محمد الضويني، الشروط المقترنة بعقد النكاح وتطبيقاتها، ط1، دبي، الامارات العربية المتحدة، 2013، ص23 .

[2] -عبد النور فارح علي، أثر الشروط الجعلية في العقود المالية دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب المصرية، ط1، القاهرة، 2021، ص87.

[3] - محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، ط 10، مصر، 1985، ص326 .

1-شرط التعليق:هو الشرط الذي يعلق عليه وجود الإلتزام بالعقد، أو زواله[1]; فالعقد المعلق مرتبط بأمر مستقبلي يتحقق وجود العقد به، وهو ما كانت صيغته غير دالة على إنشاء العقد من وقت صدورها، ولكن تدل بأداة من أدوات التعليق وهي إن و أخواتها، وهو على نوعين شرط واقف، وشرط فاسخ.

2-شرط الإضافة:هو الشرط الذي يضع أحكام العقد، على الرغم من قيامه بالتراخي إلى زمن معين في المستقبل، فهو عقد له أجل محدد، تترتب بعده أحكام العقد، فالعقد مضاف إلى أجل في المستقبل، ومثال ذلك أن يؤجر المؤجر منزله إلى شخص ما ابتداء من أول السنة فعقد الإجارة لا تترتب عليه الأحكام إلا عند حلول هذا الأجل[2]، غير أن عقد الزواج لا يشمله شرط الإضافة إلى زمن المستقبل لأن عقد الزواج يوجب تمليك الاستمتاع في الحال .

كما يعرف شرط الإضافة بأنه: إرجاء أثر التصرف المنعقد إلى زمن مستقبل بشرط أن يكون معين كقولك أجرتك هذه الدار اعتبارا من أول الشهر القادم، فالعقد منعقد ولكن آثاره لا يبدأ سريانها إلا بدءا من الزمن المستقبل المعلوم الذي أضيف التصرف إليه، فالمقصد من إضافة الحكم إلى الزمن المستقبل إرجاء آثار العقد إلى الزمن المستقبل الذي حدده العقد، فالإضافة تؤخر ترتب الحكم على السبب إلى الوقت الذي أضيف إليه السبب، كما أن شرط الإضافة يأخذ صورة مثل اشتراط أحد الزوجين في صاحبه الآخر صفة معينة، سواء كان المشترط هو الزوج أو الزوجة، والراجح من أقوال الفقهاء هو صحة شرط الصفة[3]، وتصاغ الإضافة عادة بذكر الزمن على سبيل الظرفية للتصرف المضاف، فإن صيغت بطريق التعليق على مجيء الزمن فهو شرط تعليق لا شرط إضافة[4].

---

[1]-مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، ج1، (د، ط)، دمشق، سورية، 2004،ص571.

[2]-حسين أحمد فراج، الملكية ونظرية العقد، الدار الجامعية،(د، ط)، مصر، (د، ت، ن)، ص283 .

[3]- صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي، مرجع سابق، ص38.

[4]-مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 283.

3-شرط التقييد:هو الشرط الذي يقيد أحكام العقد فيعدل في إلتزاماته و آثاره، وشرط التقييد لا عمل له في أصل التصرف، بل يوجد التصرف معه، و إنما يعمل في أثره، وحكمه الذي يترتب عليه، فيقيده بعد أن كان مطلقا، ومثال ذلك إذا قال بعتك الدار بشرط أن أسكنها ستة أشهر، فقبل الطرف لآخر ذلك، فالعقد قد تحقق مع العمل بالشرط، فحكم العقد نقل الملكية، وحرية التصرف، والشرط يقيد ذلك الحكم بإثبات حق السكن للبائع بعد أن كان لا يملك ذلك بمقتضى العقد فقط[1].

ثالثا:أقسام الشرط من حيث موضعه من العقد

الشرط إما أن يتم الإتفاق عليه قبل العقد، ولا يذكر أثناءه، فيسمى بالشرط المتقدم(1)، أو خلال إبرام العقد، وقد يضمن فيه فيسمى بالمقارن(2)، أو بعد إتمام العقد فيسمى الشرط بالمتأخر(3).

1-الشرط المتقدم:هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه المتعاقدين قبل ابرام العقد، وهذا الشرط يكون له ثلاث أحوال.

1.أن يذكر بعد ذلك في العقد، فحينها يصبح الشرط المقترن بالعقد، وتطبق عليه أحكامه.

2.أن ينص في العقد بعدم الإعتداد بأي شرط لا يتضمنه العقد، فيكون الشرط المتقدم لاغيا ولا أثر له.

3.أن يتفق على الشرط قبل ابرام العقد، ولا يضمن في العقد، ولا ينص على تركه، وهذا على خلاف العلماء[2].

2-الشرط المقترن أو المقارن:هو الشرط الذي يتم الإتفاق عليه وقت إبرام العقد، ويتم تدوينه في وثيقة الزواج، ولهذا سمي بالمقارن لأنه يدخل أثناء العقد مقارنا له، إذ أنه ليس متقدم عن إنشاء العقد ولا متأخر عنه فهو شرط يرتب آثاره في العقد[3] ; فالشرط المقارن هو

---

[1]- شعبان زكي الدين، مرجع سابق، ص 33-34.

[2]- صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي، مرجع سابق، ص39.

[3]- مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بشار، 2007،2008، ص29 .

الشرط الذي لا يعلق عليه وجود الشيء أو انعدامه، و إنما هو أمر زائد يضاف إلى الشيء، حيث يقترن بالعقد بكلمة بشرط أن وغيرها .

3-الشرط المتأخر:هو الشرط الذي يشترطه المتعاقدان بعد إبرام عقدهما، ولهذا سمي بالشرط المتأخر، فبعد إبرام العقد والإنتهاء منه تترتب عليه آثاره.

الفرع الثاني:خصائص الشرط

من خلال استقراء التعريفات القانونية للشرط يتبين جليا أنه أمر مستقبلي (أولا)، محتمل الوقوع(ثانيا)، أنه أمر زائد على أصل العقد(ثالثا).

أولا:الشرط أمر مستقبلي معناه أن يكون الشرط متعلقا بإلتزام سيوجد في المستقبل، غير موجود في الماضي ولا في الحال، حتى لا يستحيل على المتعاقد الإلتزام بالشرط تجاه المشترط، وإذا كان الشرط واقع بالفعل فلا فائدة من اشتراطه[1]، وهذه الخاصية تخرج اشتراط صفات معينة في المعقود عليه من مباحث الشرط المقترن بالعقد، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 203 من القانون المدني "يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه"[2]; فالواقعة التي تصلح أن تكون شرط في الإلتزام يستوجب أن تكون أمرا مستقبلا، فمثلا إذا أبرم شخص عقداً للتأمين من حوادث الطرق، وكان الشخص قد أصيب فعلاً قبل إبرام عقد التأمين في حادثة، فإن شركة التأمين لا تلزم بتعويضه عن أضرار هذه الحادثة.

ثانيا:الشرط أمر محتمل الوقوع يقصد بذلك أن يكون الشرط بأمر يكون في وسع المتعاقد المشترط عليه تنفيذه وهذا الأمر، يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا إلتزام بأمر مستحيل، لأنه اذا كان الشرط مستحيل الوقوع فإن العقد يكون باطلا، والاستحالة يمكن أن تكون مادية أو قانونية، وتتحقق الاستحالة المادية متى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقيق الشرط كالزواج بأحد المحارم، أما الاستحالة القانونية فمناطها نص القانون،

[1]-رشدي شحاتة، مرجع سابق ص47.

[2]-الأمر رقم 75-58، مرجع سابق .

حيث يعتبر الشرط مستحيلا إذا واجه عقبة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم[1]، وقد أشارت إلى ذلك المادة 204 من القانون المدني على "أنه لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام...."[2].

ثالثا:الشرط أمر زائد على أصل العقد: الشرط ليس بجزء أصيل من العقد، إنما هو طارئ عليه بعد تكوينه، ويمكن للعقد أن يكون بدونه، كما قال الزركشي "الشرط ما جزم فيه بالأصل –أي أصل التصرف–وشرط فيه أمرا آخر[3]، كما يقصد بذلك أن ينعقد العقد بمجرد توافر أركانه وشروطه التي طلبها المشرع دون الحاجة إلى وجود شرط مقترن بالعقد، لأن هذا الأخير يدخل على العقد بعد تمامه وتوافر شروطه وأركانه، فلو اشترطت المرأة في عقد الزواج كفيلا لضمان المهر وقبل ذلك الزوج، فإن اشتراط الكفيل لضمان المهر أمر زائد عن عقد الزواج، لأن هذا الأخير ينعقد بدون هذا الشرط، ولا يتوقف وجوده عليه[4].

المبحث الثاني:مضمون الشرط المقترن بعقد الزواج والقيود الواردة عليه

إن اقتران عقد الزواج بإلزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقد، أو بناء على أي شرط إشترطه الطرف الآخر بأي عبارة تفيد ذلك، يعد إشتراط مقترن بعقد الزواج، لأنه قد يرى بعض المتعاقدين أن يضبط أمور حياته بما يحقق له مصالح خاصة، تضاف إلى المقاصد الأصلية، لأن الشارع الحكيم وقانون الأسرة الجزائري قد فتح المجال أمام المتعاقدين ليضيفا شروط أخرى من شأنها مصلحتهما وتحدث توازنا في هذا العقد الجليل وهذه الشروط تقتضي منا في غضون هذه الدراسة التطرق لمفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج (المطلب الأول) وقيود الشرط المقترن بعقد الزواج (المطلب الثاني).

---

[1]–محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، (د، ط)، القاهرة، 2000، ص50.

[2]– العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، ط1، الجزائر، 2013، ص 348 .

[3]–محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد و أثرها فيه في الفقه الاسلامي، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، (د، ط) جامعة قطر، (د ت ن)، ص76 .

[4]–رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص 45.

المطلب الأول:مضمون الشرط المقترن بعقد الزواج

إن البحث في مضمون الشرط المقترن بعقد الزواج يقتضي التطرق إلى تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج (الفرع الأول)، وتمييز هذا الشرط عن الألفاظ المشابهة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول:مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج:

لتحديد مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج ينبغي التطرق إلى مفهوم الشرط المقترن بالعقد (أولا)، والشرط المقترن بعقد الزواج (ثانيا).

أولا:تعريف الشرط المقترن بالعقد

هو إلتزام واقع في العقد حال تكوينه زائد عن أصل مقتضاه الشرعي، سواء أكان هذا العقد ناشئا بإرادة المتعاقدين كالبيع، والإجارة، والنكاح، أم بإرادة منفردة كالهبة، والوصية، وهو يضاف إلى صلب العقد عند إنشائه، بحيث يصبح جزءا من أجزائه التي تم التراضي على أساسها.

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

وعرفه الأستاذ فتحي الدريني بأنه"التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه شرعا"وقال: في بيان ذلك الشرط بأنه يوجب تكليفا في تصرف قولي، سواء كان العقد من عقود المبادلات المالية، أو غير المالية، أو كان هذا العقد تصرفا انفراديا كالهبة والوصية[1].

[1]–محمد عثمان شبير، المرجع نفسه، ص50 .

ثانيا:تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج

الشرط المقترن بعقد الزواج هو شرط مصاحب لهذا العقد بعد أن نشأ صحيحا مستكملا سائر الأوصاف المطلوبة، وهو شرط ليس مرتبطة بجوهر العقد وإنما هو شرط أضافه الزوجان أو أحدهما تحقيقا لمصلحة من يريده، فمثلا لو اشترطت الزوجة على زوجها أن لا ينقلها من بلد أبيها، فإن هذا الشرط مقترن بعقد الزواج، لأن العقد يتم بدونه، فهو قد تم صحيحا، ولكن الزوجة أضافت هذا الشرط بعد عن استوفى العقد شروطه وأركانه، فالشرط يفيد التزام العاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد سواء مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له، أو كان منافيا له، أو يحقق منفعة لمن اشترط لصالحه الشرط[1]، كإلتزام أحد الزوجين أو كلاهما بالوفاء بأمر زائد على مقتضى العقد، أو مقيد له، كأن تشترط المرأة ترك خدمة الزوج، والتفرغ للدراسة.

ويعرف أيضا على أنه:" ما يشترطه أحد أطراف العقد مما يريد به تحقيق منفعة لنفسه، أو تقليص حدود منافع غيره، ويرضى به الطرف الثاني عن طيب نفس منه مختارا غير مكره[2].

ويعرف أيضا على أنه:"ما يشترطه احد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض، ويراد بها الشروط المقترنة بالإيجاب أو القبول، أي أن الإيجاب يحصل ولكن يصاحبه شرط من الشروط"[3].

الفرع الثاني:تمييز الشرط المقترن بعقد الزواج عن بعض الألفاظ المشابهة له

قد يحدث أن يحدث لبس بين مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج وبعض الألفاظ المشابهة له، وهذا ما اقتضى منا التمييز في غضون هذه الدراسة بين الشرط والركن من جهة (أولا)، وكذا التمييز بين الشرط والسبب من جهة أخرى (ثانيا) .

