

جامعة محمد بوضياف - المسيلة الرقم التسلسلي:

كلية الحقوق والعلوم السياسية رقم التسجيل: ط1: 161635086278

قسم الحقوق ط2: 161635095623

مذكرة لنيل شهادة الماستر بعنوان:

الشروط الجعلية ودورها في استمرارية عقد الزواج

تخصص: قانون أسرة

تحت إشراف الأستاذ :

بلموهوب محمد الطاهر

من إعداد الطالبتين:

• معروف أشواق

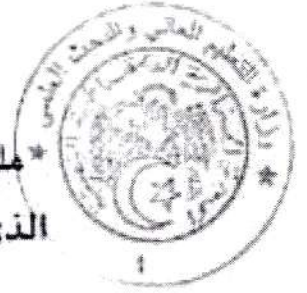
• طابي حنان

تاريخ المناقشة:

أمام لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة	الرتبة	الأستاذ
رئيسا	جامعة محمد بوضياف - المسيلة		
مشرفا ومقررا	جامعة محمد بوضياف - المسيلة		محمد الطاهر بلموهوب
مناقشا	جامعة محمد بوضياف - المسيلة		

السنة الجامعية: 2021/2020م



27 ص 2020

ملحق بالقرار رقم 10821... المؤرخ في
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرقي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أما المضي أسفله،

السيد(ة): صهروفا أسواق الصف: طالب. أسفاد. باحث طالبا
الجامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 1100579955035410005 والصادرة بتاريخ 2016104124
المسجل(ة) بـ الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق / معهد الحقوق والعلوم السياسية
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،
عنوانها: الشروط العملية ودورها في استمرارية عقد الزواج عند تركة ما ليس
أصح بغيري أي التزم بمراعاة المعايير العنسية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2021/06/10

توقيع المعني (ة)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: الحقوق.....

المرجع: القرار رقم: 1082 المؤرخ في 27 ديسمبر 2020 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

تصريح شرقي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه.

السيد(ة) حلمي حنان

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: حالية

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 800342906

والصادرة بتاريخ: 2016/04/25

عن دائرة حمام الضلعة

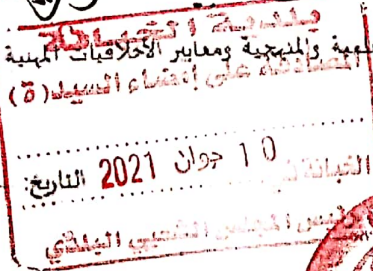
المسجل (ة) بكلية: الحقوق والعلوم السياسية قسم: الحقوق (ماستر-أسرة)

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (ملكرة التخرج، ملكرة ماستر، ملكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه). عنوانها:

مذكرة حاسية وعنوانها

الشروط الجالية ودورها في استمرارية عقد الزواج

أصرح بشرفي أنني ألتم بمراجعة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.



امضاء المعنى

[Signature]

رئيس مجلس الشورى البلدي
وأمين مكتبه
رئيس مكتب تنظيم والتمويل المنزلية
امضاء: بشير محمد



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

نشكر الله ونحمده ونستعينه الذي وفقنا في إنجاز هذا البحث المتواضع والذي كان رفيقنا الدائم في كل حرف كتبناه.

نتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذنا الفاضل **محمد الطاهر بلموهوب** على قبوله الإشراف علينا، وعلى كل ما قدمه لنا من توجيهات نيرة ونصائح قيمة، ولم يبخل علينا قط والذي ساهم بشكل كبير في إنجاز هذه المذكرة خطوة بخطوة وكل صغيرة وكبيرة فقد منحنا الكثير من وقته، وكان لرحابة صدره وسمو خلقه ورقى أسلوبه أثر في تمام هذا العمل العلمي، ونسأل الله أن يجازيه كل الخير في الدنيا والآخرة إن شاء الله، فله منا كل التقدير والامتنان.

كذلك نتقدم بالشكر للجنة المناقشة على رحابة صدرها وقبولها لمناقشة هذا البحث، كذلك نتقدم بكل الشكر والامتنان لأستاذنا القدير **العربي بختي** جزاه الله كل الخير وعلى كل شيء قدمه لنا طيلة مشوارنا الدراسي، كما نتوجه بالشكر للأستاذة الفاضلة **ليلى إبراهيم العدواني** على كل ما قدمته لنا في سبيل العلم، ولكل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية كل باسمه ومقامه، والشكر للصديقة والأخت **طيبي ليندة** التي كانت لي المرافق والسند في إنجاز هذا البحث، ولكل من ساهم في هذا العمل العلمي ولو بقليل، فلهم منا كل التقدير.

إهداء

أهدي ثمرة هذا البحث إلى مصدر إلهامي جدتي الغالية رحمها الله **بودراي خدومة** برا ووفاء والتي كانت ما ترافقني بدعائها، كما أهدي أيضا إلى أبي الغالي صاحب القلب الطيب الذي كان سندا دائما لي والذي كان موطن قوتي ، وإلى غاليتي أمي العزيزة صاحبة الكرم والحنان مصدر نجاحي وتفوقي، وإلى إخوتي الأعمام ولكل عائلتي الكريمة، وصديقتي وأختي **طيبي ليندة** حفظها الله لي.

كما أهدي هذا العمل إلى أستاذي المشرف **محمد الطاهر بلموهوب** الذي كان لي الأب الثاني والملمهم طيلة مشواري الدراسي جزاه الله كل الخير، وعلى صبره على تعليمي وتشجيعي، أرجو من الله ألا أخيب أمله فيّ.

وإلى كل زملائي خاصة زملائي في تخصص قانون الأعمال، وإلى من شاركني في هذا البحث زميلتي **طابي حنان**.

معروف أشواق

إهداء

إلى من كلفه الله بالهبة والوقار، إلى من علمني العطاء دون انتظار، إلى من أحمل لقبه بكل افتخار والدي العزيز.

إلى جنتي إلى معنى الحب والوفاء والدتي الحنونة، إلى جدي سندي في الحياة حفظه الله وأطال عمره، إلى جميع عائلتي وصديقات دربي وإلى أختي وصديقتي أسماء حويش التي رافقتني طيلة هذا الدرب، إلى من شاركت معي هذا العمل زميلتي معروف أشواق .

إلى أستاذي المشرف على هذه الرسالة محمد الطاهر بلموهوب حفظه الله وأطال في عمره.

طابي حنان

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا وحبيبنا محمد بن عبد الله الأمين.

قال تعالى في سورة الروم الآية 20: "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ" تعتبر الأسرة الدعامة الأساسية والقاعدة التي يبني عليها المجتمع، وعلى هذا اعتنت الشريعة الإسلامية بها، باعتبارها النموذج الأمثل للحماية، وذلك بضبط أحكامها وتنظيمها عن طريق الزواج الذي يعد الوسيلة الشرعية التي تؤدي إلى تكوينها، وبالتالي تكوين أسرة تقوم على التكافل والتفاهم والمودة والرحمة، وقد سمى الله الزواج بالميثاق الغليظ في قوله في سورة النساء الآية 21: "وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا" فالزواج من سنن الله تعالى وقد جعله الله تعالى من أوثق العقود وأقدسها وهو عماد الأسرة الثابتة، فيه تثبت كل الحقوق والواجبات لكل أطراف الأسرة، لذلك اهتم الشارع الحكيم بتنظيم هذا العقد لما له من آثار على الأسرة، وكل هذا لهدف واحد هو البحث عن صلاح الأسرة وبقائها، فكلما صلح حال الأسرة صلح حال المجتمع، فالواجب بناء أسرة على أسس سليمة وممتينة للوصول إلى الهدف المنشود، وباعتبار الشريعة حثت على الوفاء بالعهود والمواثيق قال تعالى في سورة الإسراء الآية 34: " وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا" خاصة الشروط التي يشترطها الزوجان في عقد الزواج لأن الهدف من هذه الشروط هو استمرار عقد الزواج، فموضوع الاشتراط في عقد الزواج من المسائل التي أصبحت تلقى اهتماما كبيرا، فكل من الزوجين يريد تحقيق منفعة من هذا الاشتراط وما يحقق له المصلحة، وهذا في المقابل يرجع بشكل إيجابي على العقد.

وقد اهتم كل من الشريعة وقانون الأسرة الجزائري _الذي يعد مصدره المادي هو الشريعة الإسلامية_ هذا الأمر مادام حق الاشرط قائم، وطالما هذه الشرط لا تتعارض مع كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وهذا نظرا لما يتمتع به عقد الزواج من أهمية وتقديس، ومنع المساس بأحكامه وآثاره، مما يشكل هذا المساس تهديد أمن واستقرار كل من الأسرة والمجتمع، فكل من الشارع الحكيم وقانون الأسرة الجزائري قاموا بضبط حرية الاشرط، ورتبوا عليها أحكاماً، وباعتبار موضوع الاشرط أساسه مبدأ سلطان الإرادة، أي حرية الزوجين في وضع هذه الشرط، بشرط ان لا تخل بالمقصود الأصلي للنكاح، فلزم احترامها والتقيد بها، كما أن لعقد الزواج آثار تترتب عليه شأنه شأن كل التصرفات، وهذا من تنظيم الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالتصرف المتمثل بالاشترط فهذه الآثار تختلف باختلاف كل شرط، وهذا ما سنتعرضه في دراستنا.

أهمية الموضوع:

يتمثل دور الفقه الإسلامي في تنظيم الاشرط ومدى شمولية الشريعة الإسلامية في جميع الجوانب، كذلك في توضيح الدور الفعلي للشرط الجعلية في عقد الزواج، الذي يقوم على أساس الرضا والتفاهم وهذا من شأنه أن يحافظ على عقد الزواج وتضمينه بشرط تبعا لحاجيات ومصلحة الزوجين، كما تعتبر أهمية الموضوع بارتباطه بالفقه والمواضيع الجديدة، فالواقع العملي أثبت توسعا كبيرا في هذا المجال، أيضا إبراز دور بيان دور الاجتهاد القضائي خاصة في المحافظة على عقد الزواج.

أسباب اختيار الموضوع:

أولا: أسباب ذاتية

من الأسباب الذاتية التي أدت بالبحث في هذا الموضوع هي الرغبة والميل بالبحث في موضوع الاشتراط خاصة من جانب فلسفة المشرع من حيث تقنينه، أيضا الاستعداد الكامل في البحث في موضوع الاشتراط الذي يعد من المواضيع المتطورة.

ثانيا: أسباب موضوعية

تعد القيمة العلمية لموضوع الاشتراط من الأسباب التي تدفع للبحث فيه خاصة في معالجة وحل بعض المشكلات وتطويع الزوجين بقيمة هذا التصرف المتمثل في الاشتراط، كذلك يتصف هذا الموضوع بالجدية مما يجعله قابلا للبحث.

أهداف موضوع البحث:

من أهداف الموضوع معرفة مدى إحاطة الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري بهذا الموضوع، أيضا فيما يخص مدى قوة الإرادة الحرة للتعاقد والاشتراط ومدى أهميتها في التزام الزوجين بشروط عقد الزواج، كذلك قدرة الاشتراط على تجنب عقد الزواج المشاكلي المستقبلية بما يكفل بقاءه واستمراره.

إشكالية موضوع البحث:

إذا كان الاشتراط في العقود المدنية كالإيجار والبيع مثلا يحقق استقرار العقود والمعاملات ويحمي حقوق المتعاقدين، فمن باب أولى فإن الاشتراط في عقد الزواج الذي يعد ميثاقا غليظا يعتبر أمر ضروري لعقد الزواج باعتباره رابطة مقدسة. واستنادا على هذا نطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى يساهم الاشتراط في استمرار عقد الزواج؟

الإشكاليات الفرعية:

- ما المقصود بالشروط الجعلية في عقد الزواج ؟
- ما مدى نجاعة الاشتراط في تحقيق الحماية لعقد الزواج ؟

المنهج المتبع:

اتبعنا في البحث على منهجين، منهج مقارن بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ومنهج تحليلي قائم على التفصيل في الدراسة والتعرف على طبيعة كل جزء في المذكرة.

الدراسات السابقة:

أغلب الدراسات السابقة التي تناولت موضوع الاشتراط كانت مقارنة بحثة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري منها:

1. الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، رسالة ماجستير، جامعة وهران، 2012/2011م.

فكانت إشكالية هذه الدراسة المتمثلة في " هل على القول بأن الأصل في الاشتراط الجواز يبيح الزوجين أن يشترطا في عقد الزواج ما بدا لهما أم لا بد هناك من ضوابط يجب أن يلتزم بها عند الاشتراط؟ وما أثر ذلك على عقد الزواج؟

وقد اتبعت هذه الدراسة المنهج الجدلي والاستقرائي والاستدلالي وتوصلت إلى النتائج المتمثلة في: اتفاق الاجتهادات الإسلامية أن الرضا أساس العقود، وهذا ما يسمى بمبدأ الرضائية في العقود.

2. الشروط المقترنة بعقد الزواج، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر.1، 2014/2013م.

وقد عالجت الإشكالية كالاتي: ما حكم الاشتراط في عقد الزواج فقهاً وقانوناً؟ وماهي مستجدات الأمر 05.02 المعدل لقانون الأسرة بخصوص الشروط المقترنة بعقد الزواج؟ وما مدى مواقفها الأحكام الشرعية الإسلامية وتوفيرها للحماية القانونية لعقد الزواج وحقوق الزوجين المالية وغير المالية؟

اتبعت هذه الدراسة المنهج التحليل والمنهج المقارن، وتوصلت إلى بعض النتائج منها:

تبني المشرع الجزائري رأي المذهب الحنبلي باعتباره المذهب الأرحب صدرًا بقبوله المشاركات في عقد الزواج ضمن قواعد تحقق المصلحة العامة مراعاة لما يقضي به التطور الزمني والاجتماعي.

وبالتالي من خلال اطلاعنا لهذه الدراسات، اعتمدنا على المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وكذلك إبراز دور مبدأ سلطان الإرادة في حماية عقد الزواج عن طريق الاشتراط وأيضا الجانب التطبيقي المتمثل في الاجتهادات القضائية وسلطة القاضي في التدخل لموازنة العقد وفي الأخير تناولنا الآثار المترتب عن هذه الشروط.

خطة البحث:

اعتمدنا في كتابتنا لهذه المذكرة خطة بحث مكونة من مقدمة وفصلين ولكل فصلين مبحثين، أما الفصل الأول تناولنا الأحكام الفقهية والقانونية لعقد الزواج قسمناه بدوره إلى مبحثين، تعرض المبحث الأول إلى الحكم الفقهي للاشتراط في عقد الزواج، والمبحث الثاني الحكم القانوني للاشتراط في عقد الزواج.

أما الفصل الثاني تناولنا دور الاشتراط في ديمومة عقد الزواج، بحيث قمنا بتقسيمه إلى مبحثين، في المبحث الأول قمنا بدراسة مبدأ سلطان الإرادة في الاشتراط في عقد الزواج ورقابة القاضي على الشروط، أما المبحث الثاني تناول دور الاشتراط في حماية عقد الزواج فقها وقانونا.

الفصل الأول

الأحكام الفقهية والقانونية

للشروط الجعلية في عقد

الزواج

إن التشريع الإسلامي متوافق دائماً مع حاجيات الفرد وضرورياته، وحفظ كل من حقوق الزوجين مع مراعاة مبدأ التساوي بين الطرفين في الحقوق والالتزامات دون تحيز لاسيما في عقد الزواج.

فكل زوجين يشترطاً شروطاً على الآخر يراها مناسبة وضرورة تخدم مصلحته، وذلك حماية لنفسه ولتحقيق منفعة ترجع على كل منهما وعلى عقد الزواج على حد سواء، إذ تعد هذه الشروط ضماناً لحقوق كل طرف، غير أن هذه الحرية في الاشتراط لا تعني حرية المتعاقدين في وضع أي شرط حتى وإن كان مخالف للحكم الإسلامي وللقانون فالفقه تناول الشروط التي تكون محلاً للاشتراط والتي لا تكون محلاً له، كذلك القانون الذي قام بوضع أحكام لضبط مسألة الاشتراط في عقد الزواج ، ويظهر هذا عند دراستنا لحكم الشروط الجعلية في الفقه الإسلامي في المبحث الأول والحكم القانوني لهذه الشروط في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الحكم الفقهي للاشتراط في عقد الزواج

كان للفقهاء الإسلامي دور في مسألة الاشتراط، إذ تناول كل الجوانب المتعلقة به، بحيث أحاط الشرع الإسلامي عقد الزواج بشروط لا يصح إلا بتوفرها، كما أقر بعض الشروط التي يحرص كل من الزوجين على اشتراطها باعتبارها تصح في مصلحة العقد، وقام بإلغاء الأخرى التي تعمل على إفراغ العقد من محتواه ومضمونه،¹ وللإجابة على التساؤل نتناول في المطلب الأول مفهوم الشرط، وحكم الشروط عند المالكية والحنفية، أما المطلب الثاني حكم الشروط عند الحنابلة والشافعية.

المطلب الأول: مفهوم الشرط

لمعرفة معنى الشرط نحتاج إلى تحديد معناه، وهذا بالتعريف اللغوي والاصطلاحي للشرط الذي سنتناوله في الفرع الأول، وتعرف الشروط الجعلية في عقد الزواج عند الفقهاء.

الفرع الأول: تعريف الشرط

أولاً: الشرط لغة:

في لسان العرب لابن منظور الشرط هو إلزام الشيء، والشرط بالتحريك العلامة، والجمع أشراط، والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم.²

وضع شرطاً في عقد البيع أو غيره، جعله له أو عليه شرطاً يلزم به، وهو إلزام الشيء وإلزامه في أمر من الأمور.³

والشرط تعليق شيء بشيء، بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني وقال الراغب: كل حكم متعلق

¹ عمر عوض الله عبد الله الوافي، "الشرط الجعلي وآثاره الفقهية في عقد النكاح" دراسة تحليلية، مجلة الثقافية الإسلامية والإنسانية، الجامعة التكنولوجية ماليزيا، العدد 14، ص314.

² ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج7، ص329.

³ أحمد رضا، معجم متن اللغة العربية، دار مكتبة الحياة، بيروت، ج3، 1959م، ص304.

بأمر يقع لوقوعه وذلك الأمر كالعلامة.¹

وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده، وقيل الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه.

والشرط عبارة عن العلامة ومن أشرط الساعة والشروط في الصلاة، وفي الشريعة عبارة عما يضاف الحكم إليه وجودا عند وجوده لا وجودا.²

وهو أيضا إلزام الشيء، كالشريط وفي الجمع: شروط وفي الشرط أملاك، عليك أم لك.³

عرفه القاموس المبين: هو ما هضم من تعليق الحكم على شيء بأداة شرط ك(إن) و(إذا)⁴ لقوله تعالى: "وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ"⁵

ثانيا: الشرط اصلاحا:

جاء في الموافقات للإمام الشاطبي: "وأما الشرط فمثل كون النكاح شرطا في وقوع الطهارة والإحصان شرطا في رجم الزاني، والطهارة والنية شرط في صحة الصلاة والنية شرط في صحة العبادات، فإن هذه الأمور وما أشبهها ليست بأسباب ولكنها شروط معتبرة في صحة تلك المقتضيات."⁶

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

¹ عبد الرؤوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعريف، تح: عبد الحميل صالح حمدان، ط1، 1990م، ص203.

² علي بن السيد الشريف الجرجاني، (ت: 1413)، معجم التعريفات، تح: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، ص108.

³ الفيروز آبادي، (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرفوسوي، مؤسسة الرسالة، ص673.

⁴ محمد حامد عثمان، القاموس المبين، في اصطلاحات الأصوليين، دار التراحم، ط1، 2002م، ص279.

⁵ سورة الطلاق، الآية 6.

⁶ أبي إسحاق بن موسى الشاطبي، (ت: 790هـ)، شرحه وأخرج حديثه، عبد الله دراز، ص136-137.

وجوده، والشرط عقلي وشرعي ولغوي، فالعقلي كالمحل للحياة إذ الحياة تنتفي بانتفاء المحل، والشرعي كالطهارة للصلاة، واللغوي كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق.¹

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 غير وجود الوضوء، ولا يصح النكاح من غير الشاهدين".²

والشرط هو الأحكام التي توجد بوجود الأسباب والشروط، وتتفى بوجود المانع وانتقاد الأسباب والشروط.³

الفرع الثاني: تعريف الشروط الجعلية في عقد الزواج عند الفقهاء:

أولاً: عند المالكية والحنفية:

1. عند المالكية:

وهو أن يتزوج الرجل المرأة على صفة كذا، أو على أن لها من مال كذا، أو أن لا يفعل كذا وكذا، أو أن يمنعها كذا.⁴

¹ أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفي، مصر، ط1، ج2، ص181.

² محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ص59.

³ محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي، (ت:972هـ)، شرح الكوكب المنير، تح:محمد الزحيلي وآخرون، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993م، ص435.

⁴ أبو الوليد بن رشد القرطبي، (ت:520هـ)، البيان والتحصيل، تح: محمد العرايش، دار العرب الإسلامي، لبنان، ط2، 1988م، ج5، ص103.

2. عند الحنفية:

بمعنى العلامة: سمي بذلك لأنه علامة على ترتيب الثانية على الأولى، وسمي الثاني جواباً لأنه لما لزم على القول الأول وصار كالكلام الآتي بعد كلام السائل وجزاء تجوزاً.¹

ثانياً: عند الحنابلة والشافعية

1. عند الحنابلة:

أي ما يشترطه أحد الزوجين على مما له فيه غرض.² وهي شروط وضعها العقد يتوقف عليها لزومه.³

2. عند الشافعية:

لم يعرف الشافعية الشروط، لكن تعرف على العموم أنه يراد بها الشروط المقترنة بالإيجاب والقبول، أي أن الإيجاب يحصل لكن يقابله شرط من الشروط.⁴

¹ ابن عابدين، رد المختار، تح: عادل أحمد عبد الموجود، دار عالم الكتب، الرياض، ج4، ص601.

² مصطفى السيوطي الرحبياني وآخرون، مطالب ألي النهي في شرح غاية المنتهي، ج5، ص119.

³ محمد صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، مج:12، ص47.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط2، ج7، ص53.

المطلب الثاني: حكم الشروط الجعلية عند المالكية والحنفية

في هذا المطلب دراستنا ستكون حول حكم الاشتراط في عقد الزواج عند المالكية، فهم يقسمون الشروط إلى صحيحة وأخرى فاسدة وهذا في الفرع الأول، أما الفرع الثاني نتناول حكم الاشتراط في عقد الزواج عند الحنفية، باعتبار الشروط عندهم أيضا شروط فاسدة وصحيحة.

الفرع الأول: حكم الإشتراط عند المالكية

أولا: الشروط الصحيحة:

وتكون على نوعان شروط غير مكروهة ومكروهة.

1. الشروط الغير مكروهة:

هي الشروط التي يقتضيها العقد ولا تؤثر فيه كالوطء والإنفاق¹ كما أن يشترط على الزوج السلامة من العيوب، مثل أن يشترط سلامة العينين، أي لا تكون عمياء أو عوراء أو بكرا، هذه الشروط وجب الوفاء بها.²

2. الشروط المكروهة:

هي التي لا تتعلق بالعقد ولا تنافيه، إنما فيها تضيق على الرجل، مثل اشتراطها عدم إخراجها من بلدها أو عدم السفر بها، أو شرط عدم التزوج عليها.³ وهذه الشروط لا تضر العقد، فيصح معها ولكن يكره اشتراطها ويلزم الوفاء بها.⁴

¹ محمد أحمد بن جزى، القوانين الفقهية، (ت: 741هـ)، تح وتبع: ماجد الحموي، دار ابن الحزم، ط1، 2013م، ص375.

² عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 2003م، ج4، ص83.

³ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، 55.

⁴ الجزيري، مرجع سابق، ص83.

ودليل ذلك في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: " أحق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج".¹

ثانيا: الشروط الفاسدة:

هي التي تنافي مقصود عقد الزواج مثل اشتراط ألا يقسم بينها وبين ضررتها في المبيت، ومثل اشتراط الزوجة على زوجها أن يكون أمرها بيدها أن تطلق متى شاءت،² ومثل اشتراط الخيار في الزواج.³

وكذلك أن تشترط الزوجة على زوجها أن يطلق إمرأته، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحفتها ولتنكح، فإن بها ما قدر لها"⁴

وجاء بلفظ آخر: " ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتستكفي إناءها".⁵

الفرع الثاني: حكم الاشتراط عند الحنفية

وهي عندهم على نوعان: شروط صحيحة وفاسدة

¹ أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم 2720، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط1، 2002م، ص666.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص56.

³ الخيار: هو أن يكون للزوجين أو أحدهما حق العدول عن الزواج بعد مدة معينة (انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص55).

⁴ أبي داود (ت: 275هـ)، وقال: هذا حديث صحيح، باب في المرأة تسأل زوجها طلاق امرأة له، رقم الحديث: 2176، سنن أبي داود، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار ارسالة العلمية، 2009م، ج3، ص275.

⁵ البخاري، كتاب الشروط، باب مالا يجوز الشروط في النكاح، رقم 2723، مرجع سابق، ص667.

أولاً: الشروط الصحيحة:

فهي الشروط التي يقتضيها العقد كأن يشترط خلوها من الموانع الشرعية، أو على أن لا خيار لك، فإنه صحيح نافذ بطبيعته.¹ أو كاشتراط المرأة أن يسكنها وحدها في منزل، لا مع أهله أو مع ضررتها، وجب الوفاء بها.² قال تعالى: "يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"³

وإذا تزوجها على ألف على أن يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها فإن وفى بالشرط فلها المسمى، وإن تزوج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها فهذه الشروط يلزم الوفاء بها.⁴

ثانياً: الشروط الفاسدة:

وهي الشروط التي لا يقتضيها العقد يلغي فيه ويصح النكاح، فهو كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ولا مؤكد لمقتضاه،⁵ مثل اشتراط الخيار لأحد الزوجين أو لكل منهما يعدل يعدل عن الزوج في مدة معينة.⁶ أو كأن يشترط الزوج على زوجته عدم الانفاق عليها، وأن يطلق زوجته. هذه الشروط فاسدة ولا يجوز الوفاء بها، واقترانها بالعقد لا تبطله.⁷ لقوله صلى الله عليه وسلم: " كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل وإن اشترط مائة شرط ".⁸

¹ الجزيري، مرجع سابق، ص80.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص54.

³ سورة المائدة، الآية 1.

⁴ أبو محمد محمود العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، لبنان، ط2، 1990م، ج4، ص690 - 691.

⁵ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، ص185.

⁶ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص54.

⁷ اسماعيل أبو بكر علي البامري، أحكام الأسرة - الزواج والطلاق بين الحنفي والشافعية -، ط1، 2004م، ص107.

⁸ أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، رقم2734، مرجع سابق، سابق، ص674.

المطلب الثالث: حكم الاشتراط عند الحنبلة والشافعية

دراستنا في هذا المطلب ستكون حول حكم الاشتراط عند الحنابلة الذين يقسمون الشروط إلى صحيحة وفاسدة في الفرع الأول وفي الفرع الثاني الشروط عند الشافعية صحيحة وفاسدة.

الفرع الأول: حكم الاشتراط عند الحنابلة

أولاً: الشروط الصحيحة:

كشروط الزيادة في الصداق فإن لم يف بذلك فلها الفسخ،¹ وهي الشروط التي لا تنافي العقد ولا مصلحته كأن يشترط الزوج على زوجته التمكين من الاستمتاع أو أن تشترط الزوجة على الزوج السكن أو النفقة.² هذه الشروط لها منفعة على العاقدين ولم يمنعها الشرع ما دامت لم تخل بمقود العقد ويلزم الوفاء بها.³

ودليل الوفاء بالشرط قوله تعالى: **"وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ"**⁴

ثانياً: الشروط الفاسدة:

عندهم على نوعان شروط فاسدة تفسد العقد وشروط فاسدة لا تفسد العقد.

¹ محمد عارف بن عبد القادر الحنبلي، المختصر في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تح: عبد السلام محمد الشويعر، مكتبة الرشد، ط1، ص141.

² عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستتقع، دار الكنوز، اشبيليا، ط1، ص 335-336.

³ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص57.

⁴ سورة النحل، الآية 91.

1 . الشروط الفاسدة التي تبطل العقد :

كنكاح الشغار والتحليل،¹ كأن يشترط بتزويج بنتهما لولد بهما، أو أن يشترط تحليلها لمطلقها.²

2. الشروط الفاسدة التي لا تبطل العقد :

كشروط أن لا صداق ولا نفقة، أو ان يقيم عندها أكثر من زوجاته، أو يقسم لها أقل فيصح النكاح دون شرط.³

الفرع الثاني: حكم الاشتراط عند الشافعية

يقسمون الشروط إلى صحيحة وفاسدة

أولاً: الشروط الصحيحة:

إذا تزوج امرأة بألف على أن يطأها ليلاً أو نهاراً أو على أن ينفق عليها ويكسوها ويسافر بها، أو أن لا تخرج من بيته إلا بإذنه صح ذلك لأنه من مقتضى العقد، وإن شرط على أن له أن يتزوج عليها، أو يسترى عليها صح ولم يؤثر لأنه لا ينافي من مقتضاه.⁴

ثانياً: الشروط الفاسدة:

ولو نكح بكراً أو ثيباً بأمرها على أن لها أن لها أنت تخرج متى شاءت، من منزله وعلى أن لا تخرج من بلدها وعلى أن لا ينكح عليها أو أي شرط ما اشترطت عليه مما كان له إذا انعقد النكاح أن يفعله وان يمنعها منه فالنكاح جائز والعقد باطل.¹

¹ محمد عارف الحنبلي، مرجع سابق، ص141.

² الجزيري، مرجع سابق، ص 82.

³ محمد عارف الحنبلي، مرجع سابق، ص142.

⁴ أبو الحسين العمراني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، (ت:557هـ)، تح: قاسم محمد النوري، دار المنهاج،

مج9، ص389.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط ".²

المبحث الثاني: الحكم القانوني لعقد الاشرط في عقد الزواج

ترك المشرع الحرية للزوجين في اشرط ما يريانه ضروريا ومناسبا وما يحقق المصلحة لهم ولعقد الزواج، وهذا لتفادي النزاعات التي قد تحصل مستقبلا، ويتضح ذلك من خلال استقراءنا للمادة "19ق.أ.ج" التي تنص على: " للزوجين أن يشترطوا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات عمل المرأة، ما لم تنافي هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".³

وبالتالي أطلق المشرع حرية سلطان الإرادة في الاشرط، غير أن هذه الحرية تم تقييدها بضوابط الاشرط التي ستكون محل دراستنا في المطلب الأول، وصور الإشرط في قانون الأسرة التي تناولها المشرع على سبيل المثال لا على سبيل الحصر في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ضوابط الاشرط في عقد الزواج

لقد نص المشرع على مبدأ حرية الاشرط، لكن هذا لا يعني الحرية المطلقة للزوجين في استعمال هذا الحق، لأن في حالة إطلاق العنان لهذا الحق قد يؤدي إلى اشرط ما يخالف أحكام الشريعة التي هي مصدر هذا القانون وكذلك قواعد النظام العام، ولهذا وضع

¹ محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، (ت:204هـ)، صححه محمد زهري النجار، مكتبة الكليات الأزهرية، ج5، ص73.

² البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في الولاية، رقم2729، مرجع سابق، ص669.

³ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05، الجريدة الرسمية، العدد: 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

المشرع قيود تضبط هذه الحرية مراعيًا أحكام قانون الأسرة في الفرع الأول والنظام العام والآداب العامة في الفرع الثاني.¹

الفرع الأول: مراعاة أحكام قانون الأسرة

الشروط التي يتضمنها عقد الزواج يجب أن تكون قانونية لا تخرج عن أحكام قانون الأسرة، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يخرجها من بلدها أو أن تشترط عليه إسكانها في سكن منفرد مستقل عن أهله وضررتها² أو اشتراط تمام دراستها هذه الشروط معتبرة قانونًا ولا تتعارض مع أي نص من نصوص قانون الأسرة الجزائي، ويلتزم الزوج بالوفاء بها،³ وقد ثبت القول في المسور قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم ذكر صهرا له فأثنى عليه في مصاهرته فأحسن فقال: "حدثني فصدقتي، ووعدني فوفى لي".⁴

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

وهذا يتضح جليا من خلال نص المادة "32 ق.أ.ج" التي تنص على بطلان عقد الزواج على شرط ينافي مقتضيات العقد⁵ ومنها:

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

¹ العربي باشا مصطفى، "مدى إلزامية الشروط في ترتيب أثرها على عقد النكاح"، مجلة الحضارة الإسلامية، وهران، مج19، عدد1، أبريل 2011م، ص268.

² كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة، أطروحة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق، 2015/2014م، ص40.

³ نورة دري، الشروط الجعلية في عقد الزواج، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 2009م، ص149.

⁴ أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم2720، صحيح البخاري، مرجع سابق، ص666.

⁵ فاطمة حداد - وياسين حجاب، "الإشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد7، ص253.

__ اشتراط الزوج على الزوجة منعها من زيارة الأبوين وهذا ما يخالف نص المادة " 7/37 ق.أ.ج.¹."

__ أن يشترط الزوج على زوجته القاصر إبرام عقد زواجها بغير وليها هذا الشرط يخالف أحكام المادة " 11 ق.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 " 40 ق.أ.ج."

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

__ اشتراط الزوجين عدم التوارث في حين يعد الميراث من أسبابه القرابة الزوجية وهذا ما جاء في نص المادة " 126 ق.أ.ج.²."

الفرع الثاني: مراعاة النظام العام والآداب العامة

يعد النظام العام والآداب العامة التي تضبط حرية الاشتراط في عقد الزواج، ذلك أن روابط الأحوال الشخصية تحقق مصلحة عامة وتعتبر من النظام العام فلا يجوز الإتفاق بين الزوجين على تعديل ما يملك الزوج من حقوق على زوجته كالطاعة مثلا، أو تعديل ما تملكه الزوجة من حقها على زوجها كالنفقة فلا يجوز لهم الاتفاق على مخالفة النظام العام والآداب العامة حتى وإن كانت هذه الشروط تحقق لهم مصالح شخصية، فبالرجوع إلى المادة " 19 ق.أ.ج" نجدها تبطل أي شرط يتعارض مع أحكام القانون وهذا باعتباره متعلق بالنظام العام.³

¹ إيمان لعربي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير، قانون خاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2013/2014م، ص44.

² إيمان العربي، المرجع نفسه، ص44.

³ بو علام سي ناصر، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، شريعة وقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2011/2012م، ص100.

فعلى سبيل المثال اشتراط الزوجة على زوجها العمل في الملاهي الليلية، هذا شرط مخالف مع الآداب العامة.

فالنظام العام عبارة عن مجموعة قوانين يقصد بها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع وهو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية، أما المقصود بمراعاة الآداب العامة احترام الأساسية للأخلاق في مجتمع معين وعصر معين.¹

فمثلا اشتراط كفيل بالصداق عند إبرام عقد الزواج، أو اشتراط الزوجة مسكنا لها هذا لا يعد مخالفا للنظام العام والآداب العامة.²

وبالرجوع إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فكل من الزوجين ملزم بتنفيذ ما جاء في العقد، إذا نشأ صحيحا فإنه يكون ملزما إلا في الدائرة التي أجازها القانون، مع مراعاة أن لا يصطدم مع النظام العام والآداب العامة، وبالتالي تقيد حرية الزوجين في اشتراط أي شرط يناقض أو يمس النظام العام، ومن أمثلة الشروط التي تناقض النظام العام:

_ اشتراط الزوج على الزوجة أو الزوجة على زوجها أن يكون الزواج محدد بمدة معينة.³

_ اشتراط الزوجة أن لا يتزوج عليها أو لا يطلقها أبدا، أو اشتراطها أن يكون الطلاق بيدها تستعمله متى شاءت.

هذه الشروط كلها منافية للنظام العام والآداب العامة.⁴

¹ فاطمة حداد - وياسين حجاب، مرجع سابق، ص 251-252.

² الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2015م، ج1، ص46.

³ أنظر: إيمان العربي، مرجع سابق، ص45-46.

⁴ نواره دري، مرجع سابق، ص149.

جاء في قرار للمحكمة العليا: " حين أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط أن لا تناقض روح العقد".¹

وأیضا: " من المقرر قانونا وشرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية.

ولما كان الثابت في القضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهد بالبقاء بزوجه بالعاصمة، بقضاتهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيادا هو مخير فيه".²

حيث يقول أبو زهرة: " إن الشريعة لا تعطي حمايتها لكل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم بل تعطي تلك الحماية لما لا يلائمها من الشروط، وتمنعها مما يخالفها، ومثلها في ذلك القوانين الحديثة في معاملتها للشروط المخالفة للنظام العام. فهي لا تمنحها الحماية، ولا تجيز للمحاكم رعايتها، بل تعتبرها جريمة في كثير من الأحوال".³

¹ العربي بلحاج، قانون الأسرة (معلق عليه بمبادئ المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2007م، ص94.

² العربي بلحاج، مرجع سابق، ص135-136.

³ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996م، ص235.

المطلب الثاني: صور الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري

أشارت المادة 19 السابقة الذكر إلى نوعين من الاشتراط وهما شرط عدم التعدد الزوجات وشرط عمل المرأة، وقد ذكر المشرع هذه الشروط على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، بحيث يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج شروطا أخرى يريانها تخدم مصلحتها ومصلحة عقد الزواج، فمحور دراستنا شرط عدم تعدد الزوجات في الفرع الأول وشرط عمل المرأة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شرط عدم تعدد الزوجات

تعدد الزوجات هو كالتلج على قلوب الرجال وكالنار على قلوب النساء، وبما أنه كالنار على قلوب النساء، منح لها الحق في اشتراط عدم تعدد في عقد الزواج.

أولا: الموقف الفقهي

1. المالكية: من اشترطت على زوجها أن لا يتزوج عليها فإن شرطها فاسد لا يعمل به، قلت: أرأيت أن تزوج امرأة على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرر أيفسخ هذا النكاح وفيه هذا الشرط إن أدرك قبل النساء في مالك؟ قال مالك: "النكاح جائز والشرط باطل" إذا فإنه متى اشترطت أن لا يتزوج عليها فإن شرطها فاسد والعقد صحيح.¹

2. الحنفية: اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها هو شرط فاسد لا يجب الوفاء به وإن كان فيه مصلحة لأحد العاقدين، ولا أثر له في العقد بل يبقى العقد معه صحيحا، لأن القاعدة المقررة عندهم أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة.²

¹ مالك بن أنس الأصبحي، (ت: 179هـ) المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1994م، ج2، ص131.

² محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط1، 1983م، ص174.

3. الشافعية: اعتبر الشافعية اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها، مما يخالف مقتضى عقد النكاح، لكن لا يؤثر على العقد فيبقى العقد صحيحا، ويفسد الشرط وهذا لأن هذا الشرط لم يخل بالمقصود الأصلي لعقد النكاح وهو الوطاء والاستمتاع.¹

4. الحنابلة: يرى الحنابلة أن اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها، أنه شرط صحيح وللمرأة منفعة من وراء هذا الشرط، كما يلزم الوفاء به، واعتبروه شرطا لازما للعقد، كشرط الرهن في البيع.²

ثانيا: موقف القانون

يعتبر هذا الشرط من الشروط المعتبرة من الناحية القانونية، وعليه متى اشترطت الزوجة هذا الشرط فيتعين على الزوج الالتزام به، والمشرع بهذا الاعتبار القانوني لهذا الشرط قد سائر مذهب الحنابلة.³

وبالرجوع للمادة "19 ق.أ.ج" نراها تجيز اشتراط المرأة على الرجل عند إبرام عقد الزواج أن لا يتزوج عليها امرأة أخرى، فإن اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها فقبل هذا الشرط فيجب الوفاء به، وإذا أراد أن يتخلص من هذا الشرط لسبب أو لآخر عليه سوى إقناعها بالتنازل عن الشرط،⁴ وإدراج الزوجة لهذا الشرط يعتبر حماية لها من أي تعسف يمكن أن يقوم به الزوج، وهذا ما جعل المشرع محل انتقاد كبير كونه أجاز شرطا

¹ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، (ت: 676هـ)، روضة الطالبين، تح: عادل أحمد، على محمد عوض، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 2003م، ج5، ص589.

² ابن قدامة المقدسي، الكافي، تح: محمد فارس، سعد عبد الحميد السعدني، دار الكتب العلمية، لبنان، ج3، ص39-40.

³ كريمة محروق، مرجع سابق، ص33.

⁴ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008م، ص127.

منافيا للعقد ومكروها والذي خالف أحكام المادة "8 ق.أ.ج" التي تسمح بالزواج من أكثر من واحدة وهذا في حدود ما قررته الشريعة الإسلامية.¹

وبالتالي يجوز للزوجة سواء ضمن عقد الزواج أو عقد لاحق أو منفصل عن عقد الزواج أن تشتترط على الزوج ألا يتزوج عليها إلا برضاها.²

الفرع الثاني: شرط عمل المرأة

الأصل في الشريعة هو قرار الزوجة في بيت الزوجية وقيامها بشؤون زوجها وبيتها، قال تعالى: " وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَىٰ " ³ وقد أجاز الله تعالى عمل المرأة إذا دعت الضرورة ذلك لقله: "مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ" ⁴

أولاً: موقف الفقهاء:

1. المالكية: يعتبر إشتراط الزوجة على زوجها عدم منعها من العمل خارج البيت عند العقد من الشروط التي ليست من مقتضى العقد ولا منافية له، إذ جاء في المعيار للونشريسي: "من تزوج ماشطة وشرطت عليه عند عقد النكاح أن لا يمنعها من صنعتها وقبل ذلك منها، ثم أراد منعها من ذلك، لا يلزمه الوفاء بالشرط، قيل إن كانت صنعتها لا تجوز فواضح، وإن كانت جائزة فتجري على مسألة إذ اشتترطت أن لا يخرجها من بلدها".⁵

¹ العربي باشا مصطفى ، مرجع سابق، ص276.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، ص75.

³ سورة الأحزاب، الآية 33.

⁴ سورة النحل، الآية 97.

⁵ أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب، دار الغرب الإسلامي، ج3، ص278-279.

2. الحنفية: يرى الحنفية أن هذا العقد فاسد وملغى ويبقى العقد صحيحا، ويحق للزوج أن يمنع زوجته من العمل، فإذا استمرت فيه رغم منعه لها تعد ناشزا.¹

3. الشافعية: يرى الشافعية أن هذا الشرط لا قيمة له، لأن النفقة حسبهم تجب بالتمكين التام لا بالعقد، فيؤدي هذا العمل إلى خروجها من البيت بغير إذن زوجها، ولهذا تعد ناشزا.²

4. الحنابلة: يرى الحنابلة أن هذا الشرط ملزم للزوج يجب عليه الوفاء به، فلا يحق منع زوجته من العمل، فإذا منعها ولم تتوقف عن العمل لا تعتبر ناشزا، لأن ذلك لا يعد إخلالا بالطاعة الواجبة عليها.³

ثانيا: موقف القانون

تطرق قانون الأسرة الجزائري إلى هذا الشرط بنص المادة 19، والمقصود بعمل المرأة في هذا المقام هو أنه يجوز للمرأة أثناء عقد زواجها أن تشتترط على زوجها ألا يمنعها من العمل متى أرادت البحث عن وظيفة، وكذلك أن تشتترط بأن لا يوقفها عن العمل إذا كانت تعمل أصلا قبل زواجها.⁴

ولتأكيد هذا الشرط اعتبرت المادة "2/27 ق.أ.ج" أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة.

¹ على محمد قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2004م، ص74.

² علي محمد قاسم، المرجع السابق، ص74.

³ علي محمد قاسم، المرجع نفسه، ص74.

⁴ أنظر: الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص128.

وكذلك سلك الدستور الجزائري مسلك الشريعة الإسلامية في تأكيد حق المرأة في العمل فقد نصت المادة 69 من دستور 2016 : "لكل المواطنين الحق في العمل".¹

وقد اعتبر المشرع الجزائري أن اشتراط الزوجة على زوجها أن تستمر بممارسة عملها أو تتابع دراستها من أهم الشروط الشرعية والقانونية والتي لا تخل بأحكام قانون الأسرة ولا النظام العام والآداب العامة إذ أنها لا تحل حراما ولا تحرم حلالا ولا تمس بحقوق الغير ولا تضر أحدا.²

وغالبا يوافق الأزواج على هذا الشرط للاعتبارات التالية:

__ قدرة المرأة على تحمل المسؤولية ومواجهة الصعاب.

__ مساعدة المرأة العاملة لزوجها في الإنفاق على الأسرة.

__ عمل المرأة يساعد في رفع مستوى معيشة الأسرة.

__ العمل حق لكل مواطن بما في ذلك المرأة.

__ تعمل المرأة لتشغل وقت فراغها.³

زيادة عن هذين الشرطين السالفين الذكر الذي تم ذكرهما على سبيل المثال لا على سبيل الحصر يجوز للزوجة أن تشتت على زوجها ألا يسافر بها إلى بلد أجنبي بعيدا عن أهلها، كما لها أن تشتت في عقد الزواج أن يسكنها بعيدا عن ضرتها في حالة التعدد أو بعيدا عن أهله لأسباب مشروعة،⁴ وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها

¹ القانون رقم: 16- 01 المؤرخ في 6 مارس 2016،/ الجريدة الرسمية رقم 14 ،المؤرخة في 7 مارس 2016م المتضمن التعديل الدