جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

جامعة المسيلة **كلية الحقوق والعلوم السياسية**

مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة

الشروط المقترنة بعقد الزواج

إعداد الطالبتين: **إشراف الاستاذ :**

1-ويـــــــــــس مـــليكة

2- د- مـــــــــيـــرة ولـــيـــــد

3-غـــــــلاب إسمهان

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
بلموهوب محمد الطاهر		رئيسا
د/ ميرة وليد		مشرفا ومقررا
لعمارة عبد الرزاق		مناقشا

السنة الجامعية **2022/2021**

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد لله والشكر له كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، عدد خلقه ورضا نفسه وزنة عرشه ومداد كلماته على أن منَ علينا بإنجاز هذه الدراسة، والصلاة والسلام على أفضل الخلق نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

- أتوجه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان لكل من الدكتور الفاضل "ميرة وليد " حفظه الله وأطال في عمره لتفضله الكريم بالإشراف على هذه الدراسة وتكرمه بنصحنا وتوجيهنا حتى إتمام هذه الدراسة
- أعضاء لجنة المناقشة حفظهما الله لتفضلهما بقبول مناقشة هذه الدراسة.
- إلى كل من ساعدنا وقدم لنا يد العون في أيجاد المراجع اللازمة لإتمام هذه الدراسة.

إهـــــــداء:

إلى جنتي التي شجعتني على مواصلة مساري الدراسي وكانت سندا لي منذ البداية ودعواتها التي كانت تنير دربي.

" أمي "

إلى أسرتي عزوتي وسندي

إلى روح أخي طيب الله ثراه ...

إلى أخواتي حفظهم الله ورعاهم ...

إلى كل من ساهم ولو بحرف في حياتي الدراسية.....

إلى كل هؤلاء: أهدي هذا العمل، الذي أسال الله تعالى أن يتقبله خالصًا...

ويـــس ملـيكة

إهـــــــداء:

الحمد لله الذي فتح لي أبواب النجاح ورسم لي طريقي وعوضني عما فاتني

شكرا للعثرات التي واجهتها في طريقي لأنها علمتني أن من لم يتألم لا يتعلم وأن السقوط بداية النجاح إليك أبي وإليك أمي يا من سهرتم على تحفيزي للدراسة، يامن علمتموني معنى الصبر ومعنى الجد، ومعنى أنك لا تستسلم مهما واجهتك الصعوبات

إلى زوجي وقرة عيني ابنتي مريم ورفيف

إلى إخوتي وأحبتي في الله من دعوا لي بالخير ومدوا لي يد المساعدة

إلى من كانوا سندا لي

ولا أنسى من وجهني ودرسني

غـلاب إسمهان

مـــــقـــدمـــــة

خلق الله سبحانه وتعالى سيدنا آدم، وجعله خليفته في الأرض لحكمة ومن أجل غاية عظيمة، وهي إعمار الأرض فيقول في كتابه الحكيم ﴿هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ الأرض وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تُوبُواْ إليه أن رَبِّي قَرِيبٌ مُّجِيبٌ﴾ [سورة هود الآية61]، ولتحقيق هذه الغاية شرع الله الزواج، وحاطه بضوابط ومعايير لا بد من الالتزام بها وضمَنه ضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من الضياع والتشتت ولحفظ النسل لأن الانسان قد يميل لغريزته فيقع في المحظور.

ولما كانت للزواج هذه الأهمية فقد أولاه الفقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم عناية خاصة واضعين للعقد الذي تنشأ به الأسرة أركانا وشروطا تتفق وطبيعته.

أما المشرع الجزائري، فقد نظم أحكام عقد الزواج على أنه من أهم المسائل القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية في قانون الأسرة رقم 84-11 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.حيث نصت المادة 4 من هذا القانون: «الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب» .

إذن فالزواج عقد ليس كباقي العقود لأنه غير مبني على مكاسب مالية أو تحقيق أهداف دنيوية، بل هو رباط يجمع بين طرفين (الرجل والمرأة) برباط المودة والرحمة.

ومع التطور الكبير الذي يشهده المجتمع المسلم، وتطور نمط الحياة الاجتماعية ظهرت الحاجة إلى تقييد عقد الزواج ببعض القيود التي تضمن لمشرطها تحقيق رغبته في أن يحيا وفق تلك الرغبات المستجدة، وتكون كفيلة بتجنيب الأسرة وقوع الخلافات ومشاكل زوجية لو اتفق الزوجان مسبقا على تنظيم بعض المسائل الهامة في حياتهما الزوجية.

وتطبيقا للمبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة أي أن الحرية التعاقدية هي التي تملي على الطرفين قانون العقد أبيح الاشتراط في العقود عامة وفي عقد الزواج خاصة؛ وهذا لا يعني مطلق الحرية في اختيار الشروط فقد أخضعها المشرع لضوابط يجب أن لا يتعداها الطرفان فعن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:

"المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما". رواه الترمذي حديث 1352 .

وتسمى هذه الشروط بالشروط المقترنة بعقد الزواج والتي يراد بها الشروط المضافة لعقد الزواج، بعد أن نشأ صحيحا مستكملا لأركانه، وشروطه والتي أضافها الزوجان أو أحدهما بقصد تحقيق منفعة أو تضييق منفعة الطرف الآخر الذي يكون قد قبل بها مختارا، زيادة على الآثار التي يرتبها العقد. ولهذه الشروط المقترنة بعقد الزواج مصطلحات عدة إذ تسمى بالشروط التقييدية باعتبار أن وظيفتها ضبط العقد بجملة من القيود التي يتفق عليها الطرفان، ويرتضيانها وتحملهما التزامات إضافية على التزامات عقد الزواج.

كما تسمى أيضا بالشروط الجعلية وهو ما يقابله في الاصطلاح القانوني بالشروط الإرادية، فهي شروط تجعل في العقد، يلتزمها الطرفان بإرادتهما، أو الشروط الاتفاقية باعتبار أنها تتم باتفاق الطرفين. وعليه نطرح من خلال هذا الموضوع محل الدراسة الإشكالية الرئيسية التالية:

فيم تتمثل حقيقة الشروط المقترنة بعقد الزواج فقها وقانونا؟ وما مدى الزامية هذه الشروط؟ وماهي الآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشرط؟

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية هذا الموضوع من عدة نواحي يمكن ذكرها فيما يأتي:

1- موضوع مرتبط بحياتنا اليومية ارتباطا وثيقا، ومتجدد مع ما يقتضيه الواقع الاجتماعي.
2-تأثير الشروط المقترنة بعقد الزواج على العقد من حيث الصحة والفساد.
3-يعالج هذا الموضوع جملة من الجوانب التي تتعلق بأهمية هذه الشروط وحكم الشريعة والقانون فيها، ومن ثم تتضح الشروط الصحيحة من غيرها.
4-دور الشروط المقترنة بعقد الزواج في استقرار الأسرة وضمان حقوق الزوجين

أسباب اختيار الموضوع:

1-موضوع جدير بالاهتمام خاصة مع تطور متطلبات الناس اليوم وازدياد الحياة الاجتماعية أكثر تعقيدا.

2-التعرض لجديد قانون الأسرة الجزائري في هذا الموضوع ومعرفة أسباب تعديل بعض المواد المتعلقة به وهذا خاصة في الفقرة التاسعة من المادة 53 حين جعل مخالفة الشروط المتفق عليها سببا من أسباب التطليق.

3-دراسة التناقض الموجود بين نص المادتين 32 و35 من قانون الأسرة الجزائري ومحاولة الجمع بينهما.

4- معرفة الشروط الشرعية والقانونية التي يمكن اشتراطها في عقد الزواج، والجهة المختصة بتوثيق الاشتراط خاصة بعد تعديل المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري.

5-بيان أن الشريعة الإسلامية قابلة للتطبيق في كل زمان.

6-تعريف المقبلين على الزواج بطبيعة الشروط وآثارها حتى يكونوا على بينة من أمرهم مستقبلا.

الدراسات السابقة:

من خلال بحثنا في المكتبات، وجدنا كتب فقهية تناولت موضوع الشروط المقترنة بعقد النكاح، بالإضافة إلى الرسائل الأكاديمية، ودراسات أخرى مقارنة سواء بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، أو مع غيره من التشريعات العربية، ومن بين الدراسات نذكر ما يلي:

1-سي ناصر بوعلام من خلال دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة بعنوان الاشتراط في عقد النكاح وأثرها بين الشريعة والقانون.

2- لعريبي إيمان مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة بعنوان الشروط المقترنة بعقد الزواج

3- طاهر فاطمة الزهراء مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون خاص بعنوان الشروط التقييدية في عقد الزواج.

4-بوراق فتيحة دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي بعنوان الاشتراط في عقد الزواج مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق.

صعوبات الدراسة:

واجهتنا صعوبات أثناء إعدادنا للبحث أهمها

1-تفرق مادة هذا البحث في كتب الفقهاء.

2-نقص المراجع المتخصصة، وتكرار نفس المعلومات وعدم توسعها.

المنهج المتبع:

لدراسة هذا البحث من جميع الجوانب اقتضت طبيعة الموضوع إتباع المنهج التحليلي الذي يظهر من خلال تحليل مضمون النصوص واستنباط الأحكام منها والمنهج المقارن من خلال المقارنة بين المذاهب الفقهية فيما بينها ومسايرة المشرع الجزائري لها من خلال تعديله لقانون الأسرة.

خطة البحث:

وللإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا في دراستنا على الخطة التالية:

الفصل الأول: ماهية الشروط المقترنة بعقد الزواج.

المبحث الأول: مفهوم الشروط المقترنة بعقد الزواج.

المبحث الثاني: أقسام الشروط المقترنة بعقد الزواج وضوابط اشتراطها.

الفصل الثاني: آثار الشروط المقترنة بعقد الزواج وبعض صوره.

المبحث الأول: آثار الاشتراط في عقد الزواج والجهة المختصة بمراقبتها.

المبحث الثاني: جزاء مخالفة الشرط وبعض صوره.

الفصل الأول: ماهية الشروط المقترنة بعقد الزواج

يتم الزواج بعد توفر أركانه وشروطه الأصلية التي لا يمكن مخالفتها، كما أجاز المشرع اشتراط شروط حسب الإرادة الحرة للمتعاقدين كاشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها زوجها أو أن يسمح لها بإكمال تعليمها، وفي المقابل منع شروطا أخرى.

وسنتطرق بالدراسة والتحليل في هذا الفصل إلى تعريف الشرط وبيان خصائصه ثم التمييز بين الشرط والالفاظ المشابهة له، ليتم التعرض بعد ذلك إلى أهم معايير تقسيم الشرط.

المبحث الأول: مفهوم الشروط المقترنة بعقد الزواج

حتى ينعقد العقد صحيحا يجب توفر أركانه وشروطه المنصوص عليها فالركن لا بد وأن يكون ذاتيا داخلا في ماهية الشيء ولا يقوم الشيء إلا به، وعقد الزواج مبني على رضا الزوجين أي تبادل الإيجاب والقبول بين طرفي العقد، إضافة إلى الأركان المعروفة في أي عقد وهي المحل والسبب أما الشرط فهو ما يتوقف الشيء عليه دون أن يكون جزءا منه. والتقييد بالشرط أو الاقتران به هو التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه[1] ، والشرط التقييدي المقترن بالعقد هو شرط يوجب تكليفا في تصرف قولي ،سواء أكان عقدا بين طرفين من عقود المبادلات المالية ،أم كانت تصرفا انفراديا ،كالهبة والوصية ،وهو شرط يعبر عنه في صلب العقد عند أنشائه ،بهدف التعديل من آثار العقد زيادة أو نقصا ،وهذا هو معنى الاقتران ،فيخرج به الشرط السابق و اللاحق ، كما يخرج به الشرط الذي يتضمن التزاما هو من مقتضى العقد[2] ،و الشرط قد يكون شرعيا أوجبه الشارع مثل المهر والولي في عقد الزواج وهي شروط متقدمة على تكوين العقد وقد يكون تقييديا يضيفه أطراف العقد وهو تابع للحكم الأصلي.

وهذا ما سنحاول دراسته في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول سنتناول فيه تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج وبيان خصائصه

والمطلب الثاني سندرس فيه أنواع الشروط المقترن بعقد الزواج وأصل مشروعيتها.

المطلب الأول: تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج وبيان خصائصه

[1] مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف ياء، الطبعة التاسعة، سوريا، 1967، ص 575.

[2] فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ج2، ص 414- 416.

في هذا المطلب سنقوم بتعريف الشرط المقترن بعقد الزواج لغة واصطلاحا ثم نتطرق إلى بيان خصائصه.

الفرع الأول: تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج

أولا: الشرط لغة

الشرط بسكون الراء إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والجمع شروط، وهو القيد والحكم والاشتراط: العلامة التي يجعلها الناس بينهم.[1]

وجاء في أصول السرخسي أن الشرط في اللغة هو علامة لازمة لإكرام المخاطب إياه فكان شرطا من هذا الوجه

عرفه القاموس المبين: هو ما هضم من تعليق الحكم على شيء بأداة شرط كـــ(أن) و(إذا)[2] قال الله تعالى : { وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ }الطلاق6 والشرط تعليق شيء بشيء، بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني وقال الراغب كل حكم متعلق بأمر يقع لوقوعه وذلك الأمر كالعلامة.[3]

ومن خلال هذه التعريفات أطلق الشرط على ما يشترطه المتعاقد في عقوده والتزاماته اتجاه نفسه أو غيره فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أمثاله باشتراط أحكام إضافية يتفق عليها الطرفان.[4]

ثانيا: الشرط اصطلاحا

عرفَ بعض الفقهاء الشرط على أنه ما يتوقف على وجود الشيء، ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده.[5] وهو التزام أحد طرفي العقد بأمر زائد عن أصل

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، بيروت، لبنان، ط1، ج8، ص 309

[2] محمد حامد عثمان، القاموس المبين، في اصطلاحات الأصوليين، دار التراجم، ط2002،1 م، ص279.

[3] عبد الرؤوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعريف، تح: عبد الجميل صالح حمدان، ط1 ،1990م، ص 203.

4 براكته مسعود، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، جامعة محمد خيضر بسكرة، مشروع مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق ،2015/2014، ص 2.

5 الجرجاني، التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، ط1 ،2007م، ج1، ص 209.

التصرف، أو التزامات اضافية منجزة على أصل مقتضى العقد، يلتزم بها العاقد في ضمن عقده بإرادته.[1]

وقال الغزالي في المستصفى:" أن الشرط عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه ولكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده وبه يفارق العلة يلزم مع وجودها المحاول والشرط يلزم من وجوده والشرط عقلي وشرعي ولغوي، فالعقل كالمحل للحياة إذ الحياة تنتفي بانتفاء المحل، والشرعي كالطهارة للصلاة، واللغوي كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق.[2]

وقيل أيضا:" الشرط وصف ظاهر منضبط يلزم من عندهم عدم الحكم ولا يلزم من وجوده الحكم ولا عدم وجود لذاته يكون خارجا عن حقيقة المشروط ".[3]

أما الشرط عند أبي زهرة فهو:" الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم ويلزم من عدمه عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم، فالفرق بينه وبين السبب أن الشرط إذا وجد لا يستلزم وجوده وجود الحكم فلا يلزم من وجود الوضوء الذي هو شرط الصلاة وجوبها، ولا يلزم من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج، ووجودهما شرط لصحته، ولكن لا تصح الصلاة من غير وجود الوضوء، ولا يصح النكاح من غير الشاهدين ".[4]

وحسب الشيخ منصور البهوتي:" أن المعتبر من الشروط هو ما يرد في صلب العقد كان يقول فلأن زوجتك بنيتي بشرط أن لا تخرجها من بلدها ويقبل الزوج بذلك .[5]

من خلال ملاحظتنا لتعريفات الشرط المتنوعة نرى أن الفقهاء لم يختلفوا في بيان حقيقة الشرط إنما سعوا إلى تقديم تعريف جامع مانع للشرط لذلك كانت هناك تعريفات كثيرة من الفقهاء تصب في نفس المعنى، لذلك يمكننا القول إن الشروط المقترنة بالعقد هي شروط تقترن بالعقد وتتأثر به، وقد تؤثر فيه، وهي شروط لا يوجبها الشرع ولا يفرضها بل يمليها

1خوالدة أحمد مفلح، الشرط في المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2011، ص 151.

2ابن عابدين، رد المختار، تح: عادل أحمد عبد الموجود، دار عالم الكتب، الرياض، ج4، ص 601.

3 وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1 ،1406هـ/1986 م: ج1، ص93-95.

4 محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ص 59.

5على محمد القاسم، التفرق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2005، ص11-12.

العاقدان أو أحدهما وفقا لما يراه أنه مصلحة.[1] كما أن الشرط أنواع، شرط شرعي وهو الذي يكون مشروطا بحكم الشارع كالشروط المكونة للعقد مثل: المهر والولي، أما النوع الثاني فهو الشرط الجعلي (وهو محل دراستنا) وهو الشرط الذي يأتي طارئا على العقد ويكون بإرادة المتعاقدين الحرة.

أما تعريف الشرط في اصطلاح الفقه القانون الأجنبي هو ربط نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقبل محتمل الوقوع يترتب على وقوعه وجود التزام أو زواله، فإما أن يكون شرطا واقفا أو شرطا فاسخا.[2]

وقد وجهت لهذا التعريف عدة انتقادات تمحورت حول الخلط الذي وقع فيه فقهاء نظرية الالتزام في الفقه الأجنبي، إذ نجدهم لم يميزوا بين التعليق على الشرط والتقييد بالشرط، ومن جهة أخرى فإن الشرط ينقسم إلى نوعين: موقف وفاسخ ليس تقسيما في حقيقته تقسيما للشرط إنما هو تقسيم للأمر المشروط في كلتا الحالتين نوع واحد من قبيل التعليق، وإن اختلفت النتائج فيعزى ذلك إلى اختلاف نوع الأمر المشروط.[3]

ولقد تطرق المشرع الجزائري لمفهوم الشرط في القانون المدني في القسم الأول من الفصل الأول في الباب الثالث، تحت عنوان الاوصاف المعدلة لأثر الالتزام المادة 203 على ما يلي:" يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على مستقبل وممكن وقوعه ".[4]

حيث قام بمقارنة الشرط والأجل، غير أنه لم يعطي ويحدد مفهوم أو تعريف عام للشرط

وقد قرن القانون المدني بين الشرط والأجل، ولكن قدم الشرط على الاجل في الدراسة، غير أنه لم يعط تعريفا دقيقا للشرط، وأدرج الشرط في باب بعنوان الاوصاف

---

[1]محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر ،1998، ص 101.

2علي محمد قاسم، المرجع السابق، ص 13.

[3]مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 521.

[4]الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالأمر 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، المتضمن القانون المدني.

المعدلة لأثر الالتزام، إقرارا منه بإرادة المتعاقدين في الاشتراط وهذا لتعديل العقد أو التصرف فيه.

ثالثا: الالفاظ ذات الصلة بالشرط

بعد أن قمنا بذكر تعريف الشرط نجد أن هناك بعض المصطلحات التي لها علاقة بالشرط وجب التمييز بيها بتوضيح أوجه الاختلاف وأوجه الاتفاق بينهم

1-الفرق بين الشرط والركن

الشرط هو ما خرج عن ذات الشيء وحقيقته، والركن ما يكون به قوام الشيء، بحيث يعد جزءا داخلا في حقيقته، أي لا يوجد العقد بدونه.[1]

فالشرط والركن يتفقان في أن كل منهما يتوقف وجود الشيء على وجوده، ويكمن الفرق بينهما أن الركن جزء من الحقيقة، والشرط ليس جزءا منها فالركن داخلا في ماهية الشيء وحقيقته والشرط ما كان خارجا عن الماهية، مثل الطهارة للصلاة شرط وهي أمر خارج عن الحقيقة، والركوع هو ركن من أركان الصلاة وهو جزء من حقيقة الصلاة .[2]

2-الفرق بين الشرط والسبب

يعرف السبب في اللغة بأنه: الحبل الذي يتعلق به الانسان ويتشبث به للارتقاء وللانتقال، ولهذا سمي الطريق سببا، تشبيها بالحبل الممتد[3]، ومن ثم فإن السبب يطلق أيضا على كل ما يتوصل به إلى غيره ويفضي إليه. والسبب في اصطلاح الفقهاء: " هو كل حـــادث ربط به الشرع أمرًا آخر وجودًا وعدمًا، وهو خارج عن ماهيته "، أو هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم. فعلى سبيل المثال يعتبر العمل الضار سببًا موجبًا

[1] عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، القاهرة، ط1 ،1429هـــ/2002م، ج1، ص 227.

[2] محمد مصطفى شلبي أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط1 ،1403هـــ /1983م، ج1، ص 93.

3- مقال التمييز بين الشرط وما يشبهه من ألفاظ، http://droit7.blogspot.com/2015/06/blog-post_34.html، أطلع عليه يوم 6/أفريل /2022 على الساعة 5.05

للتعويض طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري. كما تعتبر كل من القرابة والزوجية أسبابا للإرث حسب نص المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري.

إن ما يمكن ملاحظته من خلال تعريف السبب ومقارنته بتعريف الشرط أنهما يتفقان في حالة العدم، أي أنه إذا انعدم الشرط انعدم المشروط، وإذا انعدم السبب انعدم المسبب. ولكنهما يفترقان من حيث أن السبب متى وجد يلزم من وجوده وجود الحكم مالم يوجد ما يمنع ذلك، فمتى وجدت الزوجية أو القرابة وجب الميراث، بخلاف الشرط فإن وجوده لا يستلزم وجود الحكم أو الأمر المشروط، فلا يلزم مثلا من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج.

3-الفرق بين الشرط والمانع

المانع في اللغة هو الحائل بين الشيئيين، أما في اصطلاح الفقهاء الأصوليين هو: " كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره، أو هو الحكم على الوصف بالمانعية أو هو الوصف الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع حائلا دون وجود الحكم، فيلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته".

فعلى سبيل المثال يعتبر قتل الوارث مورثه مانعاً شرعياً من موانع الإرث، يحرم به القاتل من الإرث مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: " ليس للقاتل ميراث ". ففي هذا المثال فإن القاتل لا يرث رغم قيـــام سبب الإرث سواء أكانت القرابة أو الزوجيـــة، لأنه لو ورث بسبب القتل لكان منتفعا عن طريق ارتكاب جناية القتل المحرمة شرعا وقانونا، وهذا ينافي الحكمة من ترتيب حكم الإرث، وهذا يعني أن حصول المانع يقتضي رفع مقتضى السبب أو وجود الحكم.

ويتمثل الفرق بين الشرط والمانع في أن المانع هو كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره، أي أن المانع عكس الشرط لأن الشرط هو ما يلزم من عدمه عدم غيره.[1]

الفرع الثاني: خصائص الشرط المقترن بعقد الزواج

[1] – مقال التمييز بين الشرط وما يشبهه من ألفاظ، المرجع نفسه

من خلال الاستناد إلى تعريف الشرط لغة واصطلاحا يمكن استنتاج أهم الأسس التي يقوم عليها الشرط والتي هي بمثابة الخصائص المميزة له وتتمثل فيما يلي:

أولا: أنه أمر زائد على أصل العقد

العقد يتم انعقاده بمجرد توافر الأركان والشروط التي تطلبها المشرع دون الحاجة لوجود الشرط المقترن بالعقد. لأن الشرط التقييدي المقترن يدخل على العقد بعد تمامه وتوافر شروطه وأركانه، فلو قال شخص لآخر بعتك هذه الدراجة بألف دينار إلى سنة على أن تعطيني رهنا أو كفيلا فقبل الآخر، فالرهن أو الكفيل التزام زائد عن عقد البيع لأنه ينعقد بدون هذا الشرط ولا يتوقف وجوده في ذاته على الشرط، ونفس الحكم ينطبق على بقية العقود.[1]

ثانيا: الشرط أمر محتمل الوقوع

أي يكون الشرط في وسع المشترط عليه وتنفيذه وهذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا التزام بمستحيل لأنه إذا كان الشرط مستحيل الوقوع فإن العقد يكون باطلا والاستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية، وتتحقق الاستحالة المادية متى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقيق الشرط كتعليق الهبة على الطيران في الهواء بغير طائرة أو عدم غروب الشمس في اليوم الموالي. أما الاستحالة القانونية فمناطها نص القانون حيث يعتبر مستحيلا إذا واجه عقبة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم.[2]

ثالثا: الشرط أمر مستقبلي

أن يكون الشرط متعلقا بالتزام سيوجد في المستقبل غير موجود في الماضي ولا في الحاضر، حتى لا يستحيل على المتعاقد الالتزام بالشرط تجاه المشترط وإذا كان الشرط

---

1 محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة ،2000، ص 500.

2محمد شتا أبو السعد، نفس المرجع، ص 500.

واقعا بالفعل فلا فائدة من اشتراطه لأنه تحصيل حاصل، فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق إن كانت السماء فوقنا والأرض تحتنا فإنها تطلق في الحال.[1]

المطلب الثاني: أنواع الشروط المقترن بعقد الزواج وأصل مشروعيتها

اختلف الفقهاء في تبيان الشروط الصحيحة منها وغير الصحيحة، وبين مضيق وموسع في حرية الاشتراط في عقد الزواج، فمنهم من يرى الأصل فيها الحظر، ومنهم من يرى أن الأصل فيها الإباحة.

الفرع الأول: أنواع الشروط الواردة في عقد الزواج

أولا : الشروط الصحيحة

الشروط الصحيحة هي الشروط التي يقتضيها العقد أو تؤكد ما يقتضيها، وهي التي أورد الشرع بها نصا أو جرى العرف بها.[2]فإذا ورد اشتراط المتعاقدين على مقتضى العقد لتأكيد ما يوجبه فهو اشتراط صحيح معتبر، فهي شروط ثابتة سواء اشترطها أحدهما أم لا كأن تشترط الزوجة أن يعجل صداقها، أو أن ينفق عليها، أو أن يحسن معاشرتها، وفي ذلك يقول الخطابي فيما نقله عنه ابن حجر العسقلاني: "من الشروط يجب الوفاء بها اتفاقا، وهو ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان.[3]

أ-الشروط الصحيحة عند الحنفية

وهي أن يكون شرطا يقتضيه العقد كأن يشترط الزوج على زوجته ألا تخرج من بيته إلا بإذنه، أو مؤكدا لمضمونه كأن تشترط أن يكون والد الزوج ضامنا للمهر، أو مما

---

1 رشدي شحاته، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر ،2001، ص 47.

2 اسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008، ص 107.

3 عمر سليمان الشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن ،1997، ص 180.

جرى العرف به كتعجيل المهر، أو قد ورد الشرع بجوازه وأوجب مراعاته مثل: لو تزوجها على أن أمرها بيدها صح.[1]

ب –الشروط الصحيحة عند المالكية

قسمها المالكية إلى قسمين:

- شروط صحيحة غير مكروهة: وهي الموافقة لحكم من أحكام عقد الزواج وهو الذي يعمل به ولم يشترط في عقد الزواج لأنه ظاهر الصحة وما اشتراطه إلا لتأكيده فوجوده كعدمه سواء، كاشتراط الزوجة أن ينفق عليها أو يحسن معاشرتها.

- شروط صحيحة مكروهة: وهي لا تنافي المقصود من الزواج ولكن فيها تضييق على أحد الطرفين كان تشترط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها.[2]

ج- الشروط الصحيحة عند الحنابلة

توسع الحنابلة في تحديد الشرط الصحيح بالمقارنة مع باقي المذاهب

- شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه وتمكينه من الاستمتاع بها فلا حاجة لذكره في العقد.

- شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين لا يلزم إلا إذا تم اشتراطه ووجوب الوفاء به، كأن تشترط ألا يخرجها من بلدها أو لا يسافر بها، فإن لم يلتزم الزوج بهذه الشروط فلها حق المطالبة بفسخ عقد الزواج.[3]

د –الشروط الصحيحة عند الشافعية

هي التي وافق الشرط فيها مقتضى عقد النكاح كشرط النفقة والقسم بين الزوجات، أو لم يوافق مقتضى النكاح ولكنه لم يتعلق به غرض كشرط ألا تلبس كذا.[4]

---

[1] أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر ،2004، ص 97

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر ،2009، ص 60-61.

[3] صالح غانم السدلان، الشروط في النكاح، ط2، دار معاذ للنشر والتوزيع، الرياض، 1998، ص 42.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ط4، دمشق، دار الفكر، دت، ص 49.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالمنظور الفقهي وأجاز للزوجين أن ينصا على كل الشروط التي تؤكد فيها منفعة لهما وتحقق مصالحهما في المادة 19 المعدلة بالأمر 05-02 من قانون الأسرة الجزائري:" للزوجين أن يشترطان في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ".[1] وقد عدل المشرع الجزائري هذه المادة بإضافة نوعين من الشروط وهما شرط عدم التعدد وشرط عمل المرأة وكذلك إمكانية إثبات الشروط في عقد رسمي غير عقد الزواج.

ثانيا : الشروط الغير صحيحة

ويقصد بها الشروط المخالفة لمقتضى العقد، ولم يرد فيها نص، ولم يجر بها العرف، كاشتراط عدم الإنفاق أو التوريث.[2]

اتفق الفقهاء وأهل العلم على عدم صحة هذه الشروط التي تخالف ما أمر الله به أو نهى عنه، أو تخل بمقصود النكاح الأصلي، ومنها أن تشترط عليه ما يخل بالمقصود الأصلي للنكاح، وهو المعاشرة الزوجية. [3]

وقد نهى الرسول عن بعض الشروط التي يكون فيها إثم وقطيعة رحم مثل أن تشترط المرأة طلاق ضرتها فهذا شرط باطل[4] فقد ثبت أن عليه الصلاة والسلام قال: ﴿لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ ما بصفحتها، فإنما لها ما قدر لها﴾.[5] فدل الحديث على بطلان شرط تطليق الضرة لمخالفته النهي المصرح به في نص الحديث فضلا عن كونه شرط يلحق الضرر بالغير.

---

[1] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] سرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار بلقيس ،2013، ص 46.

[3] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص 181.

[4] الأمين الحاج محمد أحمد، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط2، د ب، دد ن ،2008، ص 36.

[5] البخاري (أبو عبد الله بن اسماعيل)، الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري)، ط1، القاهرة، المطبعة السلفية ،1979م، ص 250.

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: ﴿من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع أو النكاح أو الإجارة أو النذر أو غير ذلك شروطا تخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه، أو النهي عما أمر الله به، أو تحليل ما حرمه، أو تحريم ما حلله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود ﴾.[1] فعلى الزوجين أن يعرفا الشروط الصحيحة ويميزاها من الشروط الفاسدة، كي لا يشترطا في عقد الزواج شروطا تخالف الشريعة.

فالشروط الفاسدة هي التي تحل حراما وتحرم حلالا، وقد قال النبي □: ﴿كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، وأن كان مائة شرط﴾ وقوله أيضا □: ﴿المسلمون عند شروطهم، ما وافق الحق من ذلك﴾ وفي رواية فيما أحل.[2]

بالنسبة للمشرع الجزائري هذه الشروط لا خلاف في بطلانها، فبعضها يؤثر في صحة العقد كاشتراط عدم المعاشرة الزوجية، حيث تقتضي المادة 32 قانون الأسرة ببطلان العقد في هذه الحالة بالنص على أنه:" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد ".[3]

وفي حال اشترطت الزوجة على زوجها تطليق ضرتها أو اشترط الزوج عدم الإنفاق على زوجته فإنه يبطل الشرط ويصح العقد لأن هذه الشروط لا تؤثر في العقد ولا تؤدي إلى إبطاله، وهذا ما تؤكده المادة 35 قانون الأسرة الجزائري الذي كان مضمونه أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.[4]

---

[1] ابن تيمية (أحمد)، مجموع فتاوى أحمد بن تيمية، ت ح عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، م ج32، المغرب، مكتبة المعارف، دس، ص 28.

[2] الإمام مسلم، صحيح مسلم، دار احياء التراث العربي، بيروت ،1929م، ص 639.

[3] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984م، ويتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[4] سرين شريقي، كمال بوفرورة، مرجع سابق، ص 46.

الفرع الثاني: الشروط في الزواج بين المشروعية والحظر.

اختلف الفقهاء ما بين مضيق وموسع فيما يتعلق بحرية التعاقد، حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى أن الأصل في الاشتراط الحظر، وذهب رأي آخر إلى أن الأصل في الاشتراط الإباحة هذا ما سنتعرف عليه في هذا الفرع.

أولا :الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الحظر

يمثل هذا الرأي مذهب الظاهرية المتمثلون في أتباع داوود بن علي وابن حزم الأندلسي، إضافة إلى رأي كل من الحنفية والمالكية والشافعية الذين يتمسكون بظاهر النصوص ويقفون عندها، ويرون أن الأصل في العقود والشروط هو الحظر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من الكتاب والسنة الصحيحة أو الاجماع أو القياس أو الاستحسان على الإباحة، ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه وصحته .[1] وبهذا يكون قد أغلق أصحاب هذا الرأي باب الشروط، ولم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف سعة وضيقا تبعا لاختلاف نظرتهم في الأخذ بالأدلة الشرعية، وتبعا لاختلاف نظرتهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد وملاءمته لحكمته وانتفاء شروطه .[2]فهذه المذاهب تتفق مبدئيا على أن الأصل في الاشتراط الحظر ويتمسك أصحابها بهذا المبدأ إجمالا، وأن اختلفوا في التفصيلات. [3]

ويتمسك أصحاب هذا الرأي بنظرية مقتضى العقد، التي تعتبر أن الأحكام والالتزامات التي يكون العاقد مكلفا بها هي محددة من قبل الشارع دون حاجة إلى اشتراطها من قبل العاقد الآخر، وذلك كالتزام الزوجة بتسليم نفسها، والتزام الزوج بدفع المهر والنفقة.[4]

واستند أصحاب هذا المذهب على حجج وبراهين من الكتاب والسنة

- من القرآن الكريم

---

[1] كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس ،1983، ص 18

[2]زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص62.

[3] عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، ب س، ص 393.

[4]عدنان خالد التركماني ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ط1 ،دار الشروق، ص 228 .

قال الله تعالى: { تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ } البقرة229

قال الله تعالى : { وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ } الطلاق1

وفي آية أخرى:{ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِيناً } المائدة3

ووجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة أن من يتعدى حدود الله يعد ظالما ومن ثم فأن من اشترط شروطا لم يرد فيها دليل على جوازها يكون تخطي لحدود الله ومخالفة لشرعه فهذه الشروط لا يجب الوفاء بها، ثم أن الله سبحانه وتعالى أكمل الدين وأتم الشريعة فجاءت شاملة لكل ما يحتاجه العباد في الدنيا والآخرة ولهذا فأن إحداث أي عقد أو تصرف أو إضافة شروط إلى عقد الزواج يكون زيادة على الدين وخروجا عنه ولا يصح ذلك.

وردَ أصحاب الرأي الثاني المجيزون للاشتراط على ما ذهب إليه الظاهرية في رفضهم الأخذ بالقياس، بأنه يمكن استنباط أحكام ووقائع جديدة بواسطة قياسها على الوقائع التي ورد النص بشأنها، وتبعا لذلك إذا دعت الحاجة إلى إنشاء عقود ومشارطات جديدة لم يرد بها أمر أو نهي وأمكن قياسها على عقد من العقود المشروعة، فإن هذا لا يعد زيادة في الدين ولا يناقض قوله تعالى : :{ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِيناً } المائدة3 ولا يقتصر الأمر على القياس بل يمكن الاستناد إلى بقية مصادر التشريع الإسلامي الأخرى ،كالاستحسان والمصالح المرسلة دون التقيد بحرفية نصوص الكتاب والسنة.

كما أن استدلال ابن حزم بقوله إن الآيات الموجبة للوفاء بالعقود والشروط ليست على عمومها ولا على ظاهرها، وأن القول بخلاف ذلك يؤدي حسبه إلى التعاقد على المعاصي استدلال غير صحيح، لأن المفسرين متفقين على أن ورود الآيات الخاصة بوجوب الوفاء بالعقود والشروط جاءت على عمومها وظاهرها بإباحة كافة أنواع العقود ما لم يثبت حظر

ذلك بنص خاص، ثم أنه من البداهة أن الاتفاق على المعاصي يقع باطلا ولا يجب الوفاء به .[1]

- **من السنة النبوية الشريفة**

استدلوا بمجموعة من الأحاديث الواردة عن الرسول من بينها قوله: ﴿من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد﴾.[2] فهو يدل على بطلان كل شرط ليس فيه دليل على جوازه، وأنه إذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها، يكونون قد أحلوا أو حرموا غير ما شرعه الله وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع.

وعن عائشة رضي الله عنها أن الرسول قال: ﴿.. أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط. كتاب الله أحق وشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم: أعتق فلانا والولاء لي، أنما الولاء لمن أعتق﴾.[3]

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن كل شرط لم يرد دليل معين على صحته في كتاب الله فهو باطل ولا أثر له، لأنه خارج عن حكم الله وشرعه فلا يجوز اشتراطه ولا يحل الوفاء به.[4]

وقد رد على أدلة المانعين للاشتراط بأن أكثر الأحكام الشرعية مستقاه من أدلة أخرى غير الكتاب والسنة مادامت لا تتنافى مع روح الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة، وعلى هذا يكون المدلول الصحيح للحديث الأول هو بطلان كل عقد أو تصرف تضمن أمرا من الأمور المنهي عنها شرعا.[5]

---

[1] المطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص 104

[2] صحيح مسلم، كتاب الاقضية، حديث رقم 1718، مرجع سابق، ص 722.

[3] الباجي أبو الوليد بن أيوب، المنتقى في شرح موطأ مالك، المجلد السادس، دار الكتاب العربي، الطبعة الرابعة، بيروت، 1984، ص 279.

[4] نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى ،2003، لبنان، ص 96

[5] كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص 31.

أما الاستدلال بالحديث الثاني فهو كذلك في غير موضعه لأنهم حملوا الشرط الذي نفاه نص الحديث وحكم ببطلانه على الشرط الذي لم يرد به دليل في القرآن الكريم وهذا غير صحيح، لأنه ليس المراد بكتاب الله القرآن قطعا فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن بل علمت من السنة، فدل هذا على أن المراد من كتاب الله حكمه.

إن المقصود الصحيح من الحديث هو بطلان الشرط المخالف لحكم الله وشرعه، كما لو اشترطت الزوجة على زوجها طلاق ضرتها لورود النهي عن ذلك[1].أو كشرط الولاء لغير المعتق فهو باطل والذي كان سبب ورود هذا الحديث، وليس هذا تخصيصا له بسبب وروده لأن لفظ الحديث في بدايته جاء عاما "...ما كان من شرط ليس في كتاب الله ...".[2]

- تقييم هذا الرأي:

يتبين لنا مما سبق أن الظاهرية في مقدمة المانعين للشروط في عقد الزواج والعقود عامة، فهم يتمسكون فقط بإجازة الشروط التي ورد من الشارع دليل عليها، ويرفضون إحداث عقود أو تصرفات جديدة لأنهم يعتبرون ذلك زيادة على الدين وخروجا عنه.

وبهذا فهم يرفضون إفساح المجال للإرادة في اشتراط الشروط، ولا فرق عندهم في ذلك بين عقود المعاوضات المالية ولا عقود الزواج، ولا غرابة في ذلك مادام أن الظاهرية لم يتوسعوا في الأخذ بالأدلة المثبتة لجواز العقود والشروط كالاستحسان والمصالح المرسلة والعرف، بل اكتفوا بالنصوص الواردة في الكتاب والسنة والاجماع.

وهذا يعني أنه، كلما توسعنا في الأخذ بالأدلة كلما فتحنا الباب أمام حرية الاشتراط واقتربنا من الرأي الثاني القائل بحرية الاشتراط، ولهذا نجد الحنفية والشافعية يخففون من أصل الحظر والتقييد، ويطلقون الحرية في بعض الحالات خصوصا الحنفية الذين يأخذون بقاعدة العرف وأثبتوا صحة كل شرط ليس من مقتضى العقد، ولم يرد به أثر من الشرع، ويحقق منفعة لأحد العاقدين وجرى به العرف، كما أخذو بقاعدة الاستحسان والعرف.[3] أما

---

[1] سالم عبد الغني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم ،2002، 463.

[2] زكي الدين شعبان ،المرجع السابق ،ص 74 –75

[3] محي الدين اسماعيل، نظرية العقد، دار النهضة العربية، الطبعة 3، 1994، ص 101–102–103.

المالكية فقد توسعوا في تصحيح الشروط على نحو يقربهم من الحنابلة كما اعتمدوا الاستحسان والمصالح المرسلة دليلا شرعيا فضلا عن النص والاجماع.

ثانيا :الأصل في الشروط الإباحة

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

فيقترب المذهب الحنبلي على هذا النحو كثيرا من الفقه الغربي، ففي الفقه الغربي كل شرط يقترن بالعقد يكون صحيحا إلا إذا كان شرطا مستحيلا أو شرطا يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب، فالفقه الغربي قد تحرر نهائيا من مبدأ وحدة الصفقة الذي كان يسود الصناعة القانونية في المراحل الأولى من تطور القانون.[1]

وقد اقتصر الحنابلة وأتباعهم في التحريم على أمرين:

- اشتراط ما يناقض مقصود الشارع الحكيم.
- اشتراط ما يناقض مقتضى العقد ومقصد الشارع منه كاشتراط عدم المعاشرة.[2] غير أن الحنابلة خالفوا المالكية في وجوب الوفاء بالشروط الصحيحة التي ليست بمقتضى العقد، أما المالكية فهي عندهم مستحبة الوفاء.

يقول ابن القيم في إعلام الموقعين:" أن الأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم".[3]

وقد استند أصحاب هذا المذهب على حجج وأدلة سواء من الكتاب أو السنة.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية ،1998، ص175.

[2] أحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وآثارها فيه في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 89.

[3] صالح غانم السدلان، المرجع السابق، ص 23.

- **من القرآن الكريم**

يقول الله تعالى :{ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ }البقرة229

وفي قوله تعالى :{ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً }الطلاق1

ووجه الدلالة من الآيتين أن الله يخبر أن من يتعدى حدود الله يعد ظالما وبالتالي فهذه الشروط لا يجب الوفاء بها، كما استدلوا كذلك بآيات أخرى توجب الوفاء بالعهود وتحرم الغدر فيها ومن أمثلة هذه الآيات قول الله سبحانه وتعالى : { فَمَن نَّكَثَ فَإِنَّمَا يَنكُثُ عَلَى نَفْسِهِ وَمَنْ أَوْفَى بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهُ اللَّهَ فَسَيُؤْتِيهِ أَجْراً عَظِيماً }الفتح10 .

و قوله أيضا : {وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ }المؤمنون8

قال تعالى: {وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً }الإسراء34

قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ } المائدة1

ووجه الدلالة من هذه الآية أنها توجب الوفاء بما أحل الله من عقود وعهود، وحاصل الكلام أن الله أمر بأداء التكاليف فعلا وتركا [1] وجاء الخطاب في هذه الآية بلفظ الإيمان والتكريم والتعظيم على وجوب الوفاء بكل عقد وعهد سواء كان بين الانسان وربه، أو بين الناس فيما بينهم [2] بشرط أن تتوافق أحكام العقد مع كتاب الله وسنة رسوله.

وقد ناقش أصحاب الرأي الأول هذه الأدلة وردوا عليها بأن ورود هذه الآيات القرآنية ليس على عمومه، أي لا يمكن تطبيقه على جميع أنواع العقود والشروط، وهذا لورودها في بعض العقود والشروط التي نص الشارع على إباحتها، وماعدا ذلك من الشروط والعقود يعتبر باطلا ولا يجب الوفاء بها واستدل ابن حزم على ذلك بالحديث الوارد عن الرسول : ﴿كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل﴾.[3]

---

[1] عبد الله محمود، حاشية القونوي، دار الكتب العلمية، بيروت ،2001، ص 378.

[2] محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، الجزء الأول، شركة الشهاب، الجزائر، بدون سنة، ص 226.

3 نشوة العلواني، المرجع السابق، ص 99.

وقد رد المبيحون للشروط على ابن حزم بأن ما ذهب إليه غير صحيح لأن المراد الصحيح من الحديث هو بطلان كل شرط مخالف لحكم الله وشريعته، وعندئذ تكون الآية الكريمة دالة على وجوب الوفاء بكل ما يصدق عليه اسم العقد حتى ولو لم يرد به نص خاص من الشريعة، بشرط ألا يخالف في ذلك أصلا من أصول الشرع، ولا قاعدة من قواعده المقررة.[1]

من السنة النبوية:

استدلوا بمجموعة من الأحاديث الواردة من الرسول ﴿أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به من الفروج ﴾.[2] و قوله ﴿ أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ،ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ،إذا اؤتمن خان ،وإذا عاهد غدر ،وإذا خاصم فجر ﴾،و كذلك في قوله : ﴿ المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما ﴾ ووجه الدلالة من الحديث الأول أن الشروط التقييدية في عقد الزواج هي أحق بالوفاء من غيرها ،ولا فرق من أن تكون مرتبطة بالآثار المالية للزواج أو غيرها من الشروط التي تحقق مصالح الزوجين المشروعة ،أما دلالة الحديث الثاني فهي قاطعة بوجوب الوفاء بالعهد و النهي عن الخيانة و الغدر وعلى هذا فلو كان الأصل في العقود والشروط الحظر كما يقول الظاهرية لما صح أن يؤمر بالوفاء بالعهود والعقود مطلقا وأن يذم من غدرها ونقضها مطلقا [3]، وبالنسبة للحديث الثالث فهو يدل على أن المشترط يقف ويلتزم بشرطه مالم يكن فيه إبطال لحكم الله أو إسقاط لما أوجبه .

ولقد ناقش أصحاب الرأي الأول أدلة أصحاب الرأي الثاني المتمثلة في الأحاديث السابقة الذكر وأبدوا معارضتهم لها فبالنسبة للحديث الأول قالوا: أن كلمة "أحق" لا تؤخذ على إطلاقها، وإنما يقصد بها ما هو حق في نفسه وليس بباطل، والمقصود بالشرط في الحديث: الشروط التي تجب في النكاح كالمهر والنفقة، لأنها هي التي تستحل بها فروج النساء.

1 زكي الدين شعبان، المرجع السابق، 83.

[2] البخاري، صحيح البخاري، باب الشروط في النكاح، الجزء السادس، دار الفكر، بيروت 1981، ص 138.

[3] كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص33.

ولكن رد عليهم بأن كلمة أحق جاءت لتبين في هذا الحديث بأنه يجب الوفاء بجميع الشروط ولكن الشروط التي ترد في عقد الزواج يكون الوفاء بها أولى وأوثق، وأما حصرهم المراد بالشروط الواردة في الحديث بالشروط التي تجب في الزواج من مهر ونفقة فهذا كلام غير صحيح، لأن هذه الأمور تقترب على عقد الزواج ولو لم يشترطها الزوجان.[1]

كما اعترضوا على حديث رسول الله : ﴿المسلمون عند شروطهم ...﴾ وقالوا بأنه حديث ضعيف وأنه جاء على روايتين ففي رواية ورد الحديث بعبارة: ﴿.....إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا﴾ وفي رواية أخرى ورد بعبارة: ﴿...ما وافقت الحق﴾. واعتبروا أن الرواية الأولى تفيد بطلان كل شرط يتضمن تحريم ما أباحه الله تعالى لعباده، أو إجازة ما حرمه عليهم.

أما الرواية الثانية للحديث فيبطل بها كل شرط لم يرد في نصوص القرآن أو السنة.[2]

فكان الرد على الاعتراضات بأن هذا الحديث صحيح، وأن الشروط الباطلة حسب الحديث هي التي توجب إبطال ما شرعه الله تعالى، أو اقتراف ما حرمه على عباده، كشرط النفقة على الزوجة فهذا إبطال لما أوجبه الله.

وأما استدلالهم بقوله : ﴿أو ما وافقت الحق﴾ فليس المقصود به حصر ورود الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة على إجازة الشرط، وإنما يعني عدم مخالفة الشرط لأحكام الشريعة الإسلامية .[3]

من خلال الآراء والأدلة المطروحة من كلا الطرفين نرى أنه كلما أخذنا بالتوسع في الأدلة فإننا نقترب من الرأي القائل بحرية الاشتراط، فكانت آراء وأدلة الحنابلة مقنعة وذلك من خلال:

1-تعارض العموم بالخصوص من خلال الأدلة، ومنه فالخاص يقيد العام

[1] زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 89- 90

[2] نشوة العلواني، المرجع السابق، ص 102- 103.

3 كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص 53 -54.

2-أن الشرط عند العقد من باب العهد، وسمة المسلم الوفاء بالعهود، وأن المتعاقد عند العقد يعلم بالشرط ويرضى به، فإن له الحق في الرجوع عنه بعد العقد والأولى به عدم الرضا به فإذا فعل فكأنه أخذ عهدا على نفسه بالوفاء.

بينما نجد أن حرية الاشتراط تنعدم عند مذهب الظاهرية، فالأصل عندهم هو المنع التام، لأنهم حصروا الاستدلال بالأدلة الشرعية في الكتاب والسنة، ثم تخف درجة التقييد من حرية الإرادة عند كل من فقهاء المذهب الحنفي والشافعي والمالكي، وهذا لإقرارهم الأخذ ببعض الأدلة الشرعية كالمصالح المرسلة والاستحسان والعرف[1] ، إلى أن تتسع دائرة الإباحة عند جمهور الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

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

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فمن خلال نصوص قانون الأسرة التي تنص على الشروط المقترنة بالعقد نرى أن المشرع قد أوجب الوفاء بها، كما أنه أجاز الشروط المعتبرة والتي تكون فيها منفعة للطرفين أو لأحدهما من خلال نصه في المادة 19 من قانون الأسرة على نوعين من هذه الشروط وهما شرط عدم التعدد، وعمل المرأة.

المبحث الثاني: أقسام الشروط المقترنة بعقد الزواج وضوابط اشتراطها

نظمت الشريعة الإسلامية عقد الزواج و قررت الآثار المترتبة عليه ، والتي الأصل فيها أن تكون بحكم الشارع ، واستثناء من ذلك يجوز لأحد الزوجين اشتراط شروط في العقد لا تنافي طبيعة عقد الزواج ولا تخالف أحكام قانون الأسرة ، إلا أنه وبعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 جيء بأمور مستجدة إذ أصبح بالإمكان الاشتراط في عقد

[1] محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988م، ص 282.

الزواج ،أو في عقد رسمي لاحق ،كما عدَد المشرع أهم الشروط المثيرة للنزاعات في الأسرة خاصة عمل المرأة ،وعدم تعدد الزوجات ، كما استحدث نص المادة 37 في مجال الشروط المالية ، ونص على جزاء مخالفة الشروط في المادة 53 منه ،وحتى نعالج هذا الموضوع سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نخصص المطلب الأول لدراسة تصنيفات الشروط و ضوابط اشتراطها حتى يتبين لنا أثرها ،ثم نبين في المطلب الثاني الجهة المختصة بمراقبة الشروط .

المطلب الأول: أقسام الشروط المقترنة بعقد الزواج

انطلاقا من نص المادة 19 ق.أ.ج سنركز على بيان أقسام الشرط إذا ما نظرنا له من عدة زوايا مختلفة لذلك سنتناول أقسام الشرط من حيث مصدره، أو من حيث موضعه الفرع الأول، ثم نحدد ضوابط اشتراطها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: من حيث مصدره

ينقسم الشرط من حيث جهة أو مصدر اشتراطه، إلى شرط شرعي أو قانوني، أو إلى شرط جعلي أو إرادي.

أولا: الشرط الشرعي أو القانوني

الشرط الشرعي هو ما كان مصدر اشتراطه الشارع، أي أن الشارع هو الذي اشترطه لتحقيقه ومثال ذلك بلوغ الصغير سن الرشد لتسليم المال إليه، ومثله سائر الشروط التي اشترطها الشارع في العقود والتصرفات والعبادات والجنايات[1] ،فهو لازم لتحقيق أمر ربط به عدم، بحيث إن لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر وإن وجد الشرط لا يلزم من وجوده وجود المشروط كالشاهدين في عقد الزواج ووجود الولي أيضا، فكل هذه الشروط تسمى شروط شرعية [2]. أما الشرط القانوني في اصطلاح القانون الوضعي، هو الشرط الذي يكون اشتراطه بحكم نص قانوني، كشرط الأهلية الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة

[1] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5، 1447هـ/1996م، ج1، ص 59.

[2] أحمد بن مشعل الغامدي، مفهوم الشرط عند الأصوليين، مذكرة دكتوراه، المملكة العربية السعودية ،1428هـ/1429هـ، ص 89.

78 ق.م.ج :" كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية ،أو فاقدها بحكم القانون "، والشروط القانونية تنقسم بدورها إلى عدة أقسام سنكتفي بتعدادها :

- شرط الانعقاد: (العقل) في المتعاقدين فلا ينعقد عقد المجنون والصبي الذي لا يعقل والمغمى عليه، بل ينعقد باطلا باتفاق العلماء.
- شروط النفاذ: كإذن الولي في زواج البنت القاصر.
- شروط الصحة: كالصداق والشاهدان.
- شروط اللزوم: كعدم الخيار باعتبار عقد الزواج عقدا أبديا.[1]

ثانيا: الشرط الجعلي أو الإرادي

وهو الشرط الذي يرجع تحديد نطاقه إلى إرادة العاقد، أي هو الشرط الذي يرد على ألسنة المتعاقدين ليحقق مقصدا لأحدهما أو لهما معا، ولكن الشارع قيده بحدود شرعية وقانونية معينة، فليس للعاقد اشتراط أي شرط يريده، بل يجب ألا يخالف حكم العقد وإلا عد شرطا لاغيا.[2]

وينقسم الشرط الجعلي أو الإرادي إلى ثلاث أنواع:

-شرط لا ينافي الشرع بل هو ممكن للعقد، وذلك كما لو اشترطت الزوجة كفيلا لمهرها إذا كان مؤخرا، لضمان حصولها على حقها.

- شرط منافي لمقتضى العقد، كأن تشترط الزوجة على زوجها عدم معاشرتها.

[1] بن سعد اليمني محمد بن عبد العزيز، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، أطروحة دكتوراه، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، ص 56.

[2] رشدي شحاته أبو زيد، المرجع السابق، ص 52-54.

– شرط لا ينافي مقتضى العقد ويحقق مصلحة أحد المتعاقدين أو كلاهما، وهذا الشرط لا يقتضيه العقد، أي لا يعرف مدى ملاءمته أو عدم ملاءمته للعقد، كاشتراط المرأة على زوجها مزاولة عملها أو الاستمرار في دراستها.[1]

ثالثا – الشرط العرفي:

وهو ما يتقيد به التصرف بناء على ما عتاده جمهور الناس وما ألفوه من قول أو فعل، تكرر مرة بعد مرة حتى تمكن أثره في نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول.[2]

والعرف الصحيح المعتبر الذي أقره الشارع بأن يأتي الحكم على وفقه ومقتضاه، ويشترط في العرف حتى يكون معتبرا في نظر الشرع توافر بعض الشروط نذكر منها ما يلي:

– أن يكون العرف مطردا أو غالبا.

– أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها.

– ألا يعارض العرف نصا شرعيا ولا نصا قانونيا، ولا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية، ولا حكما ثابتا بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلا له.

وقد اختلفت آراء الفقهاء في مدى تقييد العقود والتصرفات بالشرط العرفي فذهب الحنفية إلى اعتبار العرف الصحيح وتقييد العقد به استنادا إلى بعض القواعد العامة كقاعدة " العادة محكمة "، وقاعدة "الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي"، وذهب المالكية أيضا مذهب الحنفية في اعتبار العرف، أما الشافعية فالأصح عندهم أن العرف لا ينزل منزلة النص الصريح. [3]

أما المشرع الجزائري، فقد حسم الأمر في المادة 19 ق.أ.ج:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط

[1] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 16.

[2] لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص 48.

[3] – نشوة العلواني، المرجع السابق، ص89.

عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ". وذلك بتدوين المشارطات التي تتم بين الزوجين في عقد الزواج أو في عقد لاحق.

الفرع الثاني: أقسام الشرط من حيث موضعه

ينقسم الشرط باعتبار مكانه من العقد إلى ثلاثة أقسام: إما أن يكون مقارنا للعقد ويذكر في أثناء العقد، وإما أن يحصل الاتفاق عليه قبل العقد ولا يجري له ذكر عند إبرام العقد، لا بالإثبات ولا بالنفي ويسمى شرطا متقدما، وإما يحصل الاتفاق عليه بعد إنشاء العقد وإبرامه، ويسمى بالشرط اللاحق أو المتأخر.

أولا: الشرط المتقدم

يقصد بالشرط المتقدم ذلك الشـــرط الذي يشتـــرطـــه العاقدان قبل إبرام العقـــد، ولكنهما لا يتطرقان إليه عند إبرام العقد لا بالنص ولا بالإشارة، ويسمى أيضا بالشرط السابق. ولكن السؤال الذي يثار هنا هو: هل يلحق هذا الشرط بالعقد على الرغم من عدم إدراج المتعاقدين لهذا الشرط في العقد؟

ذهب المالكية والحنابلة إلى القول بالتحاق الشرط المتقدم بالشرط المقـــارن للعقـــد، وثبوته في العقد وتأثيره عليه. بينما يرى كل من الشافعية والإمام أحمد في رواية عنه إلى أنه لا تأثير للشرط المتقدم على العقد، بل يكون مجرد وعد غير لازم الوفاء. لأن ما قبل العقد لغو فلا يلتحق به.[1]

ويرى الإمام ابن القيم بأن الراجح من هذه الأقوال هو التسوية بين الشرط المتقدم والشرط المقارن، لأن القول بعدم التسوية بينهما يؤدي إلى فتح باب التحايل إلى الشروط المحرمة، حيث يتفق المتعاقدان على شرط غير مشروع قبل العقد ثم يسكتا عنه عند إبرام العقد ليتما غرضاهما غير المشروع. وعندئذ فلا فائدة ترجى من التفرقة بين متماثلين بسبب افتراقهما في تقدم اللفظ وتأخره مع استواءهما في الحقيقة والمعنى.[2]

[1] نشوة العلواني، المرجع السابق، ص 92

[2] كوثر كامل علي المرجع السابق، ص 43.

ويبدو أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد تبنى رأي الشافعية والحنفية القاضي بعدم تأثير الشرط المتقدم على العقد، وهذا ما يظهر جلياً من نص المادة 19 التي أباحت للزوجين الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق.

ثانيا: الشرط المقارن

وسمي بذلك لأنه يتم ذكره في أثناء العقد مقارنا ومرافقا للعقد بالصيغة الدالة عليه أي أنه ليس متأخرا عن إنشاء العقد ولا متقدما عنه.[1] وهو شرط مرتب لآثاره في العقد، فلا خلاف بين الفقهاء حول ثبوت هذا الشرط في العقد وتأثيره فيه تأثيرا يختلف باختلاف الشرط صحة وفسادا.

فالعقد المقترن بالشرط مقيد به، والشرط المقارن هو التزام جديد زائد على أصل العقد ينشئه العاقدان ليزيدا أو يقويا التزامات العقد.[2]

ثالثا: الشرط المتأخر:

يقصد به الشرط الذي يشترطه المتعاقدان بعد إبرام عقدهما ولذلك سمي هذا الشرط باللاحق أو المتأخر. ولقد اختلفت آراء الفقهاء حول مدى تأثير هذا الشرط على العقد والتحاقه به كما يلي:

ذهب فقهـــاء المالكـــية إلى أن الشرط المتأخر لا يلتحق بالعـــقد مطلقا صحيحا كان أم فاسدا، وسواء اشترط قبل لزوم العقد أو بعد لزومه. أما الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى القول بالتحاق الشرط المتأخر بالعقد إذا اشترط قبل لزوم العقد، وأن كان بعد لزوم العقد فلا يلتحق به.[3] بينما ذهب أبو حنيفة إلى القول بالتحاق الشرط المتأخر بالعقد مطلقا .[4]

---

[1] محمد علوشيش الروتلاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الاصولية فيها، دار المقترنة، ص 35.

[2] رشدي شحاته، مرجع سابق، ص 78.

[3] زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص 56.

[4] نشوى العلواني، المرجع السابق، ص 93.

والراجح الذي نراه من هذه الآراء كلها هو التحاق الشرط المتأخر بالعقد، لأن الإقرار بذلك يسمح للمتعاقدين بتحقيق منافع ومصالح مختلفة قد يكونا غفلا عنها وقت التعاقد بشرط أن يتم إدراج هذا الشرط المتأخر في عقد رسمي، ويعتبر ذلك تعديلا للعقد السابق.

المطلب الثاني: ضوابط الاشتراط

نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو بالأساليب التي يقررها القانون ".[1] فالعقد منذ إتمامه بين المتعاقدين تصبح أحكامه بمثابة القانون الذي يطبق على المتعاقدين من حقوق وما ينشأ عليهم من التزامات دون أن يملك أحدهما بمفرده حق التعديل أو نقض ما جاء في العقد إلا في الحالة التي يجيز فيه القانون للمتعاقدين حق تعديل أو نقض العهد[2]. أما في قانون الأسرة الجزائري وفي مادته 19 اكتفى بالنص على أن القيد الأساسي الوارد على حرية الزوجين في وضع الشروط هو عدم مخالفة أحكام هذا القانون، وسنتعرض إلى دراسة القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج فيما يلي:

الفرع الأول: مراعاة قواعد النظام العام والآداب العامة

يصعب تحديد مفهوم النظام العام، ومع ذلك يمكن القول بأن النظام العام هو عبارة عن مجموعة القوانين التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية، وهذا هو مجال القوانين الدستورية والإدارية، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية، وهو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية. وعلى هذا الأساس فليس للزوجين الاتفاق على مخالفة أحكام وقواعد النظام العام حتى ولو كانت هذه الاتفاقات تحقق مصالح شخصية، وتبرير ذلك يكون بتغليب المصلحة العامة للمجتمع على المصلحة الخاصة .[3]

---

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بعدة قوانين أخرى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الكتاب الثاني، الالتزامات والعقود، الفصل 2، العقد، القسم 3: آثار العقد، ص 19.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح ق م ج، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط1، 1994م، ص106.

[3] زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 97.

أما الآداب العامة فتعرف على أنها مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة، بحيث لا يجوز للأفراد تجاوزها. غير أن هذه الفكرة تبقى نسبية إلى حد ما، وذلك لاختلاف المعيار الذي نحدد به ما هو من الآداب العامة أو ليس كذلك من مجتمع لآخر بل ونجده يختلف حتى في نفس المجتمع من عصر لآخر. غير أن هذه الميزة التي يتمتع بها النظام العام تعتبر الوسيلة الوحيدة لتحقيق التوافق بين النظام القانوني لمجتمع ما والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والخلقية، بشرط ألا يكون هذا على حساب قيم ومبادئ المجتمع.[1]

وبشكل عام إذا كان العقد هو شريعة المتعاقدين يلزم بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد، ما دام العقد نشأ صحيحا فإنه لا يكون ملزما إلا في الدائرة التي يجيزها القانون، وفي نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام ولا الآداب. [2]

وعلى هذا الأساس يقع باطلا كل شرط بين الزوجين يقضي بالتنازل على أبوتهما لابنهما، أو الاتفاق على تعديل ما للزوج من حقوق زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية بالتنازل عنها مثلا، ويقع باطلا أيضا كل شرط يقضي بتعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها كشرط نفي المهر أو عدم الإنفاق عليها.[3] أما الشروط المخالفة للآداب العامة فنجد منها: اشتراط الزوج على الزوجة الاستمرار في عمل غير مشروع كالاكتساب بالرقص والغناء[4] ،أو أي شرط ينافي الأخلاق.

الفرع الثاني: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

---

[1] عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت ،1974، ص339.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، دار احياء التراث العربي، لبنان، ص 624.

[3] حمليل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2005، العدد 06، ص 133.

[4] مصطفى أحمد الزرقا، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، دار القلم، ط1 ،1996، دمشق، ص 102.

الشروط التي يتضمنها عقد الزواج يجب أن تكون قانونية لا تخرج عن أحكام قانون الأسرة، ولا تتعارض مع أي نص من نصوص قانون الأسرة الجزائري، ويلتزم الزوج الوفاء بها [1] ،وقد ثبت القول في المسور قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم ذكر صهرا له فأثنى عليه في مصاهرته فأحسن فقال: "حدثني فصدقني، ووعدني فوفى لي ".[2]

فلا بد من مراعاة أحكام القانون وعدم الخروج عنه باعتباره مستمدا من أحكام الشريعة الإسلامية.

وهذا يتضح جليا من خلال نص المادة 32ق.أ.ج التي تنص على بطلان عقد الزواج على شرط ينافي مقتضيات العقد[3] ومنها:

- أن يشترط الزوج على زوجته حرمانها من الصداق وهذا ما يعتبر مخالفا لحكم المادة 9مكرر ق.أ.ج

- اشتراط الزوج على الزوجة منعها من زيارة الأبوين وهذا ما يخالف نص المادة 37/ 7 ق.أ.ج .[4]

- أن يشترط الزوج على زوجته القاصر إبرام عقد زواجها بغير وليها هذا الشرط يخالف أحكام المادة 11ق.أ.ج.

- اشتراط الزوج عدم إثبات نسب الأولاد الذين هم من زوجته، وهذا ما يعد مخالفا لكل من الشريعة وقانون الأسرة من خلال نص المادة 40ق.أج.

- أن تشترط الزوجة التبني وهذا يخالف الشرع وحكم المادة 46 ق.أ.ج .

---

[1] نوارة دري، الشروط الجعلية في عقد الزواج، دار ابن حزم، لبنان، ط1 ،2009م، ص 149.

[2]أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم 2720، صحيح البخاري، مرجع سابق، ص 666

[3]فاطمة حداد –وياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة "مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 7، ص 253.

[4] إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير، قانون خاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق ،2014/2013م، ص 44.

– اشتراط الزوجين عدم التوارث في حين يعد الميراث من أسباب القرابة الزوجية وهذا ما جاء في نص المادة 126 ق.أ.ج.[1]

الفرع الثالث: جدية المصلحة

يستشف هذا الضابط من نص المادة 19 الذي منح بموجبه المشرع للزوجين حرية أن يشترطا الشروط التي يريانها ضرورية بمعنى الشروط التي فيها مصلحة ضرورية وجدية وتخدم أغراض مشترطها ،وتعرف المصلحة في الشريعة الإسلامية :جلب المنفعة ودفع المضرة والمفسدة ،والمصلحة المعتبرة هي كل مصلحة تؤدي إلى الحفاظ على الدين والنفس والمال والعقل والنسل.[2] أما المقصود بجدية المصلحة كقيد وارد على حرية الاشتراط في عقد الزواج :أن يكون الهدف من الاشتراط تحقيق مصلحة مقصودة لكلا الزوجين أو أحدهما ،بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد عقد الزواج ،فإذا كان الشرط منافيا للغاية الأساسية التي شرع العقد من أجلها فيبطل الشرط.[3]

أن هذه المصلحة يجب أن تكون ضرورية وجدية في آن واحد بمعنى أن يكون تعليق العقد على شرط ضروري لأيمكن الاستغناء عنه ،لما فيه من منفعة قد تزيد في انسجام الأسرة ،أو لأنه يدفع عن مشترطه(الزوج أو الزوجة)ضرر متوقع قد يلحقه في العاجل أو الآجل ،أو أن الحاجة إليه تفرض اشتراطه دون أن يمنع هذا الشرط صحة الزواج ،أو يقيد الزوج فيما أعطاه الله تعالى من حقوق كأن تشترط عليه الزوجة أن لا يشتغل بأي عمل سياسي ،أو أن تشترط عدم سفره إذا كان هو كثير السفر مراعاة لطبيعة عمله ،أو تقيد حقوق الغير كأن تشترط الزوجة طلاق ضرتها ،أو عدم إنفاقه على أولاده ،أو شرط يتعلق بالتزامات الزوج المادية ،والأدبية مع أهله وأقاربه ،فهذا بلا شك يعد شرطا يهدد حق الغير من جهة ،ويحد من حرية الزوج من جهة أخرى .وعلى هذا متى توفرت في الشرط المقترن بعقد الزواج هذه الميزات ،يمكن القول أن المصلحة المرجوة من وراء اشتراط الشرط

---

[1] إيمان لعريبي، المرجع نفسه، ص 44.

[2] محمد تقية، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر ،1994، ص 149.

[3] سعيد فكرة، الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، معهد الشريعة، قسنطينة، السنة الجامعية 1997/1996م، ص633.

ضرورية وجدية ،ومن ذلك على سبيل المثال اشتراط الزوجة مواصلة دراستها ،أو عملها إن كانت تعمل

قبل الزواج، أو اشترط الزوج عدم ترك بلد عمله.

الفصل الثاني: آثار الاشتراط في عقد الزواج وبعض صوره

إن شروط عقد الزواج في الإسلام من أقدس الشروط وذلك لأن الزواج له قدسية خاصة فهو بمثابة ميثاق غليظ بين العبد وربه وأهل بيته الذين استحلهم بكلمة الله يقول الله تعالى : {وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقاً غَلِيظاً }النساء21

وهذه الشروط قد تكون شرعية من وضع الشارع لا خلاف فيها ولا جدال، وعدم توافرها، أو عدم توافر شرط منها يلغي العقد ويصبح باطلا.

وقد تكون جعلية باتفاق طرفي العقد لتحقيق مصلحة أحدهما أو كلاهما، اختلف حولها الفقهاء بين مبيح ومانع لها، بينما المشرع الجزائري فقد فصل في الأمر وأعطى للمتعاقدين الحرية في اشتراط الشروط شريطة ألا تتنافى مع مقتضيات العقد والقانون وتحقق مصلحة المتعاقدين، مسايرا بذلك مذهب الحنابلة.

وبمجرد الاتفاق على هذه الشروط تصبح ملزمة لكلا الطرفين، وترتب آثارها هذا ما سنتناوله بالدراسة في هذا الفصل الذي عنوناه بـــ: آثار الاشتراط في عقد الزواج وبعض صوره بحيث ضم هذا الفصل مبحثين:

المبحث الأول خصص لدراسة آثار الاشتراط والجهة المختصة بمراقبتها أما المبحث الثاني فخصص لدراسة جزاء مخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج والتعرف على بعض النماذج والصور من هذه الشروط.

المبحث الأول: آثار الاشتراط في عقد الزواج والجهة المختصة بمراقبتها

من أجل تحقيق الاستقرار وضمان حقوق الزوجين مع هذا التطور الذي تشهده المجتمعات أجاز الشرع لطرفي عقد الزواج أو لأحدهما أن يقرن العقد بشروط يريانها محققة لمصلحتهما، أو لمصلحة أحدهما.

لذلك فهذه الشروط تعتبر جزءا من العقد، وقد يترتب على هذا الاقتران التأثير في العقد من حيث الصحة أو البطلان تبعا لفساد تلك الشروط وصحتها. ويقصد هنا الحكم الذي يترتب على اشتراطاته في عقد الزواج، من حيث إلزامه الوفاء بالعقد والتقييد به وكذا ثبوت الخيار لصاحب الشرط في فسخ العقد في حالة عدم الوفاء، أو فساد العقد لعدم صحته والسؤال الذي يطرح نفسه هنا، ما حكم الشرط المقترن بعقد الزواج؟ وماهي الجهة المختصة بمراقبة هذه الشروط؟

وللإجابة على هذين السؤالين ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول: حكم الشرط المقترن بعقد الزواج والمطلب الثاني خصصناه لمعرفة الجهة المختصة بمراقبة هذه الشروط.

المطلب الأول: حكم الشرط المقترن بعقد الزواج

من خلال هذا المطلب سنتعرف على تأثير الشروط المقترنة بعقد الزواج على صحة العقد من حيث الصحة والفساد لذلك قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع كما يلي:

الفرع الأول: الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج

وهو الشرط الذي يكون جزءا من مقتضى العقد و مؤكدا لمقتضاه فهو مكملا لحكمه المشروط و عاضدا لها ،بحيث لا يكون فيها منافاة لعقد الزواج كاشتراط الزوجة الكفاءة أو الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان ،أو بأن ينفق عليها زوجها ،أو بأن يقسم بينها وبين ضرائرها بالعدل في حالة التعدد ،فهذه كلها شروط صحيحة لا خلاف بين الفقهاء حولها فهي صحيحة غير مكروهة ،والعقد معها صحيح ،ويجب على كل من التزم بها أن يفي بها ديانة و قضاء[1] .لذا اتفق الفقهاء على أن هذه الشروط

[1] مصطفى عبد الغني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة سبها، ليبيا، 2001، ص150.

مشروعة بل تعتبر من الآثار الواجبة المترتبة على العقد بمجرد انعقاده والوفاء بها واجب لأنها واجبة بالعقد من غير شرط.[1]

أما قانون الأسرة الجزائري فبالرجوع إلى نص المادة 32 نجدها تنص على أنه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، وبمفهوم المخالفة لنص المادة فإن الشرط يعتبر صحيحا في نظر قانون الأسرة الجزائري إذا كان موافقاً لمقتضى العقد.

وعليه إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يوجب لها صداقها، فإن هذه الشروط هي من صميم مقتضى عقد الزواج، وهي واجبة من غير حاجة إلى اشتراطها، فالقانون قد نص على هذه الآثار بموجب النصوص المنظمة لعقد الزواج حيث نجد نص المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري يؤكد على أحقية الزوجة للصداق كما أوجبت المادة 14 على الزوج الإنفاق على زوجته.

الفرع الثاني: الشروط المناقضة لمقصود العقد أو لمقتضى العقد

يعني بهذا النوع من الشروط الاتفاقات المخالفة للأحكام التي رتبها الشرع على العقد كاشتراط عدم النفقة على الزوجة، ولا مهر لها، ولا توارث بينهما أو لا يدخل بها، فهذه كلها شروط تتناقض مع أحكام العقد وآثاره، والمقصود منه في الشرع [2]،لذلك فكل هذه الشروط تعد باطلة لمنافاتها لمقتضى العقد ويصح النكاح، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره، كما أنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده[3] .أما ما يبطل النكاح من أصله كشرط تأقيت النكاح، أو شرط الزوج على زوجته أن يطلقها في وقت معين، أو شرط الخيار الذي يمنح للزوجين أو أحدهما

[1] محمد فهد شفقة، شرح الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دمشق، سوريا، ج1، ص 221.

[2]محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ج1، ص 102

[3]منصور البهوتي، الروض المربع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2002، ص400؛ محمد رأفت عثمان، الحقوق الزوجية المشتركة في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1980، ص20.

حق العدول عن العقد بعد مدة معينة، فكل هذه الشروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح.[1]

ويضاف إلى جملة الشروط السابقة التي تتعارض مع مقتضى العقد اشتراط أحد الزوجين عدم الإنجاب.[2] إلا إذا كانت هناك أسباب صحيحة تدعو إلى وقف التناسل في حالات فردية خاصة فهذا جائز، كأن تكون الزوجة لا تقوى على الحمل المتواصل لضعفها أو مرضها مما قد يؤدي إلى وفاتها.[3]

وهذا ما أجمع عليه فقهاء المسلمين على أن هذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد، لكنهم اختلفوا في مدى تأثيرها على عقد الزواج .[4]

الحنفية:

ذهب الحنفية إلى تغليب قوة العقد على فساد الشرط ومنه فإنه يظل العقد صحيحا، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عندهم، وإنما يبطل الشرط فقط .[5]

المالكية:

إن مثل هذه الشروط إذا شرطت يفسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعده بمهر المثل ويلغى الشرط، بحيث الشرط كالعدم، وتفريق المالكية بين حالتي قبل الدخول وبعده ميزة تفرد بها المذهب المالكي عن باقي المذاهب الفقهية الأخرى. وهذا عملا بقاعدة " مراعاة الخلاف ".[6]

---

[1]– موفق الدين ابن قدامه، شمس الدين ابن قدامه، المغني ويليه الشرح الكبير، الجزء السابع، دار الكتاب العربي، لبنان، 1983، ص451.

[2]– عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العصرية، بيروت، 1988، ص98؛ شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة، الجزائر،2003، ص136.

[3]– أحمد محمد جمال، يسألونك، دار الكتاب العربي، 1983، ص42.

[4] محمد علي السرطاوي، قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط1، 1417هـ/ 1997م ج1، ص 135.

[5] السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ج3، ص 95.

[6] أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت ،1428هـ/2007م، ج2، ص 90.

الشافعية:

هذا النوع من الشروط هو من القسم الثاني بالنسبة للشروط التي تخالف مقتضى العقد أو مقصودة عندهم، ويسمى هذا القسم من الشروط ما يخل بمقصود النكاح الأصلي، كشرط أن يتزوجها على أن يطلقها في رأس الشهر، فالنكاح باطل، لكن لهم تفصيل في بعض الشروط حيث يختلف الحكم باختلاف جهة مشترطه.[1]

كأن يتزوج على أن لا يطأها فإن كان الشرط من جهتها، فالزواج باطل لأنها منعته مما استحقه عليها ومن مقصود العقد، أما إذا كان من جهته فالزواج صحيح عندهم، وأيضا كما أن يتزوجها على أن لا نفقة لها أبدا فسمي هذا الشرط أنه رفع المقصود بالعقد، فلو كان الشرط من جهتها صح النكاح، أما في حالة إذا كان الشرط من جهته، فقد اختلف الشافعية في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: أنه يؤثر في صحة النكاح فيبطله

الرأي الثاني: أنه لا يؤثر في صحة النكاح، فيفسد الشرط وحده، ويحكم لها بمهر المثل .[2]

الحنابلة:

يرى الحنابلة أن اشتراط الزوجين لمثل تلك الشروط مفسدة للعقد وحكموا على الشروط بالبطلان وعقد الزواج بالصحة بنصوص صريحة، مثال نكاح الشغار كأن يزوج الرجل ابنته أو أخته إلى شخص آخر على أن يقدم الرجل بتزويج ابنته وأخته أو أي امرأة في ولايته ويكون الصداق نفسه، أو يشترط الزوج و الزوجة تأقيت الزواج ما يسمى نكاح المتعة أو النكاح المؤقت ،فهذه الأنكحة ورد النهي عنها ،فتكون باطلة

أما المشرع الجزائري فقد جاء بنصين أولهما المادة 32 ق.أ.ج التي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، وبذلك اعتبر المشرع اشتمال العقد على الشرط المنافي له يكون سببا لبطلانه (أي العقد).

---

[1] الشيرازي، المذهب في الفقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ/1977 م، ج1، ص 495.

[2] ابن قدامة، المرجع السابق، ص589.

أما ثانيها وهو نص المادة 35ق.أ.ج وجاء فيها ما يلي: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا، والعقد صحيحا"، فجعل بذلك العقد المقترن بشرط ينافيه صحيحا مع إبطال الشرط.

ومن ثم فإن الجمع بين هذين النصين يكون متعذرا، فمرة جعل الشرط باطلا ومرة أخرى العقد باطلا، ولذلك كان من الأنسب حذف عبارة "أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" وعدم إدراجها ضمن المادة 32 والاكتفاء بما ورد بالمادة 35. [1]أو اعتبار المادة 32 متعلقة بالمانع فقط، والاكتفاء بالمادة 35 كجزاء خاص بالشرط المنافي لعقد الزواج.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع في تعديله للمادة 19 ق.أ.ج جاء بمثالين للاشتراط وهو شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة، وما يلفت الانتباه هو أن كلا من الشرطين يعد حماية للزوجة وحقوقها وكذا ضمانا لها من تعسفات الزوج أو قيامه بأعمال تنعكس على حياتهما خلال مرحلة قيام علاقتهما الزوجية.[2]

وخلاصة القول بالنسبة لتأثير الشرط الفاسد على عقد الزواج.

- الحنفية: الشرط الفاسد لا يفسد العقد، وإنما يلغي الشرط وحده ويصح العقد.

- الحنابلة: يوافقون الحنفية إلا في بعض الشروط فإنها تبطل العقد، وهي التي ورد النهي الصريح عنها من الشارع، بعدم اعتبارها كاشتراط التوقيت والتحليل أو غيرها من الشروط

- الشافعية: الشرط الفاسد يفسد العقد إذا أخل بمقصود الزواج الأصلي، وإلا فسد الشرط وحده.

- المالكية: عندهم يجب فسخ العقد مادام الرجل لم يدخل بامرأته، فإن دخل بها مضى العقد وألغى الشرط، وبطل المسمى، ووجب للمرأة مهر المثل.[3]

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

3 يوسف مسعودي، المرجع السابق ص. 311.

[3] الزحيلي وهبة، مرجع سابق، ص 654.

الفرع الثالث: الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه.

وهو شرط ليس من مقتضى العقد ولا من مستلزماته، كما أنه لا ينافيه ولا يخل بمقصد من مقاصده، ولم يرد بشأنه أمر أو نهي من الشارع ولكنه يحقق مصلحة معتبرة للمشترط، كأن تشترط الزوجة على زوجها، ألا يتزوج عليها، أو إكمال دراستها، أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها، أو تشترط عليه خروجها للعمل بعد الزواج، أو كأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرا أو جميلة أو متعلمة أو نحو ذلك.[1]

ولقد اختلف الفقهاء في مدى تأثير هذه الشروط على العقد أو عدم تأثيرها من حيث لزومها أو عدم لزومها، ومن حيث صحتها وفسادها بناءً على مذهبهم في صحة هذه الشروط، وسنتعرض إلى دراسة حكم هذا النوع من الشروط من خلال دراسة آراء فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة كما يلي:

أولا: انحلال عقد النكاح بسبب عدم الوفاء بالشروط

إذا قام أحد الزوجين باشتراط شروط ليست من مقتضى العقد ولكن لا تنافيه ثم لم يوف له بها، فهل يحق له طلب التفريق لعدم الوفاء بها أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: الحنفية والشافعية والظاهرية

ذهب أصحاب هذه المذاهب إلى القول بأن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح فبطلانها لا يؤثر على صحة العقد فلا يلزم الوفاء بها لأن القاعدة عندهم: "إن كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ولا مؤكدا لمقتضاه، ولم يرد عن الشارع ما يدل على وجوب الوفاء به، فيكون شرطا لاغيا، ولا تأثيرا له في صحة العقد.[2]

وقد استدل أصحاب هذا المذهب بأدلة منها:

---

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 1382.

[2] مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص 174.

حمل قوله ﷺ:" أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج ". [1] على التي هي من مقتضيات العقد كاشتراط المهر وإذا احتمل الحديث معان كان ما وافق ظاهر كتاب الله وسنن رسول الله أولى.[2]

ما ورد عن عائشة – رضي الله عنها – قالت: قال رسول الله ﷺ:" ما بال أقوام يشترطون شرطا ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وأن اشترط مائة شرطا ".[3]

المذهب الثاني: المالكية

يرى أصحاب هذا المذهب، أن هذه الشروط مكروهة، والوفاء بها غير لازم، بل مستحب، ويعتبر النكاح صحيحا[4] .ما لم تقترن بما يستلزم الوفاء بها كاليمين بالطلاق كقوله (الزوج): إن تزوجت عليك فأنت طالق، أو أمرك بيدك والعتاق والتمليك والحط من الصداق ونحوه. ومع ذلك فيرى الدكتور السنهوري أن الفقه الإسلامي قد تطور في المذهب المالكي تطوراً أبعدُ مدى من تطوره في مذهبي أبي حنيفة والشافعي، فمالك يجيز من الشروط ما يجيزه المذهبان الآخران، ثم هو يجيز منها كثيراً مما لا يجيزانه.[5]

وقد انفرد الإمام مالك برأي في الشرط الذي يفسد العقد، فإذا لم يتمسك به مشترطه انقلب العقد صحيحاً لزوال سبب الفساد، وعلة ذلك أن فساد العقد جاء بسبب الشرط الفاسد، فإذا زالت تلك العلة التي أوجدت الفساد زال معها الشرط وينقلب العقد صحيحاً.[6]

المذهب الثالث: الحنابلة

---

1 سبق تخريجه، ص 14

2 شرح صحيح البخاري لابن بطال، (271/07).

3 أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص159.

[4]محمد سعيد البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1981، ص91، ص89.

[5]عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 155.

[6]محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص242

يرى الحنابلة بأن الشروط التي لا يقتضيها العقد في إطلاقه وتحقق منفعة للزوجين أو أحدهما شروطا صحيحة لازمة يجب الوفاء بها فإن لم يوف بها من اشترطت عليه كان من حق المشـــترط فســـخ العقد وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب وبعض الصـــحابة و التابعين وهو مذهب الحنابلة والاوزاعي ،وإسحاق بن راهوية [1] ،لأن الأصل عند الحنابلة في الشروط الصحة حتى يرد الدليل الشرعي على البطلان ، ويعتبر ابن تيمية أكبر فقهاء المذهب الحنبلي في إجازة الشـــروط التي تحقق منفعة مقصـــودة للزوجين، فهو لا يجعل الشرط فاسداً إلا إذا كان منافياً لمقصود عقد الـــزواج، أو مناقضاً لأحكام الشرع.[2]

لقد جـــدد ابن تيميـــة في فقه المذهب الحنبـــلي، وتقدم به تقدماً كبيراً في التطـــور، ونلمس ذلك من خلال تضييقه لدائرة الشروط الفاسدة، وبهذا فهو يقترب كثيراً على هذا النحو من الفقه الغربي، حيث يكون كل شرط مقترن بالعقد صحيحاً إلا إذا كان الشرط مستحيلا، أو خالف القانون أو النظام العام والآداب العامة، فإن الشرط يلغى ويصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً.[3]

ولهذا السبب اعتبر المذهب الحنبلي أوسع المذاهب الفقهية تيسيراً في مسألة الشروط بتحقيقه لرغبات الناس في الاشتراطات العقدية.[4]

إن ســـبب اختلاف الفقهاء المسلمين حول هذه الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه هو معارضة العموم للخصوص، فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صـــلى الله عليه وســـلم قال: " كل شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط ". ويتمثل نص الخصوص في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: " أن أحق الشروط أن توفوا به ما اســـتحللتم به الفروج ". واجتناب هذا التعارض لا يكون إلا بتقييد العموم بالخصوص، وتكون نتيجة ذلك هي لزوم الوفاء بهذا النوع من الشـــــروط.[5] فالزوجة لم

---

[1] ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج1، ص 483-484.

[2]– وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 1998، ص183.

[3]عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص175.

[4]محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص154

[5]السيد سأيق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، الطبعة الخامسة، بيروت، 1983، ص53.

ترضـــى بالزواج إلا على هذا الشـــرط، ولو لم يتم الوفاء به لم يشـــتمل العقد عن تراضٍ حقيقي.[1]

ويتبين لنا من خلال عرض آراء المذاهب المختلفة في حكم الشرط الذي لا يقتضيه عقـــد الزواج ولا ينـــافيـــه، أن ما ذهب إليه الحنابلة هو الراجح لتوافقه مع ما تدعو إليه مبـــادئ الشريعـــة الإسلامية من رفـــع الحرج وجلب التيسير ورعاية مصـــالح النـــاس بما يتماشى ومتطلبات العصر، ولتوافقه أيضاً مع ما استقرت عليه القوانين الوضعية فيما يعرف بمبدأ حرية التعاقد.

أما قانون الأســـرة الجزائري قد ســـلك طريق الحنابلة في الأخذ بالشـــرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه، حيث أباح في المادة 19ق.أ.ج للزوجين حرية الاشتراط، ولا ســـيما شـــرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، وهذان الشـــرطان هما من جملة الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه، ومن ثم فإن حكم هذه الشروط في قانون الأسرة الجزائري هو الصحة ولزوم الوفاء بها.

المطلب الثاني: الجهة المختصة بمراقبة الشروط المقترنة بعقد الزواج.

ســـنتعرض في هذا المطلب على الجهات المختصة بمراقبة الشروط المقترنة بعقد الزواج ومدى سلطتها ومتى يجوز لها التدخل في إلغاء أو تعديل العقد؟ وللإجابة على هذا الســـؤال قســـمنا هذا المطلب إلى قسمين: مدى سلطة الموثق و ضابط الحالة المدنية في مراقبة الشـــروط المقترنة بعقد الزواج (الفرع الأول) و سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج (فرع ثاني).

الفرع الأول: مدى سلطة الموثق وضابط الحالة المدنية في مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج

لقد حدد المشـــرع وظيفة ضـــابط الحالة المدنية التابع للبلدية بنص المادة 03 من قانون الحالة المدنية الصـــادر بموجب الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/19م

[1]– يسري السيد محمد، جامع الفقه، الجزء الخامس، دار الوفاء، دار ابن حزم، 2000، ص179.

وبنص المادتين 72-73 منه وتتلخص أساسا في تلقي التصريح بالولادات والوفيات وتحرير عقود الزواج وإثباتها وتدوينها في سجلات الحالة المدنية، بينما وظيفة الموثق محددة بنص المواد: 71-72-73 من نفس القانون وتتلخص في تحرير عقد الزواج ومراعاة البيانات الواجب إدراجها في العقد.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتحقق من صحة أو عدم صحة ما يدلى به إليه من تصريحات ووقائع وشروط تتعلق بعقد الزواج؟ هذا ما سنبينه فيما يلي:

أولا: سلطة التحقق من موافقة النظام العام:

لإبرام عقد الزواج يتطلب القانون تقديم مستندات معينة مثل المستندات المنصوص عليها في المادة 75 من قانون الحالة المدنية ، والمتعلق بزواج المطلقة أو المتوفي عنها زوجها أو يتطلب صفة أو حالة معينة مثل الحالات والصفات المنصوص عليها في المواد 07 و07 مكرر و09و09 مكرر من قانون الأسرة ، و التي تنص على سن أهلية الزواج 19 كاملة ، ووثيقة طبية تثبت السلامة من الأمراض التي تشكل خطرا يتعارض مع الزواج و توفر ركن الرضا ،و شرط الصداق و الولي و الشاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج ،فإن من واجب الموثق وضابط الحالة المدنية التحقق من توافر جميع ما يتطلبه القانون ،فيقوم بتحرير العقد عندئذ ،أو يرفض تحريره إذا تبين له خلاف ذلك.[1]

وتبعاً لذلك فإنه من حق الموثق أو ضابط الحالة المدنية التحقق مما إذا كان الزوج مسلماً؛ لأنه يحرم زواج المسلمة بغير المسلم طبقاً لنص المادة 30 من قانون الأسرة، أو التحقق فيما إذا كان للزوج الأجنبي رخصة بالزواج من الولاية التي يقيم فيها... وغير ذلك من الشروط التي يكون الموظف المختص بإبرام عقد الزواج ملزم بمراعاتها ضماناً لصحة إبرام عقد الزواج وعدم اشتراط شروط مخالفة للقانون.

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، ط1986،1، ص152.

ويمكننا القول بأن القانون قد حصر سلطة ضابط الحالة المدنية والموثق في حالة واحدة هي التحقق من توافر الشـــروط القانونية بوصـــفها من الإجراءات التنظيمية بقصد ضمان انعقاد العقد وضمان صحته وفقا للشكل والهدف الذين يتوخاهما المشرع، ولا يجوز للمتعاقدين مخالفتهما باعتبار ذلك من قواعد النظام العام.[1]

ثانيا: الشروط التي ورد النص عليها لحماية مصلحة الزوجين

هناك شـــروط نص عليها القانون من أجل تدعيم مصـــلحة أحد المتعاقدين وضمان حمـــايتهما ،وهو ما جاءت به المادة 08 ق.أ.ج معدلة ،فيجوز لمن شـــرعت الشـــروط لمصـــلحته أن يتنازل عنها ،ويقبل بالشـــروط التي تخالفها نصا آمرا أو ناهيا في القانون .لذلك فإذا كان القانون قد أباح تعدد الزوجات متى توفر المبرر الشـــرعي ،ووجدت نية العدل ، بشـــرط أن يعلم الزوج زوجتيه الســـابقة و اللاحقة بذلك ،قبل إبرام عقد الزواج الثاني ،وقد اشـــترط القانون هذا الشرط لمصلحة الزوجتين ،فإنه يجوز للزوجة الأولى أن تتنازل عنه ،ويجوز للزوج أن يشـــترط على الزوجة الأولى أثناء العقد ،ألا يعلمها بعزمه على الزواج من غيرها ثانية عندما يرغب في ذلك.[2]

ومن هذا نســـتنتج أن ضابط الحالة المدنية أو الموثق لا يجوز لهما أن يتدخلا بين الزوج و زوجتـــه و يطلـــب تقديم بيان يدل على أنه قد أعلم الزوجة الأولى و الثانية ،أو يرفض تحرير عقد زواجه الثاني ،كما أن القانون لم ينص صـــراحة و لا ضمنا على أن يكون تحرير عقد الزواج الثاني موقوفا أو معلقا على تقديم بيانا أو دليلا رســـميا أو غير رسمي يثبت قيام المبرر الشرعي أو توفر نية العدل أو يثبت إخبار الزوجتين بعزمه على الزواج ، و إنمـــا منح القـــانون كلا من الزوجتين عنـــدما يبرم الزوج زواجا جديدا دون

[1] عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص153.

[2] سعيد خنوش، التوثيق وأثره في إثبات الحقوق بين الزوجين، مجلة المعارف، العدد 23/ ديسمبر 2017، ص 23 – 24

إعلامها أن تلجأ إلى القضاء وتستعمل حقها في طلب الطلاق عندما لا ترضى بهذا الزواج الجديد الذي حصل دون أخذ رأيها ودون رضاها.

ثالثا- الشروط التي لم ينص عليها القانون:

يفترض فيمن يقوم بتسـجيل عقد الزواج سواء الموثق أو غيرهما، أن يكون مطلعا اطلاعا كافيا على أحكام قانون الأسـرة، وقادرا على التمييز بين ما يمكن اعتباره مخالفا للقانون وبين ما لا يكون مخالفا له، حتى يتسنى له قبول هذا الشرط أو لا.

كما أن سلطة الموظف المختص بإبرام عقد الزواج في مراقبة الشروط ورفض تحرير عقد الزواج بدعوى مخالفة الشروط للقانون، يجب ألا تكون مطلقة حتى لا يتعسف في استعمال سلطته، ويجب أن يُمنح بالمقابل للزوجين الحق في اللجوء إلى القضاء بموجب أمر على عريضة يقدمها الزوجان أو أحدهما إلى رئيس المحكمة التي يوجد بدائرتها مقر الموظف الذي رفض تحرير شروط العقد، فإما أن يؤكد هذا الرفض أو يقرر صحة الشروط.[1]

ويختلف أثر الشرط على تسجيل عقد الزواج أمام الموظف المختص بإبرامه تبعاً لمشروعية الشرط أو عدم مشروعيته، فإذا اتفق الزوجان على شرطٍ لا يناقض طبيعة عقد الزواج ولا أحكام قانون الأسرة، فلا أثر له على إبرام العقد وتسجيله، أما إذا أثير شرط ينافي طبيعة العقد، كما لو اشترطت الزوجة على زوجها ألا يطأها إلا مرة في الشهر، أو الاتفاق على إسقاط الصداق... وغيرها من الشروط الباطلة فيمتنع الموثق أو ضابط الحالة المدنية عن تسجيل مثل هذه الشروط.[2]

ويستمد الموثق أو ضابط الحالة المدنية سلطته في مراقبة صحة الشرط المقترن بعقد الزواج من سلطته في تحرير عقد الزواج التي تحكمها النصوص القانونية، فقد نصت المادة 46 من قانون الحالة المدنية على بطلان عقد الزواج إذا كان مروراً أو وقع تسجيله في

---

[1]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص179.

[2]- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص116.

غير المدة القانونية المسموح بها، كما نص قانون العقوبات الجزائري[1] في المادة 1/441 على معاقبة كل من الموثق، أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزواج بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر ،وبغرامة من 100 إلى 1.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

بالإضافة إلى العقوبات الواردة في نص المادة 77 من قانون الحالة المدنية والتي تعاقب الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي لم يطبق الإجراءات المقررة في هذا الفصل (إجراءات تسجيل عقد الزواج) بغرامة لا يمكن أن تتجاوز 200 دج بموجب حكم صادر عن المحكمة المختصة بالفصل في المسائل المدنية.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج

سنتطرق في هذا المطلب إلى الموجبات والأسباب التي تدفع بالزوجين أو أحدهما إلى تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج من خلال دراسة بعض الأمثلة عن هذه الشروط، ثم نعرج على دراسة سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشروط في عقد الزواج.

أولا: دوافع الزوجين لطلب تعديل أو نقض الشروط المقترنة بعقد الزواج

إن مبدأ سلطان الإرادة يقضي بحرية المتعاقدين في تضمين عقد الزواج بجملة من الشروط بحسب ظروف كل متعاقد من أجل حياة زوجية مستقرة ،غير أن هذا الحق يجب ألا يؤخذ على إطلاقه ،وإلا أصبحت الزوجة متعسفة في استعماله مما يعود بالضرر البالغ على الزوج، فلو اشترطت الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها، أو قيدت حريته باشتراطها عدم سفره، فإن هذا الشرط قد لا يكون ،فعلى سبيل المثال قد يجد الزوج نفسه مضطراً لمغادرة بلد الزوجة إلى بلدٍ آخر صدر الأمر الإداري بتحويله إلى هذا البلد لممارسة وظيفته، وإذا خالف الزوج الشرط المتفق عليه فقد يؤدي ذلك إلى فصل الحياة الزوجية بين الزوجين على الأقل مدة العمل لممارسة وظيفته، وإذا خالف الزوج الشرط المتفق عليه فقد يؤدي ذلك إلى فصل الحياة الزوجية بين الزوجين على الأقل مدة العمل التي ستطول طيلة

[1]– أمر رقم 66– 154 مؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

فترة غياب الزوج، ومن المحتمل أيضاً أن يؤدي ذلك إلى وقوع الطلاق وتأثيراته السلبية على الأطفال والمجتمع. وعندئذ يكون الزوج أمـــام خيـــاريـــن: فإما أن يحـــافظ على أسرته وأولاده من الشتات والضياع باحترام الشـــرط، ويتحمل فقدانه لمصدر رزقه.

وإما أن يخالف الشرط ويحافظ على مصدر رزقه، الأمر الذي قد ينجم عنه وقوع الطلاق، وتعريض الأطفال للآثار السلبية للطلاق.[1]

وفي حقيقة الأمر فإنه يجب أن يكون الغرض من احترام الوفاء بالشروط والعهود هو تحقيق منفعة مقصودة للزوجين، والمساعدة على تحقيق ترابط الأسرة وانسجامها في المجتمع، ولهذا فيجب ألا يؤثر الوفاء بالشروط على التضامن الزوجي عند انتفاء المصلحة المرجوة من جانب الزوجة وتعذر الوفاء بالشرط من جانب الزوج لظهور مصلحة جديدة يتعين على الزوجين السعي نحو تحقيقها، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية.[2]

وعلى هذا الأساس يجب على الزوجين إعادة النظر في مثل هذه الشروط بحيث لا يتعنت الزوج ولا تتعنت الزوجة، فالحياة الزوجية مبنية على التعاون والوئام، ولا بد من أن يتنازل فيها كل واحدٍ للآخر عن بعض حقوقه.[3]

ولكن الأمور قد تتعقد بعض الشيء في حالة ما إذا لم يحصل توافق بين الزوجين على تعديل الشروط الجعلية في عقد الزواج، وعندها لا يكون هناك من سبيل إلا اللجوء إلى القضاء، كما لو طلب الزوج إبطال شرط زوجته عليه بألا ينقلها من بلدها بدعوى مخالفة هذا الشرط لحق الزوج في الطاعة. فهل يعتبر الزوج في هذا الفرض محقاً في طلبه؟

لقد ألغى التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري حق الزوج في الطاعة بإلغاء المادة 39 منه التي كانت توجب على الزوجة طاعة زوجها، وهذا يشكل مخالفة صارخة لأحكام

---

[1] مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق، ط2 ،2001، بيروت، ص 47.

[2] سعيد فكرة، الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، معهد الشريعة، قسنطينة، السنة الجامعية1997/1996م، ص633.

[3] – مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص47.

الشريعة الإسلامية التي أوجبت على الزوجة طاعة زوجها بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج بشرط أن يكـــون ذلك بالمعروف، وفيما أمر به الشرع، فحق الزوج في الطاعة ليس مطلقاً بل هو مقيد بعدم تجاوز الأحكام الشرعيـــة، وينطوي هذا الحق على جانبان هامان وهما للانتقال إلى بيت الزوجية والقرار فيه، واستئذان الزوج والاستجابة لحاجاته.[1]

وحسب رأينا فإن اشتراط الزوجة على زوجها ألا ينقلها من بلدها لا يتناقض مع حق الزوج في الطاعة، لأنه لا يبطل هذا الحق من أصله، خصوصاً وأن الزوجة تحتاط بوضع هذا الشرط من أجل البقاء بالقرب من والديها وأهلها لحماية نفسها من تعسف الزوج.

ثانيا: حدود سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشرط المقترن بعقد الزواج

الإرادة المشتركة للمتعاقدين وحدها الكفيلة بإنشاء العقد وتحديد شروطه، وهي وحدها التي تستطيع إنهاءه وتعديله، وإذا كانت هذه القاعدة العامة في نظرية العقد، فإنها كذلك تجد تطبيقا لها فيما يتعلق بتعديل أو نقض الشرط المقترن بعقد الزواج. ومتى أصبح تنفيذ الشرط المتفق عليـــه في عقد الزواج متعذراً على من التزم بـــه ،فيكون أمامه اللجوء إلى القضاء ،ومن هنا تظهر سلطة القاضي الذي يتدخل في مضمون عقد الزواج ، إما بإلغاء الشرط الباطل فقط مع الإبقاء على العقد قائما دون إبطاله ،أو إبطال العقد كلية ويصبح في حكم المعدوم لا سبيل لتصحيحه إذا كان الشرط الباطل يخل بمقصود العقد ،كما تظهر سلطة القاضي أيضا في تعديل الشرط أو الإعفاء منه إذا ما أصبح تنفيذه متعذرا على من التزم به .وعليه سيتم دراسة دور القاضي في إبطال الشرط وتصحيح عقد الزواج ،ثم سنعرض سلطة القاضي في إبطال عقد الزواج و أخيرا نتناول سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشرط .

1 – دور القاضي في إبطال الشرط وتصحيح عقد الزواج

[1]– محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص318.

تنص المادة 35 من قانون الأسرة على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح "، كما تنص المادة 104 من القانون المدني على أنه:" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا فيبطل العقد كله". من خلال هاتين المادتين يتضح بأن القاضي وهو يمارس دوره في تعديل عقد الزواج بإلغاء الشرط الباطل، يلجأ إلى ذلك للحد من بطلانه الكلي، فهو نوع من تجزئة العقد المعروف في القوانين الحديثة، أو إنقاص العقد مما شابه من شروط باطلة[1] ، وإبقاء العقد صحيحا بشقه الآخر، فيتم هنا الانتقاص من العقد بإزالة الشرط الباطل وبقاء العقد مستمرا، فإذا كان الشرط باطلا فيصيب البطلان عليه وحده دون عقد الزواج، متى تبين للقاضي أن هذا الشرط ليس هو الباعث إلى عقد الزواج وإلا كان عقد الزواج كله باطلا.[2]

ولكي يقوم القاضي بنقض الشرط المقترن بعقد الزواج لابد من توافر الشروط التالية:

*أن يكون البطلان جزئيا غير كلي، ويحصل ذلك إذا تضمن عقد الزواج على شرط أو بعض الشروط الفاسدة التي تخالف مقتضى العقد[3] ،أو تتناقض مع أحكام قانون الأسرة كاشتراط الزوج ألا ترثه زوجته أو اشتراط عدم الإنجاب أو أن يطلق ضرتها.[4]

أن يكون العقد بطبيعته قابلا للانقسام: في هذه الحالة إذا تم تعديل العقد بنقض الشرط الباطل فطبيعة العقد لا تتغير ولا الهدف الذي أنشئ من أجله.

ألا يكون الشرط الباطل هو الدافع للتعاقد: إذا كان الشرط الباطل هو الذي حمل الزوجين إلى إبرام عقد الزواج فلا يجوز انتقاصه لأن السبب الذي أدى إلى إبرام عقد الزواج باطلا، وبالتالي أصبح الالتزام بدون سبب وعلى هذا الأساس فإذا توفرت هذه الشروط يجب على

---

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5 ،2003م، ص 79

[2] علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 79.

[3] علي فيلالي، الالتزامات –النظرية العامة للعقد – موفم للنشر، ط3 ،2013م، ص 367.

[4] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 76.

القاضي أن يقوم بتجزئة عقد الزواج، فيكون الشرط الباطل منعدما كأن لم يكن ولا يرتب أي أثر أما بالنسبة للشق الصحيح فإنه يرتب كل آثاره القانونية الأصلية.[1]

2-دور القاضي عند تعذر الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج لأسباب قاهرة

إن السلطة الممنوحة للقاضي في تعديل العقد ليست مطلقة بل مقيدة ،إلا أن القانون وبشكل استثنائي أعطى للقاضي حق تعديل أحكام العقد في حالات محددة كحالة الظروف الطارئة خاصة وأن العقد له قوة ملزمة ولا يجوز لأي من أطرافه أو القاضي أن يقوم بنقضه أو تعديله ،غير أنه إذا طرأ ظرف استثنائي ،لم يكن متوقعا حدوثه عند العقد وأصبح الالتزام بالعقد ملحقا للضرر بأحد المتعاقدين ،فإنه من الممكن تعديل هذا العقد وما فيه من التزامات ،أو تخفيفه لإزالة الضرر الناشئ عن الظروف الطارئة ،خاصة أنه من المقرر أن السلطة المخولة للقاضي بموجب نظرية الظروف الطارئة ،وجدت أصلا بهدف تحقيق التوازن العادل بين مصلحة طرفي العقد وبالتالي فهي سلطة لم تمنح للقاضي لغرض التحكم والسيطرة القائمين على التعسف.[2]

وبالرجوع لقانون الأسرة نجد أن المشرع لم يحدد في نصوص قانون الأسرة سلطة القاضي بصورة دقيقة باستثناء إعطائه للزوجة التي تم الإخلال بما اشترطت كجزاء على هذا الإخلال حق طلب التطليق إذ أن أحكامه لم تتناول إطلاق دور القاضي في الشروط المقترنة بعقد الزواج وما يمكن أن يصاحبها من ظروف غير متوقعة تؤدي إلى عرقلة تنفيذ الشروط وإنما نص عليها في أحكام القانون المدني من خلال المادة 107 الفقرة الثالثة والتي نصت على :" غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ،وأن لم يصبح مستحيلا ،صار مرهقا للمدين بحيث يهدده

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 369.

[2] عبد الحميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر ،1996، ص 54.

بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول ،ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".[1]

ومن شروط تطبيق الظروف الطارئة

- أن يكون تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد تستلزم فترة من الزمن أي أن يكون من العقود المستمرة كعقد الزواج، بحيث تحصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي غير متوقع.
- أن تكون بعد انعقاد عقد الزواج ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، وأن تكون هذه الظروف عامة وليست خاصة.
- أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا فإذا أدى الحادث إلى استحالة التنفيذ نكون أمام قوة قاهرة ويترتب عليها انفساخ العقد بقوة القانون، أما إذا كان الالتزام مرهقا وغير مستحيل ولكن يهدد استمرار عقد الزواج هنا نكون أمام ظرف طارئ.

فإذا كان الضرر اللاحق للزوج المتمثل في فقدانه لمنصبه بسبب التزامه بشرط زوجته بأن لا ينقلها من بلدها أكبر من الضرر الذي يلحق بالزوجة نتيجة نقلها من بلدها فيكون دفع الضرر اللاحق بالزوج مقدم على ضرر الزوجة الناتج عن اخراجها من بلدها.

واستنادا لهذه الظروف فللقاضي النظر في إعادة التوازن بين التزامات الزوجين فيجوز له أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وهنا دور القاضي يكمن في حماية عقد الزواج من التفكك نتيجة بعض الشروط المرهقة في حق أحد الزوجين، فتدخل القاضي من شأنه موازنة العقد واستمراره.[2]

المبحث الثاني: جزاء مخالفة الشرط وبعض صوره

[1] الأمر رقم 75 – 78، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل بعدة قوانين آخرها القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2006م

2علي علي سليمان ،المرجع السابق ،ص 98- 99 -101

منح القانون لطرفي عقد الزواج الحق في الاشتراط شرط ألا تخالف هذه الشروط الشرع، ولا النظام العام، وبالتالي فإن وضعت أصبحت ملزمة ويجب الوفاء بها، وفي حالة مخالفتها تترتب جزاءات على الطرف المخالف لها. وهذا ما سنراه من خلال المطلب الأول بينما المطلب الثاني فقد ضمناه بعض من التطبيقات لبعض صور الشروط في عقد الزواج.

المطلب الأول: جزاء مخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج

بموجب المادة 19 جعل المشرع الجزائري الأصل في الشروط الجواز إلا ما خالف أو تنافى مع هذا القانون، وبالتالي فإن وضعت هذه الشروط تصبح ملزمة يجب الوفاء بها.

وفي حالة مخالفتها تترتب جزاءات على الطرف المخالف لها وهذا ما سنراه من خلال تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع سنتطرق من خلالها إلى امتناع الزوجة عن الدخول لحين استيفاء شرطها في الفرع الأول، ثم نتطرق إلى الفسخ لعدم الوفاء بالشروط في الفرع الثاني أما بالنسبة للفرع الثالث فسنتطرق إلى مسألة التعويض.

الفرع الأول: امتناع الزوجة عن الدخول لحين استيفاء شرطها.

إذا كان حق الحبس في الفقـــه الإسلامي مبـــدأ ثابتاً في عقود المعاوضات المالية، فإنه يجد تطبيقاً له في عقد الزواج، فلو أن الزوجـــة اشترطت على زوجها تعجيل صـــداقها، ولكن الزوج لم يحترم هذا الاتفاق؛ فقد احتاط الفقه الإسلامي لحفظ حق الزوجة في مهرها، وأجاز لها حق حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المعجل من المهر[1]؛ وهذا يعني أنه بإمكان الزوجة أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها ما اشترطت تعجيله من المهر، مع ثبوت هذا الحق لها حتى لو كانت قد انتقلت إلى بيت زوجها.

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجدها تدرج مصطلحات في هذا الصدد حيث هناك بعض القرارات تسميه بمراسيم الدخول، وفي قرارات أخرى بمراسيم الزواج، وإن اعترض الزوج ورفع دعوى مطالبتها بإتمام إجراءات الدخول فإنه يمكن لها أن تدفع بعدم

[1]– أبي الفرج عبد الرحمان، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، لبنان، بدون سنة، ص301.

التنفيذ أي امتناعها عن الدخول وهذا مبني على أسس شرعية وقانونية مرده عدم الوفاء بالشرط المتفق عليه بينهما بدلا من إنهاء العلاقة الزوجية وهو وسيلة يستعملها المدين للضغط على الدائن من أجل استيفاء حقه. وذلك بوقف تنفيذ الالتزامات المستمدة من العقد الملزم للجانبين، وأن يكون التزام المحبوس التزاما يتأخر تنفيذه على الالتزام المقابل حتى يستطيع المتعاقد الأول أن يوقف تنفيذ التزامه دون أن يتحلل منه، وإنما يستعمله كوسيلة ضغط ليستوفي حقه في ذمة المتعاقد الآخر.[1]

والغرض من إعطاء الزوجة هذا الحق هو حث الزوج ودفعه للوفاء بحق الزوجة ولها في سبيل تحقيق ذلك أن تمتنع أيضاً عن أن تلتزم بما كانت ستلتزم به لو دخل بها الزوج. وليس للزوج أن يمنع زوجته من السفر أو زيارة أهلها قبل إيفاء المهر، وهذا لأن طاعة الزوجة لزوجها لا تقوم إلا إذا توافرت أركان الطاعة وهي المسكن الشرعي وأمانة الزوج على نفس ومال الزوجة، وإيفاء الزوج معجل صداق الزوجة، أما إذا انتفى ركن من هذه الأركان يسقط عن الزوجة واجب الطاعة.[2]

كما أجاز الفقهاء للزوجة حق حبس نفسها لاستيفاء الجزء المتبقي من المهر المعجل حتى ولو كان جزءاً قليلا، وهذا يعتبر تطبيقاً لحق من حقوق الحابس، فحق الحبس ينظر إليه على أنه كتلة واحدة غير قابلة للتجزئة، لأن الشيء المحبوس يقابل كل أجزاء الحق المقابل.[3]

أما إذا كان المهر مؤجـــلا فإنه يؤدي إلى سقوط حق الزوجة في حبس نفســـها ويعلل الحنابلة ذلك بأن رضاها بتأجيل المهر لا يترتب عليه تأخير حق الزوج ويجب عليها تسليم نفسها، وعلى العكس من ذلك يرى بعض الشافعية بأن رضا الزوجة بتأجيل قبض المهر لا يسقط حقها في الحبس، وهذا رأي ضعيف لأن رضا الزوجة بتأجيل المهر يترتب عليه

---

[1] حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع، ص 258

2- عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة الاشعاع، الاسكندرية، 2001، ص54، ص55.

3- رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص430، ص437.

سقوط حقها في الحبس قياساً على سقوط حق البائع في الحبس إذا بادر بدفع المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن.

واختلف الفقهاء حول حق المرأة في حبس نفسها بعد أن يطأها الزوج، فذهب كل من فقهاء المالكية والشافعية وبعض الحنابلة إلى القول بسقوط حقها في الحبس، بينما يرى الإمام أبو حنيفة بأنه يبقى من حق الزوجة الاستمرار في حبس نفسها، حتى ولو كانت قد سلمت نفسها مادامت لم تستوفي كامل مهرها. أما إذا وطأها الزوج مكرهة فلا يترتب على ذلك سقوط حقها في الحبس؛ لأنه لا يجوز لأحد أن يبطل على غيره حقاً من حقوقه. [1]

الفرع الثاني: الفسخ

يعرف الفسخ بأنه :" حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم للجانبين لإخلال المتعاقد الآخر بالتزامه "[2]، فالفسخ يقتضي وجود عقد صحيح يتوافر على كل الأركان و الشروط ،غير أن أحد المتعاقدين لا يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية ،فإذا كان الزوج هو الذي اشترط شرطا لمصلحته وأخلت الزوجة ،يكون له الحق في فسخ عقد الزواج ولا يلزم بأن يدفع لها المؤجل من مهرها ولا نفقة عدتها ،أما إن كانت الزوجة هي التي اشترطت شرطا لمصلحتها وأخل به الزوج ،فيكون لها الحق في طلب فسخ عقد الزواج لإخلال الزوج بالتزامه التعاقدي[3]،ويلزمه دفع مؤجل الصداق إن وجد.

والسؤال الذي يطرح في حالة ما إذا أخل الزوج بالشرط الذي اشترطته الزوجة، وأرادت هذه الأخيرة فسخ عقد الزواج لعدم وفاء الزوج بالشرط، فهل يجب عليها رفع دعوى الفسخ إلى القاضي المختص لاستصدار حكم الفسخ، أم أن الأمر لا يحتاج إلى ذلك؟

يمكن القول أنه لا بد من رفع دعوى الفسخ إلى القاضي للحكم بفسخ عقد الزواج لعدم وفاء الزوج ،لأن الزوجة لا تملك فسخ النكاح بإرادتها حتى ولو لم يكن هناك نزاع

1- رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص434، ص435، ص436.

2 أحمد شوقي، مرجع سابق، ص، 241.

3 عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 172.

قائم بين الزوجين حول مشروعية الشرط ،كما أن هناك خلاف بين الفقهاء حول تحديد الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة ، ولا شك أن حكم القاضي هو الذي يزيل الخلاف في مثل هذه الأمور ثم أن التفريق بين الزوجين لا يقع إلا بعد إثبات عدم وفاء الزوج بالشرط ،لذا لا يجوز أن تكون الزوجة هي الخصم و الحكم في هذا النزاع ،بل لابد أن ترفع أمرها إلى القضاء وأن تثبت ما دعته بعدم وفاء الزوج بالشرط.[1]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري وبالضبط المادة 35 فقرة 9، فقد منح المشرع بموجب هذه المادة للزوجة الحق في طلب التطليق لمخالفة الزوج الشرط المتفق عليه في عقد الزواج، والتي أصبحت تمثل سببا آخر من أسباب التطليق التي يجوز للزوجة أن تتمسك بها في طلب التفريق القضائي، وهذا يدل على وجوب لجوء الزوجة إلى القضاء من أجل طلب التطليق بسبب مخالفة الزوج لشرطها.

وما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة 53 فقرة 9 أنها تحدثت عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط، دون أن يتم ذكر عبارة (أو في العقد الرسمي اللاحق)، لذلك قد يمتنع القاضي عن فسخ عقد الزواج تطبيقا لمبدأ حرفية النص التي تقصي الشروط المتفق عليها في العقد الرسمي اللاحق [2]،غير أن هذا الإشكال يمكن أن يزول بموجب اجتهاد قضائي الذي قد يؤكد سقوط عبارة (أو في العقد الرسمي اللاحق) لمجرد السهو اعتمادا على مبدأ روح القانون الذي يتجه للتيسير على الزوجة في التخلص من زوجية ألحقت بها الضرر.[3]

وحتى يتمكن القاضي من فسخ عقد الزواج لابد من توافر شروط، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولا : شروط فسخ عقد الزواج

---

1 علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ،2005، ص 167-168

[2] باديس ذبابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2007، ص 53

[3] نفس المرجع، ص 53

يشترط لطلب فسخ عقد الزواج أن يكون هناك إخلال من جانب المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد المراد فسخه.[1]

كما يجب أن يكون المشترط طالب الفسخ قد وفى بجميع التزاماته التي رتبها عليه عقد الزواج ،حتى يمكن له طلب الفسخ بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته التعاقدية[2]،فالزوجة التي تشترط على زوجها الاستمرار في وظيفتها بعد الزواج وهي تقوم بواجباتها اتجاهه واتجاه أبنائها ،تكون قد وفت بالالتزامات التي رتبها عليها عقد الزواج ،وعليه إذا منعها الزوج من مواصلة وظيفتها يحق لها طلب الفسخ لإخلال الزوج بشرطها ،أما إذا قصرت في آداء واجباتها الزوجية بسبب خروجها للعمل ،ففي هذه الحالة يقوم القاضي بإبطال هذا الشرط بدلا من فسخ عقد الزواج لمنافاته مصلحة الأسرة .

ويفترق الفسخ لعدم الوفاء بالشرط باعتباره فسخا للعقد عن التفريق بين الزوجين بالطلاق في عدة أمور نشير إليها فيما يلي.

ثانيا: التمييز بين الطلاق والفسخ لعدم الوفاء بالشرط

يظهر الفرق بين الطلاق والفسخ لعدم الوفاء بالشرط من خلال الآثار الناشئة عن كل منهما والتي تتمثل فيما يلي:

1- أن التفريق بين الزوجين عن طريق الطلاق يحسب من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته، عكس التفريق بالفسخ لعدم الوفاء بالشرط، فلا ينقص عدد الطلقات إذا تزوجها الزوج من جديد وتكون عنده على طلاق ثالث.[3]

2- إن التفريق بين الزوجين بالطلاق لا يحتاج إلى سبب معين، في حين أن التفريق بالفسخ لعدم الوفاء بالشرط يجب أن يكون له سبب وهو إخلال الزوج بالشرط.

---

[1] عبد الكريم بلعيور، مرجع سابق، ص 167.

[2] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 432.

[3] منصور البهوتي، مرجع سابق، ص 125

3-إن الطلاق في الأصل يملكه الزوج، ولكن قد ينتقل هذا الحق إلى الغير عن طريق توكيل أو تفويض الزوجة، أما الفسخ لعدم الوفاء بشرط فهو من حق من اشترطه من الزوجين.

4-تستحق الزوجة عند الطلاق قبل الدخول نصف المهر بينما في حالة الفسخ لعدم الوفاء بالشرط إذا وقع قبل الدخول، فلا يترتب عليه شيء من المهر للزوجة.[1]

إن أهم فرق بين الطلاق والفسخ لعدم الوفاء بالشرط هو أنه ليس للمرأة التي تم فسخ نكاحها متعة ولا سكنى ولا نفقة إلا أن تكون حاملا فتجب لها النفقة للحمل، وعلل جمهور الفقهاء ذلك بأن السكنى والنفقة تجب للمرأة التي يملك زوجها مراجعتها، أما التي فسخ نكاحها فلا يملك الزوج نكاحها إلى بعقد جديد واستدلوا على سقوط حقها في المتعة، يقول الله تعالى : {وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ }البقرة241.

ويفهم من هذه الآية أن المتعة خاصة بكل مطلقة دون غيرها ممن فسخ نكاحها لعدم الوفاء بشرط.[2]

وخلاصة لما تقدم فإنه يترتب على فسخ عقد الزواج لعدم الوفاء بالشرط وجوب العدة على المرأة إذا وقع الفسخ بعد الدخول لأنها تتعلق بحق الله تعالى، وتستحق المهر المسمى في العقد أما إذا حصل الفسخ قبل الدخول فلا تستحق المرأة شيئا من المهر، كما يترتب على الفسخ أيضا ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد ومنعا لاختلاط الأنساب، وثبوت حرمة المصاهرة.

ثالثا: مسقطات حق الزوجة في الفسخ

إن ثبوت حق الزوجة في فسخ عقد الزواج عند إخلال الزوج بالشرط لا يسقط ولا يلزم العمل به فور مخالفة الشرط، بل الأصل أن هذا الحق يظل قائما وثابتا على التراخي يمكن

[1] علي محمد علي القاسم، رجع سابق، ص 172-173.

[2] علي محمد علي قاسم، نفس المرجع، ص 165.

لها المطالبة به في أي وقت تشاء، واستثناءً من ذلك توجد حالات يسقط فيها حق الفسخ بأحد المسقطات الآتية:

1-الرضا بإخلال الزوج بالشرط

إذا رضيت الزوجة بإخلال زوجها بالشرط الذي اشترطته في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق يسقط حقها في الفسخ، ويستوي في ذلك أن يكون الرضا بالقول أو بالفعل،كان تمكنه من نفسها بالوطء مع علمها بعدم وفائه بالشرط.[1]

بينما إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو لا ينقلها من بلدها، غير أنه تزوج عليها أو أخرجها من بلدها، ثم قبل أن تطلب الفسخ طلقها، ففي هذه الحالة لا تملك

الزوجة حق فسخ عقد الزواج، لأن حق الطلاق ثابت له، فلا يوجد خلاف بين الفقهاء حوله، بينما حقها في الشرط محل خلاف بين الفقهاء.[2]

2-زوال سبب الشرط

كما يسقط حق الزوجة في الفسخ إذا زال سبب الشرط، كما لو اشترطت عليه ألا يخرجها من منزل أبويها، ثم توفي الأب والأم، بطل هذا الشرط، لأن السبب الذي من أجله كان الشرط لا محل له.

3-استحالة تنفيذ الشرط

فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يخرجها من منزل والديها، 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.[3]

---

[1] منصور البهوتي، مرجع سابق، ص 100.

[2] علي محمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 174.

[3] المرجع نفسه، ص 175-176.

وقد تشترط عليه أن تسكن بمفردها، ثم يعجز الزوج عن توفير السكن المنفرد لعدم كفاية موارده المالية، فهل يجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط؟ وهل يمكن للزوجة أن تفسخ النكاح إذا أخل الزوج بهذا الشرط؟

لقد أجاب الإمام ابن تيمية على ذلك بأنه لا يجب على الزوج الوفاء بما هو عاجز عنه، وليس للزوجة أن تفسخ النكاح إذا أراد الزوج إبطال الشرط ما دام أن الزوج غير قادر على الوفاء بالشرط بسب فقره.[1]

وقد برر الفقهاء سقوط حق الزوجة في الفسخ في هذه الحالة بأن الشرط أمر عارض، وباستحالة تنفيذه يزول حق الزوجة في الفسخ.[2]

الفرع الثالث: تعويض الضرر

رتب المشرع الجزائري التعويض في العديد من الحالات ،لكن الواقع يثبت أن الطرف المتضرر في المسائل المتعلقة بالزواج و الطلاق تصادفه العديد من المشاكل التي تحول دون استيفاء حقه في التعويض الكامل ويعود هذا إلى طبيعة الضرر الذي لحقه أو عجز إثبات هذا الضرر ،وباعتبار أن وعاء الشروط هو العقد فإن الشروط في عقد الزواج تخضع لأحكام القواعد العامة في التعويض إلا ما استثنى منها بأحكام خاصة وبالتالي يكون للطرف المتضرر نتيجة مخالفة شرطه في عقد الزواج أن يلجأ للقضاء والمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به جراء ذلك ،ويؤسس دعواه على أساس أحكام المسؤولية العقدية ،فالمشرع الجزائري لم يتعرض صراحة لمسألة التعويض في حالة التطليق إلا بصدور الأمر 05-02المعدل والمتمم لقانون الأسرة الذي تنص المادة 53 مكرر منه على أنه " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".

ويشترط في الضرر حتى يكون موجبا للتعويض توافر الشروط التالية:

---

[1]- ابن تيمية، المرجع السابق، ص168.

[2]- علي محمد قاسم، مرجع سابق، ص176.

- المساس بالحق أو مصلحة مشروعة للمضرور، أما الغير مشروعة فلا مجال لتعويضها.

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

- أن يكون الضرر شخصيا.[1]

- ألا يكون قد سبق تعويضه، إذ لا يجوز للمضرور أن يحصل على أكثر من تعويض لإصلاح ضرر واحد، وإلا كان ضرره سببا في إثرائه على حساب المتعاقد المسؤول

- كما يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض الإجمالي عن الأضرار التي أصابت الطرف المضرور ولكن بشرط أن يحدد عناصر الضرر ومدى أحقية التعويض عنها.

وبالنسبة للضرر المعنوي فيعود للقاضي تقدير مدى هذا الضرر وإن كان يصعب تحديد التعويض عن الضرر المعنوي بالنقود لأن الشرف والمكانة الاجتماعية لا يقدران بالمال وإنما يأتي التعويض عنهما كوسيلة إرضاء وتطييب لخاطر الشخص المضرور[2]،وقد يكون مقترنا بأضرار مادية كالمساس بجسده أو ماله، أو بتفويت مصلحة مشروعة له تقدر فائدتها مالية ويبقى لقضاة الموضوع السلطة التقديرية الواسعة في تحديد قيمة التعويض، دون أن يخضعوا في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا. [3]

المطلب الثاني: بعض الصور عن الشروط المقترنة بعقد الزواج

سنتطرق في هذا المطلب إلى بعض أهم الشروط المقترنة بعقد الزواج بحيث سنتناول في الفرع الأول بعض الشروط الخاصة بالزوجة وفي الفرع الثاني سنتعرف على بعض الشروط الخاصة بالزوج

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالزوجة

[1] العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، ج1، 2012، ص 68.

[2] مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية ،2004، ص 64.

[3] عامر حسين وعامر عبد الرحيم، المسؤولية المدنية والعقدية، دار الفكر للطباعة والنشر ،1997، ص 341.

تتعدد الشروط التي قد تشترطها الزوجة في عقد الزواج أو في شرط رسمي لاحق ومن أمثلتها اشتراط المرأة على الزوج ألا يتزوج عليها أو تشترط أن تسكن في بيت مستقل عن أهله وهذا ما سنراه فيما يلي:

أولا: اشتراط المرأة ألا يتزوج عليها

التعدد هو أن لا يضم الرجل إلى عصمته زوجة أخرى أو زوجات أخريات في حدود الأربع، والتعدد أمر مشروع بقوله : { فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ }النساء3.

وقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يستحب ألا يزيد الرجل على امرأة واحدة من غير حاجة ظاهرة إن حصل بها الإعفاف، لما في الزيادة على الواحدة من التعرض للمحرم، وذلك لقول الله: {وَلَن تَسْتَطِيعُواْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ النِّسَاء وَلَوْ حَرَصْتُمْ }النساء129.

وقوله : ﴿من كان له امرأتان يميل إلى إحداهما على الأخرى، جاء يوم القيامة أحد شقيه مائل﴾[1] .وبالرغم من مشروعية التعدد، فإن اشتراط المرأة أن لا يتزوج عليها يعتبر من أكثر الشروط شيوعا في القديم و الحديث، لما ترى فيه المرأة من مصلحة راجحة لها، وفيما يلي تفصيل لهذا الشرط عند علماء المذاهب الفقهية:

أولا: مذهب الحنفية

يعتبر هذا الشرط غير ملزم، فإن شاء الزوج وفى به، وإلا فلا شيء عليه، فلو اشترطت عليه أن لا يتزوج عليها، فالنكاح صحيح و الشرط فاسد، لأن فيه المنع عن أمر مشروع[2]، فإن وفى لها بالشرط فلها المهر المسمى، وإن لم يوف بالشرط، فلها مهر المثل.

ثانيا: مذهب المالكية

[1] أخرجه النسائي، كتاب: عشرة النساء، باب: ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، رقم 3942.

[2] السرخسي /المبسوط ج19، ص 120. و البابرتي /شرح الهداية، ج3، ص 350.

يعتبر المالكية هذا الشرط من جنس ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، وللزوجة فيه غرض، وهو شرط مكروه، لأنه لا يؤثر في جهالة المهر، ولا تغير مقتضى العقد، وإنما كره لما فيه من التضييق والتحجير لذلك فإن النكاح لا يفسد به، ولا يقتضي فسخه لا قبل الدخول ولا بعده، إلا إذا علق الشرط بطلاق أو تمليك.[1] جاء في المدونة عن الإمام مالك أن المرأة إذا شرطت على زوجها ألا يتزوج عليها، وأنه إن فعل فأمرها بيدها، وأنها إن طلقت نفسها منه ثلاثا وقع الطلاق، وسواء كان قد دخل بها الزوج أو لم يدخل بها حتى تزوج عليها.[2]

ثالثا: عند الشافعية

يعتبر هذا الشرط مخالفا لمقتضى عقد النكاح غير مخل بمقصوده الأصلي، فإذا اشترطت المرأة أن لا يتزوج عليها، صح عقد الزواج، وفسد الشرط والمهر وإنما فسد المهر لأن المرأة لم ترض بالمسمى إلا بشرط أن لا يتزوج عليها، فوجب لها مهر المثل.[3]

رابعا: مذهب الحنابلة

اعتبروه من الشروط التي تعود على مشترطيها بالمنفعة والفائدة، وليس فيها ما يخالف مقتضى العقد، فكان شرطا ملزما، ويلزمه الوفاء لها به، فإن أخل بالتزامه وتزوج عليها، فلها فراقه. [4]وفي فتاوى الإمام ابن تيمية أنه سئل عن رجل تزوج امرأة وشرطت عليه ألا يتزوج عليها فدخل على ذلك، فهل يلزمه الوفاء؟ وإذا خالف هذه الشروط، فهل للزوجة الفسخ أم لا؟ فأجاب: نعم تصح هذه الشروط وما في معناها في مذهب الإمام أحمد وغيره من الصحابة والتابعين؛ ومتى لم يقبل الشرط، فتزوج، فلها فسخ النكاح. [5]

---

[1] محمد بن أحمد بن محمد عليش، المحقق علي بن نايف الشحود ، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ،ج1 ،ص 234-235 .

[2] مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، السعودية، ج2، ص75.

[3] أحمد سلامة قليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، د ط ،1415هـ -1995م ،ج3، ص 281.

[4] ابن قدامى،المغني ،ج7 ،ص 71.

[5] ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج3، ص 90- 91.

يتضح من خلال أقوال الفقهاء في هذه المسألة أن التعدد حق للرجل، وأن اشتراط عدم التعدد حق للزوجة يقابل حق الرجل ويعدَل من كفته، فإن تزوج الرجل ثانية بعد قبوله بشرط الزوجة، كان لها أن تعدل الكفة من جديد بأن تفسخ العقد.

ويتبين كذلك أن اشتراط المرأة أن لا يتزوج عليها يعتبر شرطا لاغيا عند الحنفية، ولا عبرة به عند المالكية، وهو شرط فاسد عند الشافعية، بينما يعد شرطا صحيحا ملزما لمن التزمه عند الحنابلة، وهذا الرأي الذي نراه راجحا، لأن اشتراط المرأة أن لا يتزوج عليها شرط لا علاقة له بمقتضى العقد، وهو شرط يحقق مصلحة راجحة لمن اشترطه، مما يؤدي إلى استقرار الأسرة وانتظام أمرها، وهذا هو المقصود الذي يتحقق من خلاله التوازن العقدي المطلوب.

خامسا: قانون الأسرة الجزائري

عالج قانون الأسرة مسألة تعدد الزوجات في المادة 08 ق.أ.ج حيث أجاز التعدد في حدود الشريعة الإسلامية متى توافرت شروط ونية العدل بين الزوجات على أن الزوج يجب أن يخبر الزوجة والمرأة التي يريد الزواج بها، وأن يطلب ترخيصا من رئيس المحكمة، والذي يتأكد من موافقة المرأتين على التعدد، ويقدر مدى قدرة الزوج على العدل وتوفير الشروط الضرورية للحياة.

وجاءت المادة 19 ق.أ.ج لتقيد حق التعدد بأن منحت المرأة اشتراط عدم تعدد الزوجات في عقد الزواج ويكون الشرط ملزما له متى وافق عليه، بحيث يمكن للزوجة طلب التطليق طبقا لأحكام المادة 53الفقرة 09 من قانون الأسرة، والمتعلقة بمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، أو فسخ الزواج بحسب المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري واستيفاء كامل حقوقها الشرعية [1]. يقول الاستاذ محمد لوعيل أن حق الاشتراط المقرر للمرأة فيما يتعلق بعدم إعادة الزواج عليها يتنافى مع القانون ،إذ يرى أن القانون أباح تعدد

[1] العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، ج1، 2012، ص 202.

الزوجات ،وبالتالي يعتبر اشتراط عدم الزواج ثانية مخالف لأنه يتنافى مع أحكام هذه المادة.[1]

ثانيا – اشتراط الزوجة إسكانها في بيت مستقل

يعتبر انفراد الزوجة بمسكن الزوجية من أهم الحقوق المقررة للزوجة في الشريعة الإسلامية، فشرعية المسكن الزوجي مرتبطة أشد الارتباط بخلو المسكن من مشاركة الغير للزوجة في السكن، فإذا كانت السكنى واجبة للمعتدة فمن باب أولى تكون لمن هي لا تزال في عصمته وقد نص المشرع على هذا الحق في المادة 78 من قانون الأسرة في الفصل المتعلق بالنفقة، حيث جعل هذه الأخيرة تشمل السكن أو أجرته.

وقد اختلف الفقهاء بشأن المقصود بالسكن المنفرد، فذهب المالكية إلى أن الزوجة يمكنها أن تمتنع عن السكن مع أقاربه كأبويه في دار واحدة لأنها قد تتضرر من اطلاعهم على حالها، ولا يجوز له أن يجمع بينها وبين ضرتها، كما صنفوا النساء إلى درجات فميزوا بين المرأة الغنية التي لا يجوز أن يسكنها مع أهله وبين الفقيرة التي ليس لها أن تمتنع عن العيش مع والديه .[2]

في حين ذهب الحنابلة إلى أنه من حق الزوجة أن تنفرد بمسكن مع زوجها ليس فيه أحد من أهلها، لأن وجودهم يمنع الاستمتاع بينهما على الوجه المرغوب فيه، كما أنه لا يجوز له أن يجمع بين زوجتيه في مسكن واحد دون رضاهما، سواء كان المنزل كبيرا أم صغيرا، نظرا للعداوة والغيرة الموجودة بينهما وما ينجم عنها من المخاصمة.

بينما ذهب الشافعية إلى أن الزوج ملزم بتوفير مسكن لائق بالزوجة، ولا يشترط أن يكون هذا المسكن ملكا للزوج، فيحق له إسكانها في موقوف أو مستأجر أو مستعار.

---

[1] محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة، ط2، 2006، الجزائر، ص 62.

[2] حسام علي السلم الشامسي، إشكالات في بعض مناحي مراكز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الاعلى ،2000، السنة الثالثة، عدد 3، ص 133.

وذهب الحنفية إلى أنه يجب على الزوج تهيئة مسكن لائق بالزوجة، ومن حقها أيضا أن تنفرد بمسكن لوحدها مع زوجها ليس فيه أحد من أهله، إلا إذا رضيت بانتقاص حقها بأن يسكن معهما أحد من أهله، وبالمقابل يجب أن يكون المسكن خاليا من أهلها وولدها من غيره[1] ،ومن شروط السكن أن يكون مشتملا على كل ما يلزم السكن من أثاث وفراش ومرافق، ويراعى في ذلك حالة الزوج المالية ووضعه الاجتماعي.[2]

ويظهر مما سبق أنه إذا اشترطت الزوجة على زوجها إسكانها في بيت مستقل ورضي بهذا الشرط كان لها ذلك ووجب عليه الوفاء به، أما إذا لم تشترط ذلك فقد رضيت بانتقاص حقها، وفي حالة عجز الزوج وعدم استطاعته توفيره لسكن منفرد لزوجته رغم اشتراطها له فقد أجاب ابن تيمية على ذلك بأنه لا يجب عليه ما هو عاجز عنه وليس لها أن تفسخ النكاح.[3]

وذهب القضاء إلى الاعتراف بحق الزوجة في السكن المنفرد حتى ولو لم تتمسك به ابتداءً ،أي لم تشترطه عند إبرام عقد الزواج حيث جاء في قرار المحكمة ما يلي : " متى كان من الأحكام الشرعية أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإن القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أقرته من مبادئ "[4]، كما يحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام عقد الزواج.[5]

---

[1] المرجع نفسه ص 136-137

[2] محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2008، ص 254

[3] ابن تيمية، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 136- 137.

[4]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 38331، قرار بتاريخ 1985/11/04 المجلة القضائية ،1989، عدد 1، ص 101.

[5] قرار بتاريخ 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا ،2006، عدد 1، ص 17

كما اعتبرت المحكمة العليا أن رفض الزوجة الرجوع إلى بيت الزوجية بسبب عدم توفير الزوج لها سكنا مستقلا عن أهله لا يعد نشوزا من قبلها، والسكن المستقل لا يعني المعاش

المستقل عن أهل الزوج[1]، وأقرت أيضا أن للزوجة الحق في السكن المنفرد إذا طلبته في حالة تضررها وجعل عدم امتثال الزوج لهذا الطلب يعد نشوزا من قبله.[2]

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالزوج

أولا : اشتراط الزوج قرار زوجته في بيت الزوجية

اتفق أهل العلم على وجوب النفقة للزوجة على زوجها وسبب وجوبها كون المرأة محبوسة على الزوج، يمنعها من الاكتساب، فكان لزاما عليه أن ينفق عليها [3]،وهوما يعبر عنه الفقهاء بحق الاحتباس، أي احتباس الزوجة لزوجها ودخولها في طاعته. [4]

فالزوج هو الملزم شرعا بالإنفاق على زوجته، ولو كانت غنية، ومع هذا فإن المرأة قد ترغب في مزاولة عمل يدر عليها ربحا، أو ممارسة عمل خيري ابتغاء الأجر والثواب.

والأصل أن يكون عمل المرأة رعاية بيتها وزوجها وأولادها، لقوله ﴿والمرأة راعية في بيتها ومسؤولة عن رعيتها﴾.[5]،لذلك كانت نفقتها على زوجها ولو كانت غنية وكان الرجل قواما عليها يقول الله سبحانه وتعالى : {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189339، قرار بتاريخ 1998/05/19، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،2001، عدد خاص، ص 216.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189226، قرار بتاريخ 1998/04/21، نفس المجلة، ص 144.

[3] ابن قدامة (الشيخ الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود)، المغني، دار الحديث، القاهرة، سنة 1425هـ/2004م، ج8، ص 156

[4] عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية –دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر، الجزائر، الطبعة الأولى ،2007، ص183.

[5] رواه البخاري واللفظ له، كتاب الجمعة باب الجمعة في القرى والمدن، رقم:893 ومسلم، كتاب: الإمارة، باب: فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق بالرعية والنهي عن إدخال المشقة عليهم، رقم: 1829

اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ }النساء34 . والإسلام لا يمنع المرأة من العمل، بل لها أن تشتغل بما تشاء من تعليم وحرف وتجارة، ولها أن توكل غيرها، ولا يحق لأحد أن يمنعها مادامت ملتزمة بأحكام الشرع وآدابه. وقد أجمع الفقهاء على جواز عمل المرأة كما سنرى ذلك فيما يلي:

قال الحنفية: يجوز للأب أن يدفع ابنته لتعلم حرفة تفيدها كالخياطة والتطريز، وإذا كانت المرأة قابلة أو غسالة، أو كان لها على آخر حق، أو لآخر عليها حق فلها أن تخرج، وإذا كان لها مال، فلها أن تتاجر به مع غيرها، كأن تشاركه أو تدفعه مضاربة بدون إذن من أحد.[1]

وعند المالكية: يجوز للزوجة أن تتاجر بمالها، أو تدفعه لمن يتاجر لها فيه على جزء من الربح، ولو شاركت الزوج في العمل، فإن كسبها لها .[2]

وعند الشافعية: إذا أعسر الزوج بالنفقة، فالأظهر إمهاله ثلاثة أيام، ولها الفسخ صبيحة الرابع لتحقق الإعسار، وللزوجة الحق في الخروج للكسب زمن المهلة، وليس للزوج منعها من التكسب، لأن المنع في مقابل النفقة، والأوجه تقييد ذلك بعدم الريبة، وإلا فله منعها أو الخروج معها. [3]

وعند الحنابلة: إذا أعسر الزوج بالنفقة، خيرت الزوجة بين الفسخ أو المقام معه، فإن اختارت البقاء معه، فليس له منعها من التكسب، لأنه إضرار بها، وسواء كانت غنية أو فقيرة، لأنه يملك حبسها إذا كفاها المؤونة وأغناها عن العمل، وكذلك إذا كان العمل من فروض الكفايات.[4]

---

[1] ابن الهمام، فتح القدير، دار الكتب العلمية، ط1، سنة 1424هـ/2003م، ج 4، ص 398.

[2] المرجع نفسه، ص 398.

[3] الرملي، نهاية المحتاج، ج7، ص 215- 216.

[4] البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج3، ص 235-236.

والذي يبدو من هذه النصوص أن عمل المرأة مباح في الأصل مع مراعاة الشروط الشرعية، ومنها إذن الزوج لها فيه، فإن لم يأذن لها الزوج بالعمل، فليس لها أن تخرج لطلب الرزق، إلا إذا عجز الزوج عن الإنفاق عليها، كما نص على ذلك الشافعية والحنابلة.

إذن فالزوج له حق الاحتباس، والزوجة لها الحق في العمل والكسب، فهما حقان متوازيان يرجح كفة الزوج في الاحتباس قيامه بواجب الإنفاق على زوجته، ويرجح كفة عمل المرأة عجز الزوج عن الإنفاق، أو إهماله لأسرته. أما الطرف الثالث في هذه المعادلة فهم الأولاد الذين لهم الحق في الإنفاق عليهم من جهة، وهو دور الأب، كما لهم الحق في الرضاعة إن كانوا رضعا، وفي التربية والرعاية إن كانوا صغارا، من جهة أخرى وهو دور الأم.

وعليه، فإن المرأة إذا اشترطت على الرجل في عقد الزواج أن يسمح لها بالعمل، ووافق على هذا الشرط، كان شرطا تقييديا في عقد الزواج تنطبق عليه أراء الفقهاء السالفة الذكر، بيد أن الأمر يختلف أن كان للمرأة أولاد يستحقون الرضاعة أو الرعاية اللازمة، فحينئذ يتعارض حقها في العمل مع حقوق الأولاد، ولا يترجح لها الحق في العمل، ولو أذن لها الزوج، لأن الأمر لا يتعلق به، ويدل هذا على أن رعاية الأولاد حق لصيق بالأم ولا يقوم به غيرها.

كما نجد أيضا المشرع الجزائري نص على هذا الشرط بموجب نص المادة 19 من قانون الأسرة، واعتبرت المادة 67 من نفس القانون على أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وهذه دلالة واضحة من المشرع في التأكيد على أحقية المرأة في العمل.

ولقد سلك الدستور الجزائري مسلك الشريعة الإسلامية في التأكيد على أحقية المرأة في العمل، إذ نصت المادة 55 من دستور 28 نوفمبر1996: " لكل مواطن الحق في العمل ". ونصت المادة 22 على أن: " كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو أي ظرف آخر

شخصي أو اجتماعي ". ونصت أيضا المادة 32 على أن: " الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن مضمونة ".

ويتبين لنا من هذه النصوص أن حق المرأة في العمل ثابت ومقرر لها بموجب نصوص القانون، ولا يتوقف ذلك عند التشريعات الداخلية، بل يتعداه إلى الاتفاقيات الدولية، حيث أكدت المادة 10 من اتفاقيه القضاء على كافة أوجه التمييز ضد المرأة على احترام حق المرأة في العمل.[1]

غير أن الزوجة قد ترغب في التأكيد على ضمان زوجها لحقها في العمل وعدم منعها من ممارسة عملها، فتلجأ إلى تضمين هذا الشرط في عقد الزواج، وقد أولى المشرع الجزائري هذا الشرط أهمية خاصة بالنص عليه في نص المادة 19ق.أ.ج.

ومتى قبل الزوج بهذا الشرط فيجب عليه الوفاء به، ولا يكون من حقه منع زوجته من العمل ما دام قد أذن لها بذلك، لأن هذا الإذن يعتبر إذناً دائماً يدوم بدوام العلاقة الزوجية بينهما، فإذا طلب منها أن تمتنع ورفضت ذلك فلا تعد ناشزاً ولا تسقط نفقتها عليه.

واستثناءً من ذلك يجوز للزوج منع زوجته من العمل في حالتين:

1- تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخروج للعمل كأن تظهر بمظهر المتبرجة أو بصورة تدعو إلى الفتنة، أو الإكثار من الخروج من المنزل بلا سبب حقيقي.

2- منافاة خروج المرأة للعمل مع مصلحة الأسرة وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، ويراعي في ذلك مدى تأثير عمل المرأة على صحة الزوجة وأيضاً مدى تأثير عملها على آداء واجباتها الزوجية، أو حاجة الأسرة إليها بسبب مرض أحد أقاربها، وغير ذلك من الأسباب التي تدعو القاضي إلى إبطال شرط عمل المرأة لمنافاته لمصلحة الأسرة، ودرءاً للأضرار والمفاسد الناجمة عن تقديم المصلحة الخاصة للزوجة على مصلحة الأسرة[2]، وهذا يعني أنه ليس للزوج أن يرجع عن موافقته التي أبداها لزوجته بالسماح لها

---

[1]- بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص179.

2- محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص357.

بالعمل إلا لسبب مشروع، ودون أن يلحق ضرراً بالزوجة عملا بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار).

أما إذا كان الداعي وراء رجوع الزوج عن موافقته للعمل، هو أن تتفرغ زوجته لرعاية أطفاله الصغار أو مرض أحدهم، فلا شك أن الرجوع عن الموافقة في هذه الحالة يكون مبرراً. ولكن يجب أن يقيد ذلك بعدم إلحاق الضرر بالزوجة كما لو كانت الزوجة مشرفة على التقاعد، فإنه يكون في تركها للعمل ضرر كبير لها بحرمانها من حقوق التقاعد، ويكون للقاضي هنا دور كبير في الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة عن رجوع الزوج عن موافقته لزوجته بالعمل.[1]

ثانيا: اشتراط الزوج وصفا معينا في الزوجة

قد يشترط الزوج على زوجته صفة معينة عند إبرام عقد الزواج ،كأن تكون بكرا أو غنية أو جميلة أو أن تكون ولودا وغيرها من الصفات ،وفي المقابل قد تشترط الزوجة على زوجها السلامة من الشلل أو العور[2]،ومن بين الأوصاف الهامة التي قد يشترطها الزوج على زوجته شرط العذرية أو البكارة الذي لا يؤخذ بعين الاعتبار في نظر الفقه الإسلامي إلا إذا اشترط في عقد الزواج ،كما ذهب الاجتهاد القضائي في نفس المعنى في عدة قرارات له ،وقد أكد على وجوب اشتراط هذا الشرط في عقد الزواج حتى يرتب أثره القانوني ،حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي :" من المقرر شرعا ،أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج ..."[3]

1- واصف البكري، تعديلات قانون الأحوال الشخصية الاردني، www.mizaangroup.org/studies.htm

2بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول (الزواج والطلاق)،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،الطبعة الرابعة ،2005،ص 157 .

3 المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم33715 ،قرار بتاريخ 1984/06/25 ، المجلة القضائية ،1989 ،عدد 4 ،ص 99.

وجاء في قرار آخر ما يلي :" ..ومتى تبين- في قضية الحال – أن المطعون ضده 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"[1] ،وقد ورد في حيثيات هذا القرار و بالضبط في إجابة المحكمة العليا عن الوجه الثاني المتعلق بالقصور في التسبيب ما يلي :" بدعوى أن القرار المنتقد قد حمل الطاعنة مسؤولية الطلاق على أساس أنها لم توافق على الفحص الطبي للتعرف على مدى عذريتها مما أوجب حرمانها من التعويض عن الطلاق .

حيث أنه بالفعل فإن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج وبذلك فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإنه لا يحق لقضاة الموضوع تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق أو حرمانها من التعويض، وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتيقن معه نقض القرار جزئيا فيما يخص تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق أو حرمانها من التعويض، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتيقن معه نقض القرار جزئيا فيما يخص تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق والتعويض وبدون إحالة ".

فالمحكمة العليا في قرارها المذكور أكدت قدسية العلاقة بين الزوجين واعتبرت أن إثبات مسألة العذرية من عدمها بدون جدوى لقيام الزوج بالدخول بالزوجة، كما أنها لا تأخذ بعين الاعتبار شرط العذرية إلا إذا اشترطه الزوج صراحة وتم تدوينه كشرط في عقد الزواج، ولا يعد ذلك خرقا أو انتهاكا للمبادئ الأساسية في نظرية العقد، لا سيما مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ القوة الملزمة للعقد واللذان كرستهما المادتان 106 و107 من القانون المدني.

[1] المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم243417 ،قرار بتاريخ 2000/05/23 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،2001،عدد خاص ،ص109

قال الإمام ابن تيمية عن رجل تزوج امرأة على أنها بكرا فبانت ثيبا: له فسخ النكاح، وله أن يطالبها بأرش الصداق – وهو تفاوت ما بين مهر البكر والثيب فينقص بنسبته من المسمى – وإذا فسخ قبل الدخول سقط المهر.[1]

وفي رأينا أن اشتراط أحد الزوجين وصفا معينا في الآخر يكون محبذا، طالما يؤدي ذلك الشرط إلى استقرار الأسرة وتحقيق أواصر المودة والرحمة والتوافق بين الزوجين، ولكن لا يمكن المبالغة فيها إذ يجب أن يكون الدين في مقدمة الصفات التي يجب أن يراعيها كل من الزوجين، ثم تأتي باقي الصفات الأخرى التي يرغب فيها الإنسان بطبعه وتميل إليها نفسه وهذا ما جاء في قول الرسول : ﴿تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك﴾.

[1] ابن تيمية، مرجع سابق، ص 110.

خـــــاتـــمة

لعل من أهم النقاط التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة:

1-قسم المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري إلى ثلاثة أقسام شروط شرعية منصوص عليها في المادة 9 مكرر قانون الأسرة وهي شروط صحة الزواج، وشروط قانونية كتسجيل عقد الزواج في المادة 22 من قانون الأسرة، وشروط مقترنة بعقد الزواج المنصوص عليها في المادة 19 من قانون الأسرة.

2-توافق المعنى اللغوي والاصطلاحي للشرط

3-صعوبة التمييز بين الشرط والمصطلحات الأخرى كالركن والسبب

4- الأصل في الشروط الصحة والإباحة، ولا يبطل شرط إلا إذا قام الدليل المعين على إبطاله وإلغائه طبقا للرأي الراجح.

5-هناك شروط قد اتفق الفقهاء على صحتها وشروط اخرى اختلف في صحتها أو فسادها

6-ساير المشرع الجزائري رأي مذهب الحنابلة بخصوص التوسع في الشروط المقترنة بعقد الزواج وتصحيحها، كما أخذ برأي المالكية أيضا.

7-وضع المشرع الجزائري شروطا تعجيزية في قضية تعدد الزوجات، بينما نجد أن الشريعة الإسلامية لم تشترط في التعدد إلا العدل في النفقة والمبيت وألا يتزوج الرجل أكثر من أربع زوجات.

8-يجب عند الاشتراط مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية.

9-ضرورة التزام المتعاقدين الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج

ثانيا: أهم التوصيات

1-توضيح المادة 19 من قانون الأسرة نظرا للإبهام الذي اكتنفها

2-ضرورة تعديل المادتين 35/32 من قانون الأسرة الجزائري، وإزالة التناقض القائم بينهما، بالتمييز بين الشروط التي تبطل العقد من أصله كشرط عدم الإنجاب، فيجب أن

تخضع هذه الشروط لأحكام نص المادة 32 من قانون الأسرة. أما الشروط التي تؤثر في العقد ولا تبطله، وإنما يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا كشرط ألا مهر أو ألا نفقة، فيجب أن تخضع لأحكام نص المادة 35 من قانون الأسرة.

3-إعادة صياغة المادة 8 ق.أ.ج التي تتحدث عن شروط التعدد.

4-ضرورة اقتراح مجموعة من الشروط اعتمادا على معايير شكلية وموضوعية وجمعها في كتيب حتى يستطيع الاطلاع عليها الموظف المكلف بإبرام العقد وحتى طرفي العقد.

5-ضرورة الرجوع إلى الاجتهاد القضائي الجزائري للاستفادة من هذه الشروط.

6-ينبغي أن تكون هذه الشروط مكتوبة تقييدا للموظف المكلف بإبرام عقد الزواج، وإذا ما طرأت شروط أخرى أمكن اللجوء إلى القضاء.

7- منح طرفي العقد حق اللجوء للقضاء في حالة رفض الموظف المختص تحرير عقد زواجه بدعوى مخالفة الشرط للقانون.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

- القرآن الكريم
- البخاري (أبو عبد الله بن اسماعيل)، الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري)، ط1، القاهرة، المطبعة السلفية ،1979م،
- البخاري (أبو عبد الله بن اسماعيل)، الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري)، ط1، القاهرة، المطبعة السلفية ،1979م.
- البخاري، صحيح البخاري، باب الشروط في النكاح، الجزء السادس، دار الفكر، بيروت 1981.
- الإمام مسلم، صحيح مسلم، دار احياء التراث العربي، بيروت ،1929م صحيح مسلم، كتاب الاقضية، حديث رقم 1718
- ابن تيمية (أحمد)، مجموع فتاوى أحمد بن تيمية، تحقيق عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، م ج32، المغرب، مكتبة المعارف، دون سنة
- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج3
- ابن قدامة (الشيخ الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود)، المغني، دار الحديث، القاهرة، سنة 1425هـ/2004م، ج8
- ابن الهمام، فتح القدير، دار الكتب العلمية، ط1، سنة 1424هـ/2003م، ج 4.
- أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت ،1428هـ/2007م، ج2.
- أبي الفرج عبد الرحمان، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، لبنان، بدون سنة
- باديس ذبابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2007.
- ابن عابدين، رد المختار، تح: عادل أحمد عبد الموجود، دار عالم الكتب، الرياض، ج4.
- ابن منظور، لسان العرب، بيروت، لبنان، ط1، ج8

- أحمد بن مشعل الغامدي، مفهوم الشرط عند الأصوليين، مذكرة دكتوراه، المملكة العربية السعودية ،1428هـ/1429هـ
- أحمد سلامة قليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، د ط ،1415هـ -1995م، ج3
- أحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وآثارها فيه في الفقه الإسلامي، مرجع سابق..
- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر ،2004
- أحمد محمد جمال، يسألونك، دار الكتاب العربي، 1983.
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر ،2009.
- اسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008.
- الأمين الحاج محمد أحمد، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط2، دون بلد، دون دار نشر ،2008
- أبو الوليد بن أيوب الباجي، المنتقى في شرح موطأ مالك، المجلد السادس، دار الكتاب العربي، الطبعة الرابعة، بيروت، 1984.
- الجرجاني، التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، ط1 ،2007م، ج1
- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح ق م ج، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط1، 1994م.
- أحمد مفلح خوالدة، الشرط في المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2011.
- رشدي شحاته، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001
- زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

- سالم عبد الغني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم 2002،
- سرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار بلقيس 2013،.
- السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ج3
- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، الطبعة الخامسة، بيروت، 1983.
- شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة، الجزائر،2003.
- الشيرازي، المذهب في الفقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ/1977 م، ج1.
- صالح غانم السدلان، الشروط في النكاح، ط2، دار معاذ للنشر والتوزيع، الرياض، 1998.
- عامر حسين وعامر عبد الرحيم، المسؤولية المدنية والعقدية، دار الفكر للطباعة والنشر ،1997.
- عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة الاشعاع، الاسكندرية، 2001
- عبد الرؤوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعريف، تح: عبد الجميل صالح حمدان، ط1 ،1990م .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية ،1998، ص175.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، ط1986،1
- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر للنشر، الجزائر،2010.
- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية –دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر، الجزائر، الطبعة الأولى ،2007

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5 ،2003م، ص 79.
- عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، القاهرة، ط1 ،1429هـ/2002م، ج1.
- علي فيلالي، الالتزامات –النظرية العامة للعقد – موفم للنشر، ط3 ،2013م
- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، ب س.
- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5، 1447هـ/1996م، ج1.
- عبد الله محمود، حاشية القونوي، دار الكتب العلمية، بيروت ،2001.
- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت ،1974.
- علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ،2005،
- عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ط1، دار الشروق
- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، ج1، 2012.
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة ،2005
- على محمد القاسم، التفرق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2005.
- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن ،1997.
- عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العصرية، بيروت، 1988
- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات، الطبعة3.
- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ج2

- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس ،1983
- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، السعودية، ج2. محمد بن أحمد بن محمد عليش، المحقق علي بن نايف الشحود، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1.
- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي.
- محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988م
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ج 1.
- محمد تقية، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر ،1994.
- محمد حامد عثمان، القاموس المبين، في اصطلاحات الأصوليين، دار التراجم، ط1،2002 م.
- محمد رأفت عثمان، الحقوق الزوجية المشتركة في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة،
- محمد سعيد البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1981.1980
- محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2008
- محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة ،2000.
- محمد علوشيش الورتلاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الاصولية فيها، دار المقترنة

- محمد علي السرطاوي، قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط1، 1417هـ/ 1997م ج1.
- محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، الجزء الأول، شركة الشهاب، الجزائر، بدون سنة.
- محمد فهد شفقة، شح الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دمشق، سوريا، ج1.
- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة، ط2، 2006، الجزائر
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط1، 1403هـ/1983م، ج1
- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر ،1998.
- محي الدين اسماعيل، نظرية العقد، دار النهضة العربية، الطبعة 3، 1994.
- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف ياء، الطبعة التاسعة، سوريا، 1967.
- مصطفى أحمد الزرقا، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، دار القلم، ط1 ،1996، دمشق
- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق، ط2 ،2001، بيروت، ص 47..
- مصطفى عبد الغني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة سبها، ليبيا، 2001.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية ،2004

- منصور البهوتي، الروض المربع، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2002، ص400؛
- موفق الدين ابن قدامه، شمس الدين ابن قدامه، المغني ويليه الشرح الكبير، الجزء السابع، دار الكتاب العربي، لبنان، 1983.
- النسائي، كتاب: عشرة النساء، باب: ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، رقم 3942.
- نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى ،2003، لبنان
- نوارة دري، الشروط الجعلية في عقد الزواج، دار ابن حزم، لبنان، ط1 ،2009م.
- وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 1998
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ط4، دمشق، دار الفكر، دون تاريخ
- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1 1406هـ/1986 م: ج1.

يسري السيد محمد، جامع الفقه، الجزء الخامس، دار الوفاء، دار ابن حزم، 2000،

ثانيا: المجلات العلمية

- حسام علي السلم الشامسي، إشكالات في بعض مناحي مراكز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، عدد 3، السنة الثالثة، 2000
- حمليل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 06 ،2005.
- سعيد خنوش، التوثيق وأثره في إثبات الحقوق بين الزوجين، مجلة المعارف، العدد 23، ديسمبر 2017.
- فاطمة حداد –وياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة "مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 7.

ثالثا: البحوث الأكاديمية

أ- رسائل الدكتوراه

- بن سعد اليمني محمد بن عبد العزيز، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، أطروحة دكتوراه، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود.
- سعيد فكرة، الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، معهد الشريعة، قسنطينة، السنة الجامعية 1997/1996م.
- عبد الحميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر ،1996.

ب – المذكرات

- إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير، قانون خاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق ،2014/2013م.
- براكته مسعود، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، جامعة محمد خيضر بسكرة، مشروع مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق ،2015/2014.
- لمطاعي نورالدين، الشرط المقترن بالعقد، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،19،1995.

رابعا: النصوص القانونية

- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- أمر رقم 66- 154 مؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بعدة قوانين أخرى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الكتاب الثاني، الالتزامات والعقود، الفصل 2، العقد، القسم 3: آثار العقد.
- الأمر رقم 75 – 78، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل بعدة قوانين آخرها القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2006م.

خامسا: قرارات المحكمة العليا

- قرار بتاريخ 1984/06/25، المجلة القضائية ،1989، عدد 4، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم33715.
- قرار بتاريخ 1985/11/04 المجلة القضائية ،1989، عدد 1، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 38331
- قرار بتاريخ 1998/04/21، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،2001، عدد خاص، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189226.
- قرار بتاريخ 1998/05/19، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،2001، عدد خاص، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189339.
- قرار بتاريخ 2000/05/23 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ،2001، عدد خاص، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم243417
- قرار بتاريخ 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا ،2006، عدد 1.

سادسا: مواقع الأنترنت

- مقال التمييز بين الشرط وما يشبهه من ألفاظ،

http://droit7.blogspot.com/2015/06/blog-post_34.html

- واصف البكري، تعديلات قانون الأحوال الشخصية الاردني، www.mizaangroup.org/studies.ht

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعـــــــــــــات

مقدمة : ..... Erreur ! Signet non défini.

الفصل الأول:مفهوم الشروط المقترنة بعقد الزواج ..... - 4 -

المبحث الأول : مفهوم الشروط المقترنة بعقد الزواج ..... - 5 -

المطلب الأول تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج وبيان خصائصه ..... - 5 -

الفرع الأول : تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج ..... - 6 -

الفرع الثاني :خصائص الشرط المقترن بعقد الزواج ..... - 10 -

المطلب الثاني : أنواع الشروط المقترن بعقد الزواج وأصل مشروعيتها ..... - 12 -

الفرع الأول : أنواع الشروط الواردة في عقد الزواج ..... - 12 -

المبحث الثاني : أقسام الشروط المقترنة بعقد الزواج وضوابط اشتراطها ..... - 24 -

المطلب الأول : أقسام الشروط المقترنة بعقد الزواج ..... - 25 -

الفرع الأول : من حيث مصدره ..... - 25 -

الفرع الثاني :أقسام الشرط من حيث موضعه ..... - 28 -

المطلب الثاني : ضوابط الاشتراط ..... - 30 -

الفرع الأول- مراعاة قواعد النظام العام و الآداب العامة ..... - 30 -

الفرع الثاني : عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة ..... - 31 -

الفرع الثالث :جدية المصلحة ..... - 33 -

الفصل الثاني:آثار الاشتراط في عقد الزواج و بعض صوره ..... - 34 -

المبحث الأول : آثار الاشتراط في عقد الزواج و الجهة المختصة بمراقبتها ..... - 35 -

المطلب الأول : حكم الشرط المقترن بعقد الزواج..... - 36 -
الفرع الأول :الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج ..... - 36 -
الفرع الثاني : الشروط المناقضة لمقصود العقد أو لمقتضى العقد..... - 37 -
الفرع الثالث :الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج و لا ينافيه ..... - 41 -
المطلب الثاني : الجهة المختصة بمراقبة الشروط المقترنة بعقد الزواج ..... - 44 -
الفرع الأول : مدى سلطة الموثق و ضابط الحالة المدنية في مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج..... - 44 -
الفرع الثاني : سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج ..... - 48 -
أولا : دوافع الزوجين لطلب تعديل أو نقض الشروط المقترنة بعقد الزواج ..... - 48 -
المبحث الثاني :جزاء مخالفة الشرط و بعض صوره..... - 53 -
المطلب الأول : جزاء مخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج..... - 54 -
الفرع الثاني : الفسخ..... - 56 -
الفرع الثالث : تعويض الضرر ..... - 61 -
المطلب الثاني :بعض الصور عن الشروط المقترنة بعقد الزواج ..... - 62 -
الفرع الأول :الشروط المتعلقة بالزوجة ..... - 62 -
الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالزوج ..... - 68 -
خـــــــــــاتمة ..... -76-
قائمة المصادر و المراجع ..... - 77 -
فهرس الموضوعات..... - 77 -

ملخص البحث

يمكننا حوصلت ما توصلنا إليه من خلال دراستنا هذه، إلى أن الشرع والقانون قد أباحا للزوجين اشتراط ما يريانه مناسبا لضمان استقرار حياتهما الزوجية وضمانا لحقوقهما، وتحقيقا لمصلحتهما أو مصلحة أحدهما، ضمن حدود وضوابط لا تخالف الشرع، ولا القانون وإذا كان الشرط فاسدا غير صحيح فإنه يرتب جزاءين، إما أن يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا، أو أن يبطل الشرط والعقد معا.

وفي حالة عدم وفاء الزوج بالشرط، للزوجة الحق في طلب التطليق، كما يمكن لكلا الزوجين المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بهما.

الكلمات المفتاحية: الشروط الجعلية، عقد الزواج، الأسرة.

Summary:

As a conclusion. Law and Islamic law explicitly recognize both spouses the right to stipulate in the contract of marriage any clauses which they consider appropriate as long as they don’t encroach neither Islamic law nor law. As a consequence, to the defect clauses legislation pose two penalties either the nullity of marriage or invalidity of the clause. In case, the spouse unilaterally detaches from such obligation in ignoring the clause stipulated. The wife is entitled to seek divorce. Like the wife, the husband may claim compensation for the damage that such a separation can cause them.

Key words

Imperative Conditions, Marriage Contract, Family.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم :

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) : غلاب إسمهان

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم : طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 101737796

الصادرة بتاريخ : 2016/11/06 عن دائرة/ بلدية : مسيلة

المسجل(ة) بكلية : الحقوق و العلوم السياسية قسم : الحقوق

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

مذكرة ماستر بعنوان

الشروط المقترنة بعقد الزواج

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

التاريخ :2022/06/04

إمضاء المعني

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: اللقب: إسمهان غلاب

اسم الأب: عبد الكريم اسم ولقب الأم: أوذينة زينب

تاريخ الازدياد: 1991/02/02 م مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 06.75.51.91.92

البريد الالكتروني:-

العنوان الشخصي:حي اشبيليا القديمة – رقم الباب 446

الباكالوريا:

المعدل: 10.01 الشعبة/التخصص: آداب ولغات أجنبية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا:2009

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون جنائي الدفعة/سنة التخرج: 2012

الماستر:

تخصص الماستر: قانون اسرة الدفعة/ سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: نعم عاطل عن العمل:

في حالة موظف:

وظيف عمـــومي: نعم قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: التربية و التعليم اسم المؤسسة / الشركة: مدرسة فراحتية العياشي

الرتبة في العمل: استاذة

الصيغة:

موظف دائم: نعم موظف في إطار عقود: نوع العقد:

إمضاء الطالب(ة)

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) : **ويس مليكة**

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم : **طالبة**

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: **101726774**

الصادرة بتاريخ : **2016/11/05** عن دائرة/ بلدية : **أولاد سيدي ابراهيم**

المسجل(ة) بكلية : **الحقوق و العلوم السياسية** قسم : **الحقوق**

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

مذكرة ماستر بعنوان :

الشروط المقترنة بعقد الزواج

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

التاريخ **2016/06/14**

إمضاء المعني

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: مـــليكة اللقب: ويـــس

اسم الأب: عـــلـيـة اسم ولقب الأم: بن زروق فطيمة

تاريخ الازدياد: 1973/01/01 م مكان الازدياد: أولاد سيدي ابراهيم

رقم الهاتف: 06.68.90.50.22

البريد الالكتروني: malikaouls82@gmail.com

العنوان الشخصي:دائرة أولاد سيدي إبراهيم (الديس)- ولاية المسيلة

الباكالوريا:

المعدل: 10.72 الشعبة/التخصص: الآداب والعلوم الإنسانية سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: جوان 2004

الليسانس:

تخصص الليسانس: حقوق الدفعة/سنة التخرج: 2008

الماستر:

تخصص الماستر: قانون أسرة الدفعة/ سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام) .....

الوضعية المهنية:

✓ موظف: نعم عاطل عن العمل: ☒

في حالة موظف:

✓ وظيف عمـــومي: نعم قطاع خاص: ☒

المصلحة المستخدمة: مديرية التربية و التعليم اسم المؤسسة : مدرسة الشهيد بن زروق الزروق

الرتبة في العمل: أستاذ المدرسة الابتدائية

الصيغة: مرسمة

✓ موظف دائم: نعم موظف في إطار عقود: ☒ نوع العقد: ☒

إمضاء الطالب