---

[1]–محمد عبد الرحمان محمد الضويني، مرجع سابق، ص20.

[2]–عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر للتوزيع والنشر، ط1، حسين داي، الجزائر، 2007، ص158.

[3] –وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج7، ط1، دمشق، سورية، 1984، ص53.

أولا:التمييز بين الشرط والركن

الركن هو ما يكون به قوام الشيء وجوده بحيث يعد جزءا داخلا في ماهيته[1]; فركن الشيء هو ما يتم به وهو داخل فيه، بخلاف شرطه وهو خارج عنه; فالركن ما كان جزء من ماهية الشيء بمعنى أنه داخل في تركيبه، أو هو عنصر من عناصر وجوده، إذ لا وجود للشيء إلا بوجود أركانه، فإنجاب الأولاد يعتبر واحدة من مقتضيات الزواج لأنه جزء منه، أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عن حقيقته، فزيارة الأهل هي شرط في الزواج وهي أمر خارج عن حقيقة هذا العقد، وخلاصة القول أن الفرق بين الشرط والركن في أن الركن يعتبر جزء من حقيقة الشيئ المشروط، بينما يعتبر الشرط خارج عن ماهية الشرط المشروط[2]، فالتراضي ركن في الزواج لأنه جزء منها والشهادة شرط صحة فيه لأنه أمر خارج عن ماهيته.

ثانيا:التمييز بين الشرط والسبب

عرفه الشاطبي السبب بأنه:"ما وضع شرعا لحكمة يقتضيها ذلك الحكم" كما كان حصول النصاب سببا في وجوب الزكاة، والعقود سببا في إباحة الانتفاع أو انتقال لأملاك وما شابه ذلك[3]، كما تعتبر القرابة الزوجية سببا للإرث حسب نص المادة 126 من قانون الأسرة[4]، فمتى وجدت الزوجة أو القرابة وجب الميراث.

---

[1]– عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، مكتبة وهبة، ط1، القاهرة، مصر، (د ت ن)، ص 83.

[2]–رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، مصر،2011، ص32 .

[3]–أبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، ج1، ط5، بيروت، لبنان، 2001، ص236.

[4]–المادة 126، قانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر، العدد 24 المنشورة في 1984/06/12.

و عرفه القرافي أيضا بأنه "ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته"[1]، بمعنى أن السبب هو كل أمر جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم، وعدمه علامة على عدم الحكم، وقيده بقوله لذاته أي لذات السبب، و أخرج به ما لو قارن السبب فقدان شرط أو وجود مانع، فهذا لا يلزم من وجود السبب وجود الحكم ولكن لا لذاته، بل لأمر خارج عنه وهو انتفاء الشرط أو وجود المانع.

هذا و يتفق الشرط والسبب من جهة أن كلا منهما مرتبط بشيء آخر بحيث لا يوجد هذا الشيء بدونه، وليس أحدهما بجزء من حقيقته، ويختلفان أن وجود السبب يستلزم وجود المسبب إلا لمانع; فالسبب يفضي إلى مسببه بجعل من الشارع، أما الشرط فلا يلزم من وجوده وجود المشروط فيه، فالزواج سبب لوجوب النفقة فإذا إنتهى الزواج سقطت النفقة، أما الشرط فلا يلزم من وجوده وجود الشيء، فالنفقة شرط لوجود الزواج وليست جزءا من حقيقة الزواج، فقد توجد النفقة ولا يوجد زواج.

المطلب الثاني: قيود الشرط المقترن بعقد الزواج

لقد أجاز الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري للزوجين تضمين عقد زواجهما بشروط تحقق مصلحة أحدهما أو كلاهما، غير أن إباحة الإشتراط في عقد الزواج ليست على إطلاقها، بل تخضع هذه الشروط لقيود يجب ألا يتعداها الزوجين، لذا سيتم التطرق في غضون هذا المطلب إلى قيود الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج من ناحية (الفرع الأول)، و قيود الشرط المناقض لهذا العقد من ناحية أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قيود الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج

إختلف الفقهاء في تحديد الضابط الذي يحكم الشروط الصحيحة المشروعة والشروط الفاسدة المحظورة، فيفترقون في ذلك إلى طائفتين، طائفة تضيق المجال على الإرادة في اشتراط ما تشاء من الشروط وعلى رأسهم الظاهرية، وطائفة تعطي للإرادة مطلق الحرية في

[1]–الامام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس، المشهور بالقرافي، دار السلام، ج1، ط1، القاهرة، مصر،2001 ، ص 151.

اشتراط ما تشاء من الشروط وهم الحنابلة، بينما احتل المالكية والشافعية والحنفية موقف وسطا بين موقفي كل من الطائفتين.

أما الشروط الصحيحة التي لا خلاف فيها بين الفقهاء، بإعتبارها تتفق مع مقتضى العقد، ولا تتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية من عقد الزواج، وبها قال جمهور الفقهاء أن الأصل في الإشتراط في عقد الزواج هو الجواز والإباحة، كما لو اشترط أحد الزوجين في الآخر صفة كالجمال أو تكون بكرا وغيرها من الصفات[1]، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث أباح لكل من الزوجين في المادة 19 من قانون الأسرة الحرية في الإشتراط بقولها: "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]، وعليه فإن المشرع نص أن القيد الأساسي على حرية الإشتراط في عقد الزواج هو عدم مخالفة الشرط لأحكام هذا القانون، وهذا ما يقتضي التطرق إلى المشارطات المتعلقة بالجوانب المالية في عقد الزواج(أولا) وشرط عمل المرأة (ثانيا) .

أولا: المشارطات المالية في عقد الزواج

تعد المشارطات بين الزوجين من أهم العوامل التي تؤدي إلى إجتناب النزاعات التي من شأنها أن تهدد استقرار بيت الزوجية، وتبرز أهمية هذه الشروط في الجانب المالي، لذا نخص في هذا الفرع الإشتراط حول الأموال المكتسبة بين الزوجين من وجهة نظر الفقه الإسلامي (1) وقانون الأسرة الجزائري (2).

01-المعالجة الفقهية للمشارطات المالية في عقد الزواج

إن المستقر بشأنه أن الشريعة الإسلامية تقوم على مبدأ الإنفصال الكامل للذمم المالية للزوجين، فهي تساوي بين الرجل والمرأة، وتقر لكل منهما أهلية وجوب، و أهلية آداء كاملة

[1]- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 1، ط4، الجزائر،2005، ص157.

[2]-الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، (ج،ر)، رقم 15 .

تسمح لكل منهما بالتصرف في أمواله دون قيد أو شرط كأصل عام، فالزواج ليس له أي أثر على استقلال الذمة المالية، مما ينتج عنه عدم منح أي سلطة للزوج على أموال الزوجة، وإقرار حرية المرأة في التصرف في أموالها وهو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء[1].

غير أن القول بهذا كله لا ينفي بأن العشرة الزوجية تستوجب اختلاطا في المصالح المالية; فالزواج لا ينشئ إرتباطا بين الزوجين في نطاق روابط الأسرة فحسب، و إنما ينشئ إرتباطا آخر يتصل بالمصالح المالية للزوجين، وهذا الإتحاد والتداخل ترغب فيه، وتدعوا إليه الشريعة لتوحيد الرؤى والمصالح بين الزوجين، ومما استدل به على إمكانية إعمال هذا الإشتراك بين الزوجين، ما جاء به الفقه المالكي إستنادا لأحكام قيام الشركة في الفقه الإسلامي، نجد أن الفقه المالكي يقر بإمكانية قيام شركة بين الزوجين، إذ جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك "قلت هل تجوز الشركة بين النساء والرجال في قول مالك قال ما علمت من مالك في هذا كراهية، ولا ظننت أن أحد شك في هذا ولا رأى به بأس"[2].

انطلاقا من هذا يمكن القول بأنه بإمكان الزوجين إنشاء شركة مال يساهم كل واحد منهما فيها بحصة معينة، كما يمكنهما إنشاء شركة مفاوضة التي تجد سندها في الفقه المالكي .

02-معالجة قانون الأسرة الجزائري للمشارطات المالية

تبنى المشرع الجزائري نظام انفصال الذمم المالية للزوجين بشكل صريح بموجب الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"[3]، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما; فالمشرع أجاز للزوجين أن يتفقا حول الأموال المشتركة بينهما، في حين لم يحدد الشروط التفصيلية لهذا الإتفاق وترك للأطراف حرية

[1]-لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1-، 2014/2013، ص 90.

[2]- لعريبي إيمان، مرجع سابق، ص 91.

[3]-أمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، (ج، ر، رقم 15)

تحديدها وفق ما تقتضيه مصلحتهما، فإرادتهما حرة في تحديد مضمون العقد ولا تكون ملزمة بصبه تحت عنوان عقد من العقود المسماة [1].

ثانيا: مشارطات الزوجين حول عمل المرأة

يعد عمل المرأة من ضمن المواضيع البالغة الأهمية، للمقبلين على الميثاق الغليظ، خاصة في ظل وعي المرأة بضرورة العمل و أصبحت تنافس الرجل في جميع مجالات العمل المختلفة، فعمل المرأة في حالات كثيرة يعد صوناً لها من المهانة وطلب الناس، كما أنه لا يمكن للمجتمعات العربية أن تنمو اقتصادياً أو تنهض حضارياً إذا ما ظلت نصف القوة الإنتاجية – المتمثلة في المرأة – قوة معطلة أو مهمشة أو محظورا عليها المشاركة في تنمية القطاعات الاقتصادية، وعليه سنقف على شرط عمل المرأة الذي حظي بالإهتمام الفقهي و التشريعي .

01-معالجة رجال الفقه للمشارطات المتعلقة بعمل المرأة

اتفق جمهور الفقهاء على أن الأصل هو بقاء المرأة في منزلها وإدارة بيتها، وبالتالي إذا أرادت المرأة الخروج للعمل، فلا يحق لها ذلك إلا بإذن الزوج حتى ولو كان هذا العمل من الأعمال الهامة في المجتمع، لأن حق الإقامة في مسكن الزوجية واجب يقع على عاتقها[2].

إلا أنه استثناءا من هذا الأصل أجازوا خروج المرأة للعمل، فالحنفية يرون جواز خروج المرأة للعمل متى اقتضت الظروف ذلك، فالعمل الذي لا ضرر فيه فلا وجه لمنعها منه، وكذلك ليس له منعها من الخروج إذا كانت تحترف عملا من فروض الكفاية الخاصة بالمرأة مثل عمل القابلة[3].

---

[1]– أبوبكر الصديق بن يحي، عبد القادر ضامن، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة نقدية، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، العدد الثالث، جامعة زيان عاشور الجلفة، بتاريخ 2016/09/01، ص 121 .

[2]–علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، (د، ط) الإسكندرية، مصر، 2004، ص70–71

[3]- لعريبي إيمان، مرجع سابق، ص 137.

02-معالجة قانون الأسرة للمشارطات المتعلقة بعمل المرأة

قد تشترط الزوجة في عقد الزواج شروطا لا تخالف مقتضى العقد وتشمل على مصلحة ومنفعة تعود عليها، منها اشتراطها على الزوج الخروج للعمل، حيث انه وفقا لنص المادة 19 من قانون الأسرة، على المرأة التي هي مرتبطة بعقد الزواج أو التي سترتبط بذلك و كضمان لحقها في العمل، وحتى لا يتعسف في حقها الزوج أن تشترط ذلك في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، و لهذا خص المشرع هذا الشرط بالذكر حاثا المرأة على اشتراطه إن كانت ترغب في العمل خارج البيت، وبذلك يلزم الزوج بالوفاء بالشرط وإن أقدم على الطلاق بناءاً على هذا السبب فإن طلاقه يعتبر تعسفيا، ولا يمكن أن نقول أنها زوجة ناشز[1].

الفرع الثاني:قيود الشرط المناقض لمقتضى عقد الزواج

يقصد بالشروط المخالفة لمقتضى العقد، هي التي لم يرد فيها نص، ولم يجر بها العرف، كاشتراط عدم الإنفاق أو عدم التوارث، وهذا ما يقتضي التطرق لهذه القيود وفقا لما عالجها رجال الفقه الإسلامي (أولا) وفقهاء القانون الجزائري (ثانيا)

أولا:موقف الفقه الإسلامي من الشرط المناقض لعقد الزواج

اتفق الفقهاء وأهل العلم على عدم صحة هذه الشروط التي تخالف ما أمر به أو نهى عنه الشرع أو تخل بمقصود النكاح الأصلي، ومنها أن تشترط المرأة على زوجها ألا تطيعه أو يشترط عليها ألا مهر لها، ومثل ذلك أن تشترط عليه ما يخل بالمقصود الأصلي للنكاح، وهو المعاشرة الزوجية[2]، ويقول "**شيخ الإسلام ابن تيمية**" -رحمه الله- : "من اشترط في الوقف، أو العتق، أو الهبة، أو البيع، أو النكاح، أو الإجازة، أو النذر، أو غير ما ذلك شروطاً تخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله

[1]- عمرو خليل، الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة البليدة، 2015، ص 431.

[2] - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس ، ط1، الأردن، 1997، ص 181.

عنه، أو النهي عما أمر الله به، أو تحليل ما حرمه، أو تحريم ما حلله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود، فعلى الزوجين أن يعرفا الشروط الصحيحة ويميزاها من الشروط الفاسدة ، كي لا يشترطا في عقد الزواج شروطاً تخالف الشريعة[1].

ثانيا:موقف قانون الأسرة من الشرط المناقض لعقد الزواج

اكتفى المشرع الجزائري بالنص على أن القيد الأساسي الوارد على حرية الزوجين في الاشتراط هو عدم منافاة أحكام هذا القانون، أي عدم الخروج عن كل ما أوجبه قانون الأسرة، فالمشرع يعتبر هذه الشروط لا خلاف في بطلانها، فبعضها يؤثر في صحة العقد كاشتراط عدم المعاشرة الزوجية، حيث تنص المادة 32 من قانون الأسرة ببطلان العقد في هذه الحالة بالنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"[2].

وفي حال اشترطت الزوجة على زوجها تطليق ضرتها أو اشترط الزوج عدم الإنفاق على زوجته فإنه يبطل الشرط ويصح العقد لأن الشروط لا تؤثر في العقد ولا تؤدي إلى إبطاله، وهذا ما تؤكده المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري الذي كان مضمونه أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحا"[3].

وعليه لكي نعرف ما إذا كانت هذه الشروط موافقة لمقتضى العقد أو منافية له، يتعين علينا أن ننظر إليها من ناحية كونها منافية لأحكام قانون الأسرة أم لا، أي عدم الخروج عن كل ما أوجبه قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، كاشتراط الزوج على زوجته حرمانها من الصداق، فهذا الشرط مخالف لأحكام المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، أو كاشتراط عدم التوارث بين الزوجين، بينما المادة 126 من قانون الأسرة تحصر أسباب

---

[1] – طرشي سمية، الشروط في عقد الزواج، الأحكام والآثار، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014، ص 19.

[2] – قانون رقم 84– 11، المؤرخ في 9 جوان 1984؛ يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر: 05–02 المؤرخ في 27 فيفيري 2005،(ج،ر، رقم 15).

[3] – طرشي سمية، مرجع نفسه ، ص 19.

الإرث في كل من القرابة والزوجية، مع شرط مراعاة النظام العام والآداب العامة، والتي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة في المجتمع، وعليه يحظر على الزوجين أن يضمنوا عقد زواجهم أي شرط يمس النظام العام ولو كان هذا الشرط يحتوي على مصلحة خاصة تعود على أحدهما.

ملخص الفصل الأول:

إن الشروط المقترنة بعقد الزواج هي شرط تقيد العقد وزائدة عن أصله ومقتضياته، غايتها تعديل أحكام العقد زيادة أو نقصانا، حيث أجازت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري لكل من الزوجين إشتراط الشروط التي يريانها ضرورية وكفيلة بتحقيق الاستقرار لهما، غير أنه عند المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في مسألة ضوابط الإشتراط في عقد الزواج، نجد أن الفقه الإسلامي قيد ضابط الاشتراط بتمييزه الشروط الصحيحة من الشروط غير الصحيحة وذلك بعدم منافاته للشرع، بينما نجد أن قانون الأسرة وضع قيد أساسي يتمثل في عدم منافاة قانون الأسرة في مسألة القيود.

الفصـــل الثانـي

آثار الشرط المقترن بعقد الزواج

تمهيد:

من المعروف أن عقد الزواج يقوم أساسا على مبدأ سلطان الإرادة، كما أن الزوجين لا يلتزمان إلا بإرادتيهما الحرتين، فقد أجاز الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية وتعود بالمصلحة والمنفعة لأحدهما أو كليهما، مادام الضابط في ذلك الشرع، وعدم منافاة قانون الأسرة الجزائري، فكل ما يرتضيه الملتزم دين في ذمته يكون منتجا لجميع آثاره، ومنه يكون مصدر إنشاء آثار الشرط المقترن بعقد الزواج، لذا سيتم التطرق في غضون هذا الفصل إلى آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج (المبحث الأول) وآثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج (المبحث الثاني).

المبحث الأول:آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج

اهتمت الشريعة الإسلامية بسائر العقود، فوضعت لها المعايير والضوابط التي تضبطها، ومن ضمن تلك العقود عقد الزواج، ذلك أنها تهدف إلى تحقيق مصالح الناس، فأجازت للمتعاقدين أن يضيفا للعقد ما يراه محققا لمصلحتهما، عن طريق الإشتراط في عقد الزواج.

إن اقتران صيغة عقد الزواج بالشروط المقترنة بعقد الزواج تحت إرادة ورضا الطرفين، لتحقيق مصالحهم ومنافعهم يخلف أحكاماً تقع على العقد، وذلك بثبوت الالتزام على كل طرف، فكل واحد منهما يصبح ملزماً ويقع على عاتقه تنفيذ التزامه بهذه الشروط، غير أنه على الزوجين معرفة الشروط الصحيحة من الشروط الفاسدة، فكل نوع منها له حكمه المعروف وتأثيره على العقد[1].

سنتناول في غضون هذه الدراسة آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج في الفقه الإسلامي(المطلب الأول) و آثار الشرط الموافق له في القانون(المطلب الثاني).

[1] – طرشي سمية ، مرجع سابق، ص 30.

المطلب الأول: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج في الفقه الإسلامي

هي تلك الشروط التي لا خلاف بين الفقهاء فيها، فهي صحيحة غير مكروهة، مادام أنها تتفق مع مقتضى العقد كاشتراط الزوجة عن زوجها أن ينفق عليها، أو حسن المعاشرة، فإن اشتراط هذا النوع من الشروط لا يضيف شيئاً جديداً 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.

وتفريعاً لذلك اختلف الفقهاء مابين مضيق وموسع فيما يتعلق بحرية التعاقد في عقد الزواج، وتبعا لذلك اقتضت هذه الدراسة التطرق إلى آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند الحنفية والمالكية(الفرع الأول) وعند الحنابلة والشافعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند الحنفية والمالكية

ذهب الأحناف إلى أن الشروط الموافقة لمقتضى عقد الزواج واجبة الوفاء، وهو ما نتناوله (أولا) أما المالكية فقسموها إلى شروط صحيحة غير مكروهة، وشروط صحيحة مكروهة، وهو ما نتناوله (ثانيا).

أولا: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند الحنفية

ذهب الأحناف إلى اعتبار آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج شروطا جائزة[2]، و قسموها إلى أربعة أقسام: الأولى الشروط التي يقتضيها العقد ينصرف معناها إلى كل الشروط التي يوجبها عقد الزواج حتى و لو لم تذكر فيه، و تجب بالعقد من غير حاجة إلى اشتراطها في الأصل، باعتبار أنها مقررة و ثابتة بموجب عقد الزواج ذاته، و من أمثلتها

1 – محمد علي السرطاوي، قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، ج1، ط3، بيروت، 1994، ص 105.

2–ابن قدامة، العمدة في الفقه الحنبلي، الدار المتحدة، ط1، دمشق، سورية، 1990،ص 211.

اشتراط الزوجة على زوجها الإنفاق، دفع المهر أو عدم تأجيله، أو يشترط الزوج أن تدخل في طاعته وألا تخرج من بيته إلا بإذنه، فهذه شروط تكون ثابتة بمقتضى العقد[1].

والثانية الشروط الملائمة للعقد و المؤكدة لمقتضاه و يقصد بها كافة الشروط التي لا يقتضيها العقد في الأصل، فهي ليست واجبة بمقتضى عقد الزواج، و لا توجب فساده، و إنما هي شروط يستوثق بها صاحبها للحصول على أثر من آثار العقد، و من أمثلتها: أن تطلب الزوجة كفيلا يضمن حقها في المهر، و أن يكون والد الزوج ضامنا للنفقة[2].

أما الثالثة هي الشروط التي جرى بها العرف، حيث يعتبر العرف عندهم مصدر للشرط الصحيح بخلاف باقي المذاهب الفقهية الأخرى، و قد اعتمد المذهب الحنفي على العرف لتوسيع حرية الاشتراط، و من أمثلة ذلك ما جرى العرف بتعجيل المهر، فإذا اشترطته الزوجة كان لها ذلك، أما الرابعة هي شروط يجيزها الشرع، كأن يشترط الزوج أن يكون له الحق في طلاق زوجته، أو تشترط الزوجة أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها متى شاءت[3].

ثانيا: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند المالكية

يقسم المالكية الشروط الصحيحة في عقد الزواج إلى شروط صحيحة غير مكروهة، و أخرى صحيحة مكروهة.

1-شروط صحيحة غير مكروهة

هي الشروط التي يقتضيها عقد الزواج أي تتضمن حكما من أحكام عقد الزواج أو تكون أثرا له، فالرجل له أن يشترط على الزوجة أن تطيعه لأن هذا الشرط من أحكام عقد الزواج، و له أن يشترط عدم خروج زوجته من منزل الزوجية[4]، أو كأن تشترط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها، أو تشترط في عقد الزواج التعجيل بصداقها و اشتراط حسن المعاملة و ألا

---

[1]-محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار المعرفة الجامعية، (د، ط)، (د، م، ن)، 2005، ص126.

[2]- إيمان لعريبي، مرجع سابق ص 07.

[3]- إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 08

[4]-أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية ، (د، ط)، مصر، 2009، ص 60.

يضربها، و ألا يسكنها مع أهله أو مع ضرتها و اشتراطها أن تزور أهلها بين الفينة و الأخرى[1].

2 –شروط صحيحة مكروهة

هي الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه وفيها مصلحة للمتعاقد، و إنما فيها تضييق على الزوج كأن تشترط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يسافر بها من بلدها، وإن فعل هذا صار أمر طلاقها بيدها، فيكون لها الخيار أن تطلق نفسها بعد الإخلال بالشرط وإن ثبت الزواج، كما تصبح هذه الشروط لازمة على الزوج إذا إلتزم بها على شكل يمين[2]، أو تشترط المرأة على زوجها الشرط المانع للتعدد، وحكم هذه الشروط أنها صحيحة ولا يفسخ الزواج بعد ولا قبل ولا يلزم الوفاء بها لما فيها من التحجير والتضييق وإنما يستحب ذلك[3] .

الفرع الثاني: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند الشافعية والحنابلة

يرى الشافعية أن الشروط الصحيحة هي التي تدخل في نطاق الشروط الموافقة لمقتضى عقد الزواج، بينما توسع الحنابلة في ما يترتب من آثار للشروط الموافقة لمقتضى عقد الزواج، وهذا ما يقتضي منا التطرق لآثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند الشافعية (أولا) ثم آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند فقهاء الحنابلة (ثانيا).

أولا: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند الشافعية

اعتبر الشافعية أن الشرط الصحيح هو الشرط الذي يوافق مقتضى عقد النكاح، و الشروط الجائزة تدخل في نطاق الحقوق الزوجية لكل منهما، و من أمثلتها: كأن يشترط الزوج أن يتزوج عليها أو يسافر بها، أو أن يطلقها إن شاء، و كأن تشترط الزوجة أن يوفر لها صداقها، أو ينفق عليها، أو أن يشترط الزوج على الزوجة القرار في البيت، و عدم

1– العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، ج1، الجزائر، 2012، ص 20.

2–الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة المعارف، ط1، بيروت،2001، ص329.

3– الصادق عبد الرحمان الغريَني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ج2، ط1 ،2002، ص521.

الخروج إلى بإذنه، أو خلوها من الموانع الشرعية فال تكون زوجة للغير، أو أن لا تكون في عدتها، و أن لا تصوم تطوعا إلا بإذنه، إذ قال الرسول صلى اهلل عليه و سلم: " لا يحل للمرأة أن تصوم تطوعا، و زوجها شاهد إلا بإذنه" فجعل له منعها ما يقربها إلى الله إن لم يكن فرضا عليها لعظيم حقه عليها، و أوجب اهلل عز وجل له لفضيلة عليها[1].

ثانيا: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند الحنابلة

يرى الحنابلة أن الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج هي تلك الشروط التي يقتضيها العقد أو لا يقتضيها العقد و يكون فيها منفعة لأحد العاقدين، و لم يرد عن الشارع نهي عنها ما دامت لا تخل بالمقصود من عقد الزواج، مثل إشتراط الزوجة أن ينفق عليها الزوج أو أن يحسن معاشرتها، أو ألا يتزوج عليها، و إشتراط الرجل أن تكون الزوجة بكرا، حيث يجوز للزوجة كما للزوج أن تشترط على زوجها في عقد الزواج أو في عقد لاحق، الشروط التي تدخل ضمن حقوقها، لأنها في هذه الحالة كما سبق و أن ذكرنا تقوم بتأكيد هذه الحقوق و ليس بإنشائها، و ذلك بإجماع الفقه الإسلامي، مثل اشتراطها في الصداق و اشتراطها في النفقة أو اشتراطها على زوجها أن يسكنها في بيت منفرد أو أن تشترط أن ينفق عليها رغم غناها[2].

من خلال كل ما سبق اتفق الفقهاء على أن الشروط الصحيحة هي مشروعة، بل تعتبر من الآثار الواجبة على العقد بمجرد انعقاده و الوفاء بها واجب لأنها واجبة بالعقد من غير شرط، أي أن الوفاء بهذه الشروط واجب من الطرف الملتزم به شرعاً، سواء اشترطت في العقد أو لم تشترط[3].

---

[1]– محمد بن ادريس الشافعي، موسوعة الإمام الشافعي، دار إحياء التراث العربي، ط1، لبنان، 2000، ص 218.

[2]– أحمد نصر الجندي، مرجع سابق ، ص 61

3 – محمود بلال مهران، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، عقد الزواج وآثاره، دار الثقافة العربية، ط1، بيروت، 2000، ص 24.

ويعتبر هذا النوع من الشروط مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال [1].

كما أن هذه الشروط الصحيحة من شأنها أن تأثر على العقد، وهو الحكم الذي يترتب على اشتراطه في عقد الزواج من حيث إلزامه الوفاء بالعقد والتقيد به، كذا ثبوت الخيار لصاحب الشرط في فسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالشرط، أو فساد العقد لعدم صحته[2].

المطلب الثاني: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج في القانون

أطلق المشرع الجزائري العنان للزوجين بإقراره لمبدأ جواز تضمين عقد الزواج بشروط تماشيا مع المذهب الحنبلي، شرط أن تكون هذه الشروط صحيحة لتفادي الآثار أو حصول أي مشكلات أو خلافات زوجية بعد الزواج، ونص على جزاء مخالفة الشروط في المادة 53 منه، وهذا ما يقتضي التطرق لآثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج في قانون الأسرة والجهة المختصة بتوثيق الشروط(الفرع الأول)، و أمثلة عن الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول:آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج في قانون الأسرة والجهة المختصة بتوثيق الشروط

إذا رجعنا إلى قانون الأسرة فإنه لا نجد أي نص قانوني يبين لنا كيفية مراقبة هاته الشروط ومدى مخالفتها مقتضى العقد من عدمه ومن هو الذي يراقب ذلك، وهذا نقص في التشريع يجب إدراكه في ذلك، فبموجب المادة 19 من قانون الأسرة جعل المشرع الجزائري الأصل في الاشتراط في عقد الزواج الإباحة إلا ما خالف أو تنافى مع هذا القانون، وتكون ملزمة للطرف الذي تحملها، ومن حق المشترط مطالبته بالوفاء بالشرط وإذا امتنع فله حق المطالبة بالفسخ، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها عند إبرام عقد الزواج أن يسكنها في

[1]–أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق محمد عبد القادر الفاضلي، المكتبة العصرية، (د، ط) بيروت، لبنان2007،ص 197.

[2]– فتيحة بوراق، زكية حميدو، الاشتراط في عقد الزواج بين القانون الجزائري والقانون المغربي – دراسة مقارنة – مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة تلمسان ، 2016/2015 ،ص 91.

مسكن منفرد عن سكن أهله، فإذا كان هذا الشرط لا تتنافى مع قانون الأسرة ولا تتعارض مع أي نص من نصوصه، وجب على الزوج أن يلتزم بالوفاء بها، وإذا خالف; فإنه يحق للزوجة أن تطلب فسخ الزواج بسبب عدم قيام الزوج بالتزامه العقدي وعلى مسؤوليته وحده[1]، وعليه سنتطرق ضمن هذا الفرع لموقف الإجتهاد القضائي (أولا) ثم الجهة المختصة بتوثيق الشروط (ثانيا).

أولا: على مستوى الإجتهاد القضائي نجد أن المحكمة العليا أكدت أن من حق الزوج أن يشترط على الزوجة ما يشاء من الشروط، منها شرط البكارة على شرط أن تكون قبل البناء، ومن ضمن قرارات المحكمة العليا، قرار رقم 480264 المؤرخ في 2009/02/11 القاضي بالمبدأ التالي"يعد مخالفا للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة"، كما جاء في قرار لآخر بتاريخ 2000/05/23 رقم 243417 متى تبين في قضية الحال أن المطعون لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج، فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق وبحرمانها من التعويض، عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يستوجب نقض القرار[2].

ثانيا: الجهة المختصة بتوثيق الشروط في عقد الزواج

ترك المشرع الجزائري للزوجين حرية اختيار طريقة توثيق الشروط التي يريانها ضرورية في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، و بالرجوع إلى المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون "[3]، و بالتالي الجهة المختصة أو الموظف المختص بإبرام عقد الزواج هو ضابط الحالة المدنية أو الموثق باعتباره ضابط عمومي يختص بإبرام

[1]–عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، ط2، قسنطينة، 1989، ص 173/172.

[2]– إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 37/36.

[3]–القانون رقم: 84 –11، المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم، مرجع سابق.

العقود التي يشترط فيها القانون الصفة الرسمية، أو العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصفة، ومما يجب على محرري عقد الزواج أن يتأكد من صحة تطبيق هاتين المادتين تطبيقا صحيحا، أي ضرورة توافر رضا الطرفين من خلال المادة التاسعة، وأهلية الزواج والصداق والولي والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج، ليتم بعدها إفراغه في قالب رسمي بعد التأكد من توافر الشروط الإجرائية والموضوعية، حيث تتولى الجهة المختصة بتحرير وثيقة الزواج إبرام الشروط المقترنة به .

ويتضح مما سبق أن الهدف الأساسي من إفراغ هذه الإجراءات في شكلها القانوني، هو ضبط الوضعية الإدارية للزوجين وتحقيق حماية لطرفي العقد .

الفرع الثاني: أمثلة عن الشروط – الموافقة لمقتضى عقد الزواج –

أشار قانون الأسرة في المادة 19 إلى نوعين من الشروط، و ذلك على سبيل المثال بالنظر إلى أهميتهما في الواقع العملي، و هما شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة، و الواقع أن هناك أنواع أخرى من الشروط لا حصر لها، وعليه سنتطرق لشرط عدم تعدد الزوجات(أولا)، واشتراط الزوجة للمسكن المنفرد (ثانيا).

أولاً: شرط عدم تعدد الزوجات

نص المشرع الجزائري تماشيا مع الفقه الإسلامي على أن التعدد هو حالة استثنائية يسمح بها عند الضرورة، في حدود الشريعة الإسلامية[1]، فأضاف بعض الضوابط والإجراءات والتي تعتبر من بين شروط وقيود تعدد الزوجات، ولا يمكن إبرام أي عقد من عقود الزواج الذي يكون بأكثر من واحدة إلا بتوفرها[2]، و هو ما أكدته المادة 08 من قانون الأسرة التي تنص: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل.[3]"

[1]– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص188.

[2]–الرشيد بن شيوخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2008، ص110.

[3]– أمر رقم 05–02 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 84–11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، (ج، ر، رقم 15).

لقد استحدث قانون الأسرة شرط عدم تعدد الزوجات كإحدى الأمثلة على الشروط الصحيحة الجائز اشتراطها في عقد الزواج، و المعتبرة من الناحية القانونية، و هذا تماشيا مع مذهب الحنابلة في هذا الموضوع، حيث يجيزون هذا الشرط فإذا اشترطت عليه ألا يتزوج عليها فوافق لزمه الشرط.

أما بحسب رأي المالكية فإن هذا الشرط غير لازم فهم يرون أن شرط التعدد لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه، و حكمه أنه صحيح يلزم الوفاء به، و إن فات الشرط كان لصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد أو إمضاءه.

و بالرجوع إلى نص المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري، فهو يسمح للرجل بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، أي أنها أعطت حق للرجل في التعدد، أما الآثار المترتبة على مخالفة شروط هذه المادة فنص عليها من خلال المواد التالية:

تنص المادة 08 مكرر على"في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"وتنص المادة 08 مكرر 01 على"يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه[1].

من تحليل لما تضمنته هذه المواد يتبين لنا أن قانون الأسرة الجزائري يتميز بثلاث مبادئ هامة[2]، وهي كما يلي:

المبدأ الأول وهو الإبقاء على نظام تعدد الزوجات كما حددته الشريعة الإسلامية.

المبدأ الثاني:يتضمن وضع شروط لحماية هذا المبدأ، ووضع قاعدة لضمان حسن تطبيقه.

المبدأ الثاث:يتعلق بما يمكن القيام به عند مخالفة هذه الشروط.

[1]–قانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم، مرجع سابق.

[2]–عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص149–150.

بالنسبة للمبدأ الأول; فإن قانون الأسرة ذهب إلى ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية، و أقر بأن الرجل له الحق في أن يتزوج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية التي تسمح بتعدد الزوجات.

بالنسبة للمبدأ الثاني; فهو يتعلق بوضع شروط تضمن حماية نظام التعدد وضمان حسن تطبيقه، فقانون الأسرة الجزائري قد اشترط لحالة التعدد توفر ثلاثة شروط تتمثل في وجود المبرر الشرعي، وأن تتوفر لديه نية العدل، وأن يخبر الزوجة السابقة واللاحقة بذلك قبل إبرام عقد الزواج.

بالنسبة للمبدأ الثالث; فهو يتعلق بمخالفة أحد الشروط، فإن قانون الأسرة الجزائري كان مرنا، فهو لم يرتب على مخالفة هذه الشروط أي عقوبة جزائية أو مدنية، ولم يجعل منها شروط صحة للزواج الثاني، بل اكتفى بذكر بعض الجزاءات.

ثانيا: اشتراط الزوجة للسكن المنفرد

إن نفقة الزوج على زوجته واجبة، و من النفقة إيجاد المسكن الصالح لها، و هو الذي يعد من أهم حقوق الزوجة على الزوج و من أهم مستلزمات الحياة الزوجية، لقوله تعالى<<أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم>>[1]، فهو المحل الذي يأوي إليه الزوجان ليجدا مستقرهما، فهو حق ثابت و من ثم فإن اشتراطه في عقد الزواج من باب تأكيد ليس إلا، و يقصد باشتراط الزوجة السكن المنفرد، إلزام الزوج بموجب شرط يتم إدراجه في عقد الزواج بإعداد محل معين و مخصص لإقامتهما بصفة مستقلة دون أن يشاركها فيه أهله.

هذا ويرى جمهور الفقهاء من الحنابلة، والشافعية والحنفية أن حق الزوجة في السكن المنفرد ثابت، فالحنفية يرون أن من شرطت بيتها مستقلا عن أهل الزوج، فشرطها صحيح يجب الوفاء به حتى ولو لم تشترط ذلك، لأن شرطها مما يقتضيه العقد ولا يناقضه[2].

---

[1]–سورة الطلاق، الآية 6.

[2]-نوارة دري، حق الزوجة في السكن المستقل، مجلة الإحياء، باتنة، (د، ت، ن)، العدد 13.

كما المالكية يرون أن الزوجة يمكنها أن تمتنع عن السكن مع أقاربه كأبويه في دار واحدة لأنها قد تتضرر من إطلاعهم على حالها .

هذا وترى المحكمة العليا أن للزوجة التمسك بحقها في المسكن المنفرد باعتباره حق ثابت، ومن ضمن قراراتها، القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1997/05/13 فصلا في الطعن رقم 159732 وقد جاء فيه"المبدأ المقرر شرعا أنه يحق للزوجة أن تطلب سكنا منفردا عن أهل الزوج، وذلك لقول خليل في مختصره في باب النفقة ولها أن تمتنع أن تسكن مع أقاربه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما حكموا، في قضية الحال، بعدم إمكانية تلبية طلب الزوجة في الإنفراد بالسكن عن عائلة زوجها، الذي يعتبر بمثابة حق لها، فإنهم خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية وعرضوا قرارهم للنقض"[1].

كما اعتبرت المحكمة العليا أن رفض الزوجة الرجوع إلى بيت الزوجية بسبب عدم توفير الزوج لها سكن مستقلا عن أهله لا يعد نشوزا من قبلها، حيث جاء في قرار لها مايلي(من المستقر عليه قضاء أن للزوجة الحق في سكن مستقل عن أهل الزوج، والثابت في قضية الحال–أن الزوج لم يوفر لزوجته سكنا مستقلا عن أهله مما جعلها ترفض الرجوع إلى بيت الزوجية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم نشوز الزوجة طبقوا صحيح القانون)[2]، كما أن ذهبت المحكمة العليا أيضا أن للزوجة الحق في السكن المنفرد إذا طلبته في حالة تضررها وجعل عدم امتثال الزوج لهذا الطلب يعد نشوزا من قبله[3].

و قد استقر **الاجتهاد القضائي** للمحكمة العليا بإقرار أحقية الزوجة في السكن المنفرد عن أهل الزوج، أو عن الضرة مستلهما هذا من أحكام الشريعة الإسلامية بل أعطاها حق المطالبة به في أي وقت حتى و لو تحفظت عند العقد، و لم تطلبه أو سكنت مع أهله.

---

[1]–المجلة القضائية، العدد 1997/2، ص100.

[2]–المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم، 213669، قرار بتاريخ 1999/02/06، مجلة الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص101.

[3]–المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم189226، قرار بتاريخ1998/04/21، نفس المجلة، ص144.

المبحث الثاني: آثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج

يقصد بالشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج كافة الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج وتخالف مقاصده، ومن أمثلتها كشرطه على المرأة ألا يقسم عليها، أو أن يؤثر عليها، أو ألا ينفق عليها، أو ألا يكسوها، أو ألا يأتيها ليلا، أو ألا يطأها نهارا، أو ألا إرث بينهما[1]، أو إشتراط المرأة على زوجها ألا تطيعه، أو تخرج من دون إذنه فهذه الشروط تعتبر منافية لمقتضى عقد الزواج وتتضمن إسقاط حقوق الزوجين التي منحت لهم بموجب نصوص شرعية ومواد قانونية، وهذا هو الأمر الذي يقودنا للتطرق لآثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج في الفقه الإسلامي (المطلب الأول)، وآثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري(المطلب الثاني) .

المطلب الأول: آثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج في الفقه الإسلامي

ويراد بها الشروط الباطلة، أي كافة الشروط غير الصحيحة التي تخرج من دائرة الشروط الصحيحة والشروط الموافقة لعقد الزواج الذي بناه، بمعنى كل شرط لا يعتبر من الشروط الموافقة لمقتضى العقد، ولم يجزها الشارع بموجب دليل يقضي بصحتها، إذ لم تتضمنها. والشروط الباطلة قسمين: شروط منافية لمقتضى العقد، وشروط ورد بها نهي من الشارع، لذا سيتم التطرق في غضون هذا المطلب إلى الشروط غير الصحيحة (الفرع الأول)، والشروط المنهي عنها شرعا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط غير الصحيحة

هي الشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج أو ورد نهي الشارع عنها، كإشتراط عدم الوطأ، أو كأن يشترط الزوج على زوجته أن لا ترث منه، فإن مثل هذه الشروط تتنافى مع ما تقتضيه طبيعة عقد الزواج في مقصوده الأصلي، و تخالف أحكام الشرع، فإن وقع هذا

1–شمس الدين أبو عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، حققه عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، ج1، ط1، لبنان، 1984، ص 327.

الشرط في عقد الزواج، كان الشرط باطلاً و العقد صحيح، فالشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج، هي باطلة بإتفاق الفقهاء، لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، و صح عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط، لأنها شروط تعود إلى معنى زاد في العقد لا يشترط ذكره، و لا يضر الجهل به[1]، واتفق الفقهاء في عدم مشروعية الشروط غير الصحيحة، لكنهم اختلفوا في مدى تأثيرها على عقد الزواج على، لذا سيتم التطرق لمدى تأثير الشروط عند الحنفية والمالكية (أولا)، ثم عند الشافعية والحنابلة (ثانيا).

أولاً: مدى تأثير الشروط غير الصحيحة عند الحنفية والمالكية

يرى الأحناف أن مصير الشروط المناقضة لمقتضى عقد الزواج البطلان في حين يبقى عقد الزواج مرتبا لآثاره، ذهبوا إلى تغليب قوة العقد على فساد الشرط، و منه فإنه يظل العقد صحيحا، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عندهم، و إنما يبطل الشرط فقط، بمعنى أنه لا تأثير على الإطلاق لهذه الشروط غير الصحيحة على صحة العقد كأصل عام ما لم يرد نص يقضي ببطلان الشرط و النكاح[2]، وأما عن أثر الشروط غير الصحيحة فلا يجوز الوفاء بها، وهي شروط مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية لأنها من النوع الذي يحل الحرام، ويحرم الحلال، وقد أرشد النبي صل الله عليه وسلم إلى عدم الوفاء بهذه الشروط، حيث قال"المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"[3].

خلاصة ما أسلفنا ذكره يكون الحنفية استقروا على عدم وجوب الوفاء بكافة الشروط غير الصحيحة "الباطلة" وعلى عدم تأثيرها على عقد الزواج رغم بطلانها.

هذا ويرى المالكية أن الشروط المنافية لمقتضى العقد، أو التي تناقض النصوص صراحة، كاشتراط ألا يقسم بينها وبين ضرتها في المبيت، أو أن يؤثر عليها ضرتها أسبوعا أو أقل أو أكثر تستقل بها عنها، وشرط المرأة عند زواجها بمحجور عليه أن تكون نفقتها على وليه أبيه

[1]- محمود بلال مهران، مرجع سابق، ص 82.

[2]- إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 37/36.

[3]–سامي محمد أبو عرجة، مرجع سابق، ص10.

أو سيده، أو على نفسها أو أبيها فإنه شرط مناقض لمقصود الزواج، لأن الأصل أن نفقة الزوجة على زوجها، فشرط خلافه مضر، ومثل اشتراط الخيار في الزواج، أو اشتراط ما يؤثر في جهالة المهر كأن يتزوجها على أن لها من النفقة كذا كل شهر؛ لأنه لا يدري إلى متى تستمر هذه النفقة[1].

فلو اشترطت مثل هذه الشروط عندهم، يفسخ النكاح قبل الدخول، و يثبت بعده بمهر المثل و يلغى الشرط، و هم يفرقون بين حالتي قبل الدخول و بعده طبقا لقاعدة " مراعاة الخلاف.

ثانيا: مدى تأثير الشروط غير الصحيحة عند الشافعية والحنابلة

يرى فقهاء الشافعية أن الشروط غير الصحيحة هو ما يخالف مقتضى العقد ويخل بمقصود النكاح الأصلي، فهي شروط فاسدة تخالف مقتضى عقد النكاح ولم يخل بمقصوده الأصلي، ومثاله كشرط ألا يتزوج عليها، أو ألا نفقة لها أو ألا يسافر بها، أو ألا ينقلها من بلدها، وحكمها أن الزواج يصح لعدم الإخلال بمقصوده وهو الوطء أو الاستمتاع، ويفسد الشرط لأنه يخالف مقتضى العقد، سواء أكان لها كالمثال الأول والثالث والرابع، أم عليها كالمثال الثاني، لقوله صلّى الله عليه وسلم «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، ويفسد المهر أيضاً؛ لأن الشرط إن كان لها، فلم ترضى بالمسمى وحده، وإن كان عليها فلم يرضى الزوج ببدل المسمى إلا عند سلامة ما شرط، وكذا لو شرط الرجل أنها لا ترثه، أو أنه لا يرثها، أو أنهما لا يتوارثان، أو أن النفقة على غير الزوج، بطل الزواج أيضا.[2]

هذا ويرى الحنابلة أن الشروط غير الصحيحة هي التي ورد عن الشرع نهي عنها أو التي تنافي مقتضى العقد، وتشمل ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط الرجل ألا مهر للمرأة، أو ألا ينفق عليها، أو تشترط المرأة على الرجل ألا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قَسمْ صاحبتها أو أكثر، أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة، أو شرط لها النهار

[1]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ج9، ط4، دمشق، سورية، (د،ت،ن)، ص6542.

[2]-وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص6543.

دون الليل، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها؛ لأنها تنافي مقتضى العقد، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فلم يصح[1]، أما الشرط الباطل الذي يبطل معه عقد الزواج شرط تأقيت الزواج، نكاح المتعة، نكاح المحلل، نكاح الشغار، وشرط الخيار، فهذا النوع من الشرط يبطل به عقد الزواج.

خلاصة القول أن الفقهاء اتفقوا على صحة الشروط التي تلائم مقتضى العقد، وعلى بطلان الشروط التي تنافي المقصود من الزواج أو تخالف أحكام الشريعة. واتفق الحنفية والمالكية والحنابلة على صحة الشروط التي يكون فيها تحقيق وصف مرغوب فيه، أو خلو المرأة من عيب لا يثبت الخيار في فسخ الزواج، واختلفوا في الشروط التي لا تكون من مقتضى العقد، ولكنها لا تنافي حكما من أحكام الزواج، وفيها منفعة لأحد العاقدين، كاشتراط ألا يتزوج عليها أو ألا يسافر بها، أو ألا يخرجها من دارها.

الفرع الثاني:الشروط المنهي عنها شرعا

وهذا كأن تشترط الزوجة طلاق ضرتها، أو أن يزوج الرجل أبنته أو أخته لشخص آخر، على أن يزوجه ابنته أو أخته أو أي امرأة هي في ولايته، ويجعل صداق هذه بتلك، وهو ما اصطلح عليه بنكاح الشغار، وكأن يتزوج الرجل مطلقة ثلاث، بشرط إحلالها لزوجها الأول، وهو ما يسمى بنكاح المحلل، وكأن يتفق الزوج والزوجة على تأقيت النكاح، وهو مايسمى بنكاح المتعة أو النكاح المؤقت.

فهذه الأنكحة وردت نصوص عن الشارع بالنهي عنها، فتكون باطلة بسبب ذلك النهي، بالإضافة إلى اشتمال بعضها على ما يناقض مقتضى عقد الزواج، ومقاصده التي شرع لأجلها[2].

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص6547.

[2]–وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر،ج9، ط9، دمشق، سوريا، 2006، ص 654 .

المطلب الثاني: آثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج في القانون

تطرق المشرع الجزائري إلى أثر الاشتراط في عقد الزواج في مادتين فقط، وهما المادة 32، و 35 من قانون الأسرة، حيث اكتفى بطابع العموم دون التفصيل والبيان، على غرار بعض التشريعات العربية العربية، كالقانون المغربي والقانون الإماراتي، وعليه سيتم التطرق في غضون هذا المطلب إلى آثار الشرط المنافي لعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري (الفرع الأول)، ثم آثار الشرط المنافي لعقد الزواج في بعض القوانين العربية (الفرع الثاني) ثم الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط (الفرع الثالث).

الفرع الأول: آثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج في قانون الأسرة

إعتبر المشرع الجزائري أن الشرط المنافي لعقد الزواج باطل لمنافاته أحكام هذا القانون وهذا ما يقودنا للتطرق في غضون هذا الفرع إلى جملة النصوص المتعلقة بآثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج(أولا)، ثم على مستوى الإجتهاد القضائي (ثانيا).

أولا:النصوص القانونية المتعلقة بآثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج

نص المشرع الجزائري في المادة 32 "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد"[1]، أما في المادة 35 "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا"[2]، وباستقراء المادتين يمكن أن نبدي الملاحظات التالية:

أن نص المادة 32 قد أخلط بين المانع من الزواج، و الذي يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد و بالتالي بطلانه، و بين الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض و مقتضيات العقد، و التي لا تؤثر على صحة العقد، حيث رتب المشرع البطلان على الزواج المشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، كاشتراط أحد الزوجين عدم الإنجاب[3].

---

[1]– القانون رقم 84 –11 المادة 32 من قانون الأسرة ، مرجع سابق.

[2]–القانون رقم 84 –11 المادة 35 من قانون الأسرة ، مرجع سابق .

[3]- شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2003، ص136

إن المادة 35 من قانون الأسرة التي تؤكد على بطلان الشرط وصحة العقد وبقائه قائما وصحيحا، فهي تخص الشروط التي تخالف مقتضى العقد، كاشتراط الزوج على زوجته عدم النفقة عليها، فهذه الشروط لا تبطل العقد، وإنما يقتصر البطلان على الشروط إذ تلغى، وهذا ما قصده المشرع في المادة 35 "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا".

إن وهذا الإتجاه الذي أخذ به المشرع يوافق ما ذهب إليه المذهب الحنبلي بخصوص حكم الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج، حيث ميز بين حالتين:ففي الحالة الأولى رتب بطلان العقد والشرط معا لأن هذا الأخير يكون مخلا بمقصود النكاح، أما في الحالة الثانية رتب بطلان الشرط فقط مع بقاء العقد صحيحا وقائما لأن الشرط لا يخل بالمقصود الأصلي للنكاح[1].

بينما يرى الأستاذ بن شيخ آث ملويا أن البطلان المنصوص عليه في المادة 32 هو الذي يكون نتيجة الشرط المنافي مع عقد الزواج كأن يبرم الزواج لمدة محددة، أو أن يشترط فيه الزوجين أن يحظر عليه طلب الطلاق أو التطليق، أما المادة 35 فتخص الزواج الصحيح التي تتوافر فيه الأركان، بمعنى أن إبرام عقد الزواج في الأصل هو صحيح، ثم يتم تضمين عقد الزواج، و العقد الرسمي اللاحق له بشروط تنافي عقد الزواج، ففي هذه الحالة على خلاف المادة 32 التي يكون فيها ابرام عقد الزواج أصلا غير صحيح، وإنما هنا يكتفي القاضي بإبطال الشروط[2].

من خلال هذا نجد أن هذه النصوص أغلبها متناقضة مع بعضها البعض، فشراح القانون منهم من يرى إلغاء المادة 32 كلية وهذا لسببين:أولهما لأن مضمونها موجود في أحكام المادة 35، فلا داعي لتكرارها تفاديا للتعارض بينهما، وثانيهما ما يتعلق بردة الزوج كسبب لفسخ الزواج، فليس المقصود بها ردة الزوج الذي هو رجل، بل المقصود بها ردة أحد

[1]– عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص182 .

[2]–إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص40.

الزوجين لأن اللفظ العربي مشترك، غير واضح لغير العالمين بلسان العرب، ولأن الردة ممنوعة على الجنسين وليست ممنوعة على الزوج فقط [1].

ثانيا:على مستوى الإجتهاد القضائي

يمكن القول أن موقف القضاء من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه يتميز بالتناقض، فتارة يعتبر هذه الشروط مكروهة وغير ملزمة متأثرا في ذلك برأي المالكية، وتارة أخرى يعتبرها شروطا صحيحة وملزمة، ففي قرار للمحكمة العليا"حيث أنه من المقرر أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، كما إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ولا يخرجها من مكان كذا أو من بلدها، فكل هذه الشروط تدخل في باب الكراهة لما فيها من التحجير ولكنها لا تلزم الزوج بالوفاء بها ولا تؤثر في عقد الزواج. وعليه فقضاة القرار المطعون فيه حينما ألزموا الزوج –بالعرف–بتعهده بالبقاء بزوجته بالجزائر العاصمة، فإنهم خالفوا النصوص الشرعية وأقروا شيئا لم يقره القانون وفرضوا عليه قيدا هو مخير فيه، مما يعيب قرارهم ويعرضه للنقض في هذا القيد وحده[2].

الفرع الثاني: آثار الشرط المنافي لعقد الزواج في بعض القوانين العربية

إختلفت القوانين العربية في الآثار المترتبة عن الشرط المنافي لعقد الزواج، وذلك من خلال منظومتها التشريعية، لذا سيتم التطرق لآثار الشرط المنافي في عقد الزواج في القانون التونسي (أولا)، ثم آثاره في القانون المغربي (ثانيا)، ثم آثاره في القانون الإماراتي (ثالثا).

أولا:في القانون التونسي:

تطرق المشرع التونسي لمسألة الإشتراط في عقد الزواج من خلال ما جاء في الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية" يثبت في الزواج خيار الشرط و يترتب على عدم

[1]- سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية ، جامعة وهران2011–2012، ص137.

[2]–المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 49575، بتاريخ1988/06/20، م، ق، 1989، عدد 4، ص 99.

وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء".

كما نص في الفصل 21 على أن الزواج يعتبر فاسدا إذا تضمن شرط يتنافى مع جوهر العقد [1].

ثانيا: في القانون المغربي

تناول المشرع المغربي موضوع الاشتراط في عقد الزواج وآثار الشرط المنافي لعقد الزواج في المادة 47 التي تنص على أنه "الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح"[2]، فهذه المادة اعتبرت كل الشروط ملزمة، وأنها متى تضمنت فائدة مشروعة لمشترطها، كانت صحيحة وملزمة لمن إلتزم بها من الزوجين، كما أنها رتبت البطلان على الشرط المخالف لأحكام العقد ومقاصده، أو خالف القواعد الآمرة للقانون، أما العقد فهو صحيح.

ثالثا: في القانون الإماراتي:

تنص المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[3].

01-الأزواج عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا

02-إذا اشترط في عقد الزواج شرط ينافي أصله بطل العقد

03-اذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد.

04-إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به، وإذا اخل به من شرط عليه كان لمن شرط له طلب فسخ الزواج سواء أكان

---

[1]- أمر 13 أوت 1956، المتعلّق بإصدار مجلة الأحوال الشخصيّة التونسية.

[2]- مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية، رقم 5184، الصادرة بتاريخ، 5 فبراير 2004.

[3]-قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، قانون اتحادي، رقم 27، لسنة 2005.

من جانب الزوجة من من جانب الزوج ويعفي الزوج من نفقة العدة إن كان الإخلال من جانب الزوجة.

05-إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفا معينا فتبين خلافه كان للمشترط طلب فسخ الزواج.

فصل المشرع الإماراتي في مسألة الشرط تفصيلا لا يدع مجالا للغموض في أحكامه من خلال تركه الحرية الكاملة للزوجين في اشتراط ما يريده كل واحد منهما من الشروط، ولكن قيد حرية الزوجين، بعدم مخالفة ما أقرته الشريعة الإسلامية في الفقرة الأولى.

أن المشرع الإماراتي أخذ بما ذهب إليه الحنابلة في الشروط المقترنة بعقد الزواج، بقبول المشارطات ضمن قواعد تلائم بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، ولا تنافي نظام العقد ولا مقتضاه، وهذا تيسيرا للحياة الزوجية الهادئة، فذهب بالقول أن كل شرط ينافي أصله بطل العقد، كنكاح المتعة مثلا، فالشرط باطل مبطل للعقد[1]; أما في الفقرة الثالثة تتعلق بنظرية مقتضى العقد، ومن أمثلة الشروط المناقضة لمقتضى العقد شرط عدم المهر، وعدم النفقة[2].

مما سبق وانطلاقا من مختلف النصوص القانونية التي تطرقنا إليها في هذا الفرع، يتأكد لنا اتجاه أغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية نحو الأخذ بالمذهب الحنبلي الذي يعتبر أوسع المذاهب الفقهية تصحيحا للشروط في عقد الزواج، التي من شأنها تحقيق مقاصد الزوجين المتجددة بتغير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية، إلا ما كان منها يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث:الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط

كفلت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري للزوجين حقهما في الإشتراط، شريطة ألا تتنافى ومقتضيات العقد في الشرع والقانون، وباعتبار أن هذه الشروط يترتب عنها حقوق

[1]- صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي، مرجع سابق، ص 126.

[2]- صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي، نفس المرجع، ص 126.

والتزامات، تكون ملزمة للطرفين، وبالتالي وجب الوفاء بها، وعليه تقتضي الدراسة التطرق للجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط عند الفقهاء (أولا)، ثم الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط في قانون الأسرة(ثانيا).

أولا:الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط عند الفقهاء

إن الأصل في العقود الصحيحة أن تكون لازمة، ليست لأحد طرفيها الإنفراد بفسخها، لأن العقود تعقد لمصالح، وأغراض كثيرة، فكان من تمام مقصودها أن يكون الوفاء بها لازما على كل طرفيها، لأن آثار العقود التزامات، والالتزامات في طبيعتها لازمة، فلو اشترط أحد الزوجين شرطا صحيحا، فلم يف به المشترط عليه، وفعل خلاف الشرط، فيثبت هنا للمشترط خيار الفسخ على ما قرره الحنابلة[1]، أي أن للمشترط له الخيار إما الاستمرار في الزواج، أو اختيار إنهائه بالفسخ.

أ –الفسخ هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن ومن أدلة الحنابلة :

–أن الشرط في عقد صحيح، يثبت حق الفسخ عند عدم الوفاء به، كما هي بقية العقود.

–أن صاحب الشرط لم يرضى بالعقد إلا بوجود الشرط، فإن فات الشرط لم يتحقق الرضا بالعقد، والعقود مبناها على الرضا.

أما إذا كان الشرط فاسد، فللمشترط حالتان، إذا كان يعلم بفساد الشرط فالشرط ملغى والعقد لازم، وإذا كان لا يعلم بفساد الشرط، فالشرط ملغى، والعقد صحيح غير لازم، فللمشترط حق الفسخ، لأنه عقد لم يرضى به، ولا ألزمه الشارع أن يعقده، وهذا هو العدل الذي جاءت به الشريعة الإسلامية[2].

ب –حق الزوجة في حبس نفسها عن زوجها:إن من بين أثار عدم الوفاء بالشرط الإتفاقي في عقد الزواج، حق المرأة في امتناعها عن تسليم نفسها لزوجها، ومن ثم فإذا اشترطت الزوجة على زوجها تعجيل مهرها وخالف الزوج هذا الشرط، اتفق الفقهاء على إعطاء المرأة

[1]- صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي، نفس المرجع، ص 221.

[2]- صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي، نفس المرجع، ص 222.

الحق في حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المعجل من المهر كاملا، حتى أن بعض الفقهاء كرهوا أن تسلم المرأة نفسها قبل أن تقبض حق الله وهو المهر[1].

أما إذا كان المهر مؤجلا ليس للمرأة أن تمتنع عن الطاعة وتسليم نفسها لزوجها بسبب عدم استلامها للمهر المؤجل، كون أن موافقتها على التأجيل أسقط حقها في تعجيل قبضته، وتكون موافقتها على التأجيل رضا منها بتسليم نفسها قبل قبض المهر وهذا ما ذهب إليه الحنابلة، وعلى العكس من ذلك يرى الشافعية بأن رضا الزوجة بتأجيل قبض المهر لا يسقط حقها في الحبس، وهو رأي ضعيف، لأن رضاها بتأجيل المهر ترتب عليه سقوط حقها في الحبس قياما على سقوط حق البائع في الحبس إذا بادر بدفع المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن[2].

ثانيا:الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أنه رتب عن عدم الوفاء بالشرط حق الزوجة في طلب التطليق، وكذا الحق في طلب التعويض عن الضرر الناجم نتيجة عدم الوفاء بالشرط، في حين كان من باب أولى المطالبة بالتنفيذ أولا تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ الإلتزامات.

أ–الدفع بعدم التنفيذ:هو وسيلة يستعملها المدين في الضغط على الدائن، من أجل استفاء حقه، كما يعتبر حق للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، مالم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل له[3].

1–شروط عدم الدفع بعدم التنفيذ:تناول المشرع في القانون المدني ضمن أحكام المادة 123 منه مسألة الدفع بعدم التنفيذ، موجبا توافر شروط للتمسك بعدم التنفيذ، منها أن يكون

[1]–رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص432.

[2]–محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1 عمان، 2008، ص186.

[3]– علي فيلالي، الالتزامات–النظرية العامة للعقد، موفم للنشر،(د، ط)، الجزائر،2008، ص443.

العقد ملزما لجانبين، وهذا نتيجة تقابل وارتباط الالتزامات التي يتحملها المتعاقدين، وعقد الزواج أحسن مثال للعقود الملزمة للجانبين فيما تعلق بتنفيذ الشروط.

أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الآداء وواجبة التنفيذ، ففي عقد الزواج إذا حصل الدخول تصبح الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، فتلزم الزوجة بطاعة زوجها وتسليم نفسها كما يلزم الزوج بالنفقة .

ب–التطليق لعدم الوفاء بالشرط:منح المشرع الجزائري في قانون الأسرة للزوجة حق طلب التطليق عند حالة استحالة استمرار العلاقة الزوجين، وهذا لرفع أي ظلم وتعدي من الزوج، وعليه سنعالج مفهوم التطليق لعدم الوفاء بالشرط أولا، ثم آثار التطليق لعدم الوفاء بالشرط.

أ–مفهوم التطليق: هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بناءا على الإرادة المنفردة للزوجة، ويتم بحكم قضائي استنادا لحالات محددة قانونا على سبيل الحصر في المادة 53 من قانون الأسرة التي تنص "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية[1]:

*عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78، 79، و80 من هذا القانون.

*العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

*الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

*الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

*الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة .

*مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

*ارتكاب فاحشة مبينة.

*الشقاق المستمر بين الزوجين .

[1]- قانون رقم 84– 11، المؤرخ في 9 جوان 1984؛ يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05–02، المؤرخ في 27فيفيري 2005،(ج،ر، رقم 15).

*مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

*كل ضرر معتبر شرعا.

وعليه نستشف من الفقرة التاسعة للمادة 53 أعلاه أن التطليق لعدم الوفاء بالشرط، حق للزوجة وبناءا على طلبها للإخلال بالشروط المدرجة في عقد الزواج، حيث ينصرف مدلول الشرط إلى ما نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة التي أجازت الاشتراط في عقد الزواج لكل من الزوجين مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون، ومرد هذا أن الشرط المدرج في عقد الزواج قد يكون هو الدافع للزواج.

1- آثار التطليق لعدم الوفاء بالشرط: يرتب التطليق لعدم الوفاء بالشرط آثار، نذكر منها العدة، حيث تعرف على أنها تربص من فارقت زوجها بحياة أو وفاة لمدة معينة، الهدف منها إستبراء الرحم، حيث تبدأ عدة الزوجة التي تطلق التطليق لعدم الوفاء بالشرط من تاريخ تصريح القاضي بالتطليق.

كما أن النفقة تعتبر من آثار التطليق لعدم الوفاء بالشرط، فهي تظل قائمة ببقاء العدة لأنها وجبت عليها بسبب الزواج، والمراد بنفقة العدة هي ما تستحقه المعتدة من نفقة أثناء العدة، وقد نص عنها المشرع الجزائري في قانون الأسرة بموجب المادة 61 منه التي تنص "ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"[1].

ج-الفسخ لعدم الوفاء بالشرط:هو حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم لجانبين لإخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، فإذا كان الزوج هو الذي اشترط شرطا لمصلحته و أخلت به الزوجة، يكون له الحق في فسخ عقد الزواج ولا يلزم بأن يدفع لها المؤجل من مهرها ولا نفقة عدتها، أما إن كان الزوجة هي التي اشترطت شرطا لمصلحتها وأخل به الزوج، فيكون لها الحق في طلب فسخ عقد الزواج لإخلال الزوج بالتزامه التعاقدي[2]، أي لا بد عليها أن ترفع دعوى الفسخ

[1]- قانون رقم 84- 11، المؤرخ في 9 جوان 1984؛ يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في : 27فيفيري 2005،(ج،ر، رقم 15).

[2]-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومه للطبع والنشر والتوزيع، ط2، الجزائر، 2009، ص172.

أمام القاضي من أجل فسخ عقد الزواج لعدم وفاء الزوج بالشرط، وهذا ما يستشف من نص المادة 53 من قانون الأسرة التي تمنح للزوجة حق طلب التطليق لعدم وفاء الزوج بالشرط بقولها "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية " مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

أما على المستوى التطبيقي نجد أن المحكمة العليا قضت في إحدى قراراتها بفك الرابطة الزوجية لمخالفة الزوج لشرط اشترطته الزوجة بأن لا ينقلها من بلدها، حيث جاء فيه"وحيث من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط ألا تحلل حراما، وبشرط ألا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها الزوج، مما يترتب عليه فك العصمة الزوجية، وعليه فإن قضاة الموضوع لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي، ويعتبر الوجه غير سديد"[1].

1–شروط فسخ عقد الزواج لعدم الوفاء بالشرط:حتى يتكمن القاضي من فسخ عقد الزواج لابد من تواف شرط إخلال من جانب أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد، أي لا بد من أن يخل أحد طرفي الزواج بشرط من الشروط المتفق عليها حتى يتمكن الطرف الآخر من المطالبة بالفسخ، كما يجب على المشترط طالب فسخ عقد الزواج أن يكون قد وفى بجميع إلتزاماته التي رتبتها عليه وثيقة الزواج، حتى يمكن له طلب الفسخ بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر بالتزاماته.

2–مسقطات حق الزوجة في الفسخ:في حالة عدم وفاء أحد الزوجين بإلتزامه بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج، يجوز للطرف الآخر طلب فسخ الزواج، غير أن هذا الحق في

[1]–المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، قرار بتاريخ1971/03/03، نشرة القضاة، 1972، عدد2، ص39.

طلب الفسخ قد يسقط عن الزوجة لعدة أسباب، نذكر منها الرضا بإخلال الزوج للشرط، فلو رضيت الزوجة بإخلال زوجها للشرط المشترط في عقد الزواج سقط حقها في طلب الفسخ.

كما أن استحالة تنفيذ الشرط يعد سبب مسقط لحق الزوجة في طلب الفسخ، فلو اشترطت الزوجة على زوجها ألا يخرجها من منزل أبويها، ثم تعذر سكن المنزل لظرف طارئ كانهيار المنزل بسبب حدوث زلزال، ففي هذه الحالة يتعذر عليه الوفاء بهذا الشرط، ومن ثم سكن بها حيث أراد وسقط حقها في الفسخ، لأن الشرط أمر عارض وقد زال[1].

د-التعويض عن الضرر:هذا ما أقرته المادة 53 من قانون الأسرة، حيث يمكن للقاضي عند حكمه بالتطليق أن يحكم للزوجة بالتعويض عما أصابها من ضرر، والضرر هو الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له.

وقد رأينا أن الشروط قد ترد في عقد الزواج ذاته، أو في عقد رسمي لاحق، فبذلك هي تخضع لأحكام القواعد العامة في التعويض، وعلى هذا الأساس فالزوجة التي لحقها ضرر من جراء مخالفة زوجها للشرط الذي اشترطته عليه، يكون لها الحق في المطالبة بالتعويض، مؤسسة دعواها على أساس المسؤولية العقدية.

على العموم فإن الضرر يتمثل في الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بالمشترط نتيجة الإخلال بشرطه، وبالتالي فالضرر ينقسم إلى قسمين ضرر مادي وضرر معنوي أو أدبي، فالضرر المادي هو كل أذى يصيب المضرور في جسمه، أو في ماله منقصا منها أو مفوتا لمصلحة مشروعة، أما الضرر المعنوي هو الأذى الذي يصيب الشخص في كرامته أو شرفه أو سمعته أو عاطفته.

ويشترط في الضرر حتى يكون موجبا للتعويض توافر الشروط التالية:

-المساس بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور، أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا مجال للمطالبة بالتعويض.

---

[1]-علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنسر،(د، ط) الإسكندرية، 2005، ص 175.

-أن يكون الضرر محققا، بأن يكون حالا وليس مفترضا أو محتملا.

-أن يكون الضرر شخصيا[1].

-ألا يكون الضرر سبق تعويضه.

وعليه إذا أخل الزوج بشرط مدرج في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، وطلبت الزوجة التطليق حكم القاضي لها بالتعويض نتيجة عدم وفاء الزوج بالشرط، وهذا ماذهبت إليه القضاء الجزائري، حيث جاء في قرار المحكمة العليا"متى تبين من قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل بتوفير سكن منفرد مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون[2].

الملاحظ أن قانون الأسرة لم يحدد نوع الضرر المقصود حتى تتمكن الزوجة من طلب التطليق، لكن يمكن استنباط اتجاه المشرع إلى اعتبار نوعي الضرر المادي والمعنوي في التعويض، ويظهر ذلك جليا من خلال المادة الخامسة من قانون الأسرة التي نصت على جواز التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا.

1-أنواع لتعويض عن الضرر: منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية تسمح له بتحديد طريقة التعويض، فقد يكون التعويض عينيا، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إرادا مرتبا، ويعتبر التعويض العيني من أفضل طرق التعويض، لأنه يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تام.

وعلى هذا الأساس إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن تسكن في مسكن مستقل عن أهله، أو اشترطت عليه ألا يمنعها من متابعة تعليمها أو الإستمرار في وظيفتها، فهذه

[1]- العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، (د، ط) الجزائر، 1996، ص79.

[2]- إيمان لعريبي، مرجع سابق، ص 83.

الشروط تكون ملزمة، ويجب على الزوج الوفاء بها، فإذا خالفها يحق للزوجة أن تطلب فسخ عقد الزواج بسبب عدم قيام الزوج بالتزامه التعاقدي وعلى مسؤوليته وحده[1]، كما يمكن للزوجة أن تطلب التعويض النقدي من أجل إصلاح الضرر اللاحق بها، ويمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني بإلزام الزوج بتوفير مسكن مستقل لزوجته.

[1]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، الجزائر، 1996، ص 172.

خاتمـــــــــــــة

من خلال دراستنا لموضوع الشروط المقترنة بعقد الزواج فقها وقانونا وقضاءا، خلصنا إلى بعض النتائج، مرفقة ببعض التوصيات والاقتراحات.

أولا :النتائج

– إن إنشاء الشروط في عقد الزواج يكون بإرادة المتعاقدين، وهذا ما يبرز مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء الشروط.

– تبنى المشرع الجزائري رأي المذهب الحنبلي الذي كان أكثر المذاهب تماشيا مع مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء الشروط، لأنه من أكثر المذاهب توسعا في الشروط الصحيحة، ولأن الأصل لديه هو حرية الإشتراط إلا ما نهى الشرع عنه، وذلك بما يحقق مقاصد الزواج.

– اتفق الفقه الإسلامي على حرية الإشتراط، إلا أنهم اختلفوا في مدى هذه الحرية، وجاء اختلافهم من حيث الضوابط الشرعية لتلك الشروط بين موسع للإرادة ومضيق لها.

– اتفق الفقهاء على صحة العقد وبطلان الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، واختلفوا في الشروط التي ليست من مقتضيات العقد ولكنها لا تنافيه ولا تخل بمقصوده.

– اتفقت التشريعات العربية، وعلى رأسهم المشرع الجزائري على حرية الإشتراط ضمن ضوابط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وعدم منافاة أحكام قانون الأسرة.

– أجاز المشرع الجزائري حق الإشتراط للزوجين في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق.

– تختلف الشروط في عقد الزواج على تأثيرها على العقد بالصحة والبطلان، فالشروط الصحيحة يلزم الوفاء بها، وعند الإخلال بها يثبت لشارطها حق طلب الفسخ والتعويض، أما الشروط الباطلة فمنها ما يبطل العقد لأنها تخل بالمقصود الأصلي للزواج، كشرط تأقيت الزواج، حيث نصت عليه أحكام المادة 32 من قانون الأسرة

–رتب المشرع الجزائري على عدم الوفاء بالشرط حق الزوجة في طلب التطليق بالنص الصريح، بينما لم ينص صراحة على جزاء إخلال الزوجة بالشرط المتفق عليه.

-أجاز المشرع الزوجين ضمن أحكام المادة 37 من قانون الأسرة حق الإشتراط حول الأموال المشتركة، مع الإبقاء على انفصال الذمة المالية لكليهما.

ثانيا: التوصيات والاقتراحات

في الأخير نود أن نتقدم إلى المشرع الجزائري بهذه التوصيات والمقترحات

-على المشرع الجزائري أن يضبط ويحدد معايير التمييز بين الشروط الصحيحة والشروط الباطلة، حتى يتمكن الموظف المؤهل قانونا بإبرام عقد الزواج من التحقق من مسألة موافقة الشروط للنظام العام، وعدم منافاة قانون الأسرة، عن طريق نصوص تنظيمية خاصة، وذلك قصد تفادي النزاعات التي تثور بين الزوجين في مدى صحة الشروط من عدمها.

-على الموظف المؤهل قانونا بإبرام عقد الزواج أن يكون على دراية ومعرفة تامة خاصة للشروط المشروعة وغير المشروعة.

-نقترح على المشرع إدراج آلية الصلح قبل اللجوء إلى القاضي من أجل طلب فسخ عقد الزواج في حالة عدم تنفيذ الشرط المتفق عليه من طرفي العقد، وذلك حفاظا على ديمومة واستمرارية الأسرة كون الزواج عقد مقدس.

-على القضاة تفادي اللجوء للتطليق أو فسخ عقد الزواج مباشرة عند مخالفة الشرط، وإنما عليهم محاولة تقديم النصح و الإرشاد لطرفي النزاع، من أجل تفادي الآثار السلبية، نتيجة فك الرابطة الزوجية.

المصادر والمراجع

أولا: المصادر

-الحديث الشريف

01- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، رقم الحديث 4856.

ثانيا المراجع

-الكتب

01-إبن قدامة، العمدة في الفقه الحنبلي، الدار المتحدة، ط1، دمشق، سورية، 1990.

02-إبن منظور، لسان العرب ، ج8، ط1، بيروت، لبنان، (د، ت، ن)

03-الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس، المشهور بالقرافي، دار السلام، ج1، ط1، القاهرة، مصر،2001.

04-الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة المعارف، ط1، بيروت،2001.

05-الدريني، محمد فتحي، بحوث مقارنة في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، 1994.

06-الشيخ زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية،(د، ط) بالقاهرة، (ب، س، ن).

07- أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، (د،ت،ن).

08- آل علي صالح بن محمد بن أحمد بن حسن، أحكام الشروط المقترنة بعقد النكاح وآثارها، جمعية دار البر، ط1، الإمارات العربية المتحدة، دبي، 2014.

09- الأشقر عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، ط1، الأردن، 1997.

10- البعلي عبد الحميد محمود، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، مكتبة وهبة، ط1، القاهرة، مصر، (د ت ن).

11- البغا مصطفى ديب، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، صحيح البخاري ، دار ابن كثير، ج5، (د، ط)دمشق، 1993.

12- الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار النشر، مصر 2009 .

13- الحموي أحمد بن محمد مكي الحسيني، غمز عيون البصائر في شرح كتاب الأشباه والنظائر، تحقيق أحمد الحموي، دار الكتب العلمية، (د،ط)، ج4، بيروت، لبنان، 1985.

14- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، دمشق، سورية، 1984.

15- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ط9، دار الفكر، دمشق، 2006.

16- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، ط4، ج9، (د،ت،ن).

17-الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، ج1، ط2، دمشق، 1998.

18- الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار القلم، ج1، (د، ط)، دمشق، سورية، 2004.

19- السرطاوي محمد علي، قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، ط3، ج1، 1994.

20- الشاطبي أبي إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق محمد عبد القادر الفاضلي، المكتبة العصرية، (د، ط)، بيروت، لبنان،2007.

21- الشاطبي أبي إسحاق إبراهيم بن موسى ، الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، ج1، ط 5، بيروت، لبنان،2001.

22- الشافعي محمد بن إدريس، موسوعة الإمام الشافعي، دار إحياء التراث العربي، ط1، لبنان، 2000.

23- الضويني محمد عبد الرحمان محمد، الشروط المقترنة بعقد النكاح وتطبيقاتها، ط1، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2013.

24- الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط3، دمشق، 2009.

25- بن شيوخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2008.

26- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، ج1، الجزائر، 2012.

27- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.

28- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

29- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه الجزائر، ط1، سنة 2013.

30- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، ط4، الجزائر،2005.

31- داودي عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر للتوزيع والنشر، ط1، حسين داي، الجزائر، 2007.

32- زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، بيروت، لبنان، 2011.

33- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، الجزائر،1996.

34- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، ط2، قسنطينة 1989.

35- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومه للطبع والنشر والتوزيع، ط2، الجزائر، 2009.
36- سمارة محمد، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان،2008.
37- شبير محمد عثمان، الشروط المقترنة بالعقد و أثرها فيه في الفقه الاسلامي، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة قطر، (د ط)،(د ت ن) .
38- شتا محمد أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، (د، ط)، القاهرة، 2000.
39- شحاتة رشدي، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط1، مصر،2001.
40- شحاتة رشدي أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية مصر،2011 .
41- شعبان زكي الدين، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، دار النهضة، ط1، القاهرة، مصر، 1986.
42- عبد الرحمان الغريني الصادق، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط1،2002.
43- علي عبد النور فارح، أثر الشروط الجعلية في العقود المالية دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب المصرية، ط1، القاهرة،2021 .
44- فراج حسين أحمد ، الملكية ونظرية العقد، الدار الجامعية، (د ط)، مصر(، ت ن).
45- فيلالي علي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، (د، ط)، الجزائر،2008.
46- مهران محمود بلال، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، عقد الزواج وآثاره، دار الثقافة العربية، ط1، بيروت 2000.

47- شلبي محمد مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، ط10، مصر، 1985.

48-شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، حققه عبد السلام محمد الشريف الناشر، دار الغرب الإسلامي، ج1، ط1، بيروت – لبنان، 1984.

49- شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، الجزائر،2003.

50-علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

51-علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

52-قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، قانون اتحادي، رقم 27، 2005

53- كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة والنشر، تونس 1983.

54- محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة في ظل أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار المعرفة الجامعية، 2005.

المقالات:

01-بن يحي أبوبكر الصديق، ضامن عبد القادر، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة نقدية، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، العدد 3، جامعة زيان عاشور الجلفة،بتاريخ 2016/09/01.

02-سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد النكاح في سلسلة العلوم الإنسانية، الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الازهر بغزة، فلسطين العدد2، 2008.

03- عمرو خليل، الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة البليدة.

04-نوارة دري، حق الزوجة في السكن المستقل، مجلة الإحياء، باتنة، (د،ت،ن)العدد 13.

-المذكرات الجامعية

01-بوراق فتيحة/ حميدو زكية، الاشتراط في عقد الزواج بين القانون الجزائري والقانون المغربي دراسة مقارنة، لنيل مذكرة شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة تلمسان، 2016/2015.

02- خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد النكاح ، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2007.

03- سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، جامعة وهران2011-2012.

04- طرشي سمية الشروط في عقد الزواج، الأحكام والآثار، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة 2015/2014.

05- لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1-، 2014/2013.

06- مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة بشار، 2008،2007.

-المجلات القضائية للمحكمة العليا:

المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 2.

المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 4.

المجلة القضائية لسنة 1972، عدد2.

-النصوص القانونية

1-القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/19 المتضمن قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 1 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005.

2-القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005 المعدل للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني.

الفهـــــــرس

مقدمة:.....05
الفصل الأول :حقيقة الشرط المقترن بعقد الزواج.....06
المبحث الأول:مفهوم الشرط.....07
المطلب الأول:تعريف الشرط.....07
الفرع الأول:الشرط لغة.....07
الفرع الثاني:الشرط اصطلاحا.....08
أولا:الشرط عند الأصوليون.....08
ثانيا:الشرط عند فقهاء الشريعة الإسلامية.....09
ثالثا:الشرط عند فقهاء القانون.....10
المطلب الثاني:أقسام الشرط وخصائصه.....11
الفرع الأول:أقسام الشرط.....11
أولا:أقسام الشرط من حيث المصدر.....11
1-الشرط الشرعي.....11
2-الشرط الجعلي.....12
3-الشرط العرفي.....13
ثانيا:أقسام الشرط من حيث وظيفته.....13
1-شرط التعليق.....13
2-شرط الإضافة.....14
3-شرط التقييد.....14
ثالثا:أقسام الشرط من حيث موضعه من العقد.....15
1-الشرط المتقدم.....15
2-الشرط المقترن أو المقارن.....15
3-الشرط المتأخر.....15
الفرع الثاني:خصائص الشرط.....16

أولا:الشرط أمر مستقبلي 16
ثانيا:الشرط أمر محتمل الوقوع.....16
ثالثا:الشرط أمر زائد على أصل العقد.....17
المبحث الثاني:مضمون الشرط المقترن بعقد الزواج والقيود الواردة عليه.....17
المطلب الأول:مضمون الشرط المقترن بعقد الزواج.....17
الفرع الأول:مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج.....18
أولا:تعريف الشرط المقترن بالعقد.....18
ثانيا:تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج.....18
الفرع الثاني:تمييز الشرط المقترن بعقد الزواج عن بعض الألفاظ المشابهة له.....19
أولا:التمييز بين الشرط والركن.....19
ثانيا:التمييز بين الشرط والسبب.....20
المطلب الثاني:قيود الشرط المقترن بعقد الزواج.....21
الفرع الأول:قيود الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج 21
اولا:المشارطات المالية في عقد الزواج.....22
01-المعالجة الفقهية للمشارطات المالية.....22
02-معالجة قانون الأسرة للمشارطات المالية.....23
ثانيا: مشارطة الزوجين حول عمل المرأة.....23
01-معالجة رجال الفقه للمشارطات المتعلقة بعمل المرأة.....24
02- معالجة قانون الأسرة للمشارطات المتعلقة بعمل المرأة.....24
الفرع الثاني:قيود الشرط المناقض لمقتضى عقد الزواج.....25
أولا:موقف الفقه الإسلامي من الشرط المناقض لعقد الزواج.....25
ثانيا:موقف قانون الأسرة من الشرط المناقض لعقد الزواج.....26/25
ملخص الفصل الأول.....27

الفصل الثاني:آثار الشرط المقترن بعقد الزواج.....29/28
المبحث الأول:آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج.....30
المطلب الأول: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج في الفقه الإسلامي.....31
الفرع الأول: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند الحنفية والمالكية.....31
أولا: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند الحنفية.....31
ثانيا: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند المالكية.....32
01-شروط صحيحة غير مكروهة.....32
02-شروط صحيحة مكروهة.....33
الفرع الثاني: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند الشافعية والحنابلة.....33
أولا: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند الشافعية.....33
ثانيا: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج عند الحنابلة.....34
المطلب الثاني:آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج في القانون.....35
الفرع الأول: آثار الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج في قانون الأسرة والجهة المختصة بتوثيق الشروط.....35
أولا: على مستوى الإجتهاد القضائي.....36
ثانيا:الجهة المختصة بتوثيق الشروط في عقد الزواج.....36
الفرع الثاني: أمثلة عن الشروط الموافقة لعقد الزواج.....37
أولا شرط عدم تعدد الزوجات.....37-38
ثانيا إشترط الزوجة للسكن المنفرد.....40/39
المبحث الثاني: آثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج.....41
المطلب الأول:آثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج في الفقه الإسلامي.....41
الفرع الأول: الشروط غير الصحيحة.....41
أولا:مدى تأثير الشروط غير الصحيحة عند الحنفية والمالكية.....42

ثانيا: مدى تأثير الشروط غير الصحيحة عند الشافعية والحنابلة.....43
الفرع الثاني: الشروط المنهي عنها شرعا.....44
المطلب الثاني: آثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج في القانون.....45
الفرع الأول: آثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج في قانون الأسرة.....45
أولا:النصوص القانونية المتعلقة بآثار الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج.....46/45
ثانيا:على مستوى الإجتهاد القضائي.....47
الفرع الثاني:آثار الشرط المنافي لعقد الزواج في بعض القوانين العربية.....47
أولا:في القانون التونسي.....47
ثانيا:في القانون المغربي.....48
ثالثا:في القانون الإماراتي.....48
الفرع الثالث: الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط.....49
أولا:الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط عند الفقهاء..... 50
أ-الفسخ.....50
ب-حق الزوجة في حبس نفسها عن زوجها.....50
ثانيا: الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط في قانون الأسرة.....51
أ-الدفع بعدم التنفيذ.....51
1-شروط الدفع بعدم التنفيذ.....51
ب-التطليق لعدم الوفاء بالشرط.....52
1-آثار التطليق لعدم الوفاء بالشرط.....53
ج-الفسخ لعدم الوفاء بالشرط.....53
أ-شروط فسخ عقد الزواج لعدم الوفاء بالشرط.....54
2-مسقطات حق الزوجة في الفسخ.....54
د-التعويض عن الضرر.....55

1-أنواع التعويض عن الضرر.....57/56
خاتمة.....59/58
قائمة المصادر والمراجع.....60
الفهرس.....66
ملخص البحث.....71

ملخص البحث

يعتبر البحث في موضوع الاشتراط في عقد الزواج من المسائل الهامة في الوقت الحالي، وذلك لحاجة الناس إليه، من أجل تحقيق منافع ومصالح ضرورية لا يمكن تحقيقها بمجرد إبرام عقد الزواج، بل لابد من اشتراطها مسبقا والنص عليها في العقد، فكان لزاما تسليط الضوء حول دور المشرع الجزائري في مسايرته لمبدأ حرية الإشتراط في عقد الزواج، ومقارنته بالفقه الإسلامي، من حيث القيود والآثار المترتبة عليه، فقمنا بطرح الإشكالية التالية ما لمقصود بالاشتراط في عقد الزواج؟ و ما هي القيود والآثار الواردة عليه من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ؟.

من خلال هذه الإشكالية بينا الضوابط الشرعية لمسألة الاشتراط في عقد الزواج من المنظور الفقهي، بإبراز الآراء الفقهية، التي منها ما كان مضيقا له وما مكان موسع له، وقارناها بالقيود التي نص عليها المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة، لنختم دراستنا بتبيان الآثار المترتبة عن مسألة الإشتراط في عقد الزواج من الناحية الفقهية والقانونية وعلى مستوى الإجتهاد القضائي.

الكلمات المفتاحية:الإشتراط، عقد الزواج، القيود، الآثار.

Research

on the issue of stipulating the marriage contract is one of the important issues at the present time, due to the people's need for it, in order to achieve necessary benefits and interests that cannot be achieved just by concluding the marriage contract. Rather, it must be stipulated in advance and stipulated in the contract, so it was necessary to shed light on the role of The Algerian legislator, in keeping with the principle of freedom to stipulate the marriage contract, and comparing it with Islamic jurisprudence, in terms of restrictions and the implications for it, we raised the following problem: What is meant by stipulation in the marriage contract? And what are the limitations and effects on it from the perspective of Islamic jurisprudence and Algerian family law?

we explained the legal controls for the issue of stipulation in the marriage contract from the doctrinal perspective, by highlighting the jurisprudential opinions, including what was narrow for him and what was an expanded place for him, and we compared them with the restrictions stipulated by the Algerian legislator within the family law, to conclude our study by showing the implications of the issue of stipulation In the marriage contract in terms of jurisprudence and legal and at the level of jurisprudence.

Keywords: stipulation, marriage, contract, restrictions, effects.

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) حصايي مراد

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالب.

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 34/03/12011/13

الصادرة بتاريخ 2013-07-22 عن دائرة/ بلدية المسيلة ولاية المسيلة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

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

الاشتراط في عقد الوكالة.

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

التاريخ 2022-08-07

إمضاء المعني

مع المصادقة على التوقيع أعلاه

حصايي مراد

34/03/12011/13

2013/07/22

08 جوان 2022

رئيس المجلس الشعبي البلدي

العرن المسيلة

ح. مخلوف

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : العلوم القانونية والإدارية

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) مسعاري جعفر

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: أ - س رقم 461

الصادرة بتاريخ 2004/05/09 عن دائرة/ بلدية حمام الضلعة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : العلوم القانونية والإدارية

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

الاشتراط في عقد الزواج

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

التاريخ 13 جوان 2022

إمضاء المعني

شوهد لأجل التوقيع السيد ..... جعفر .....

2022

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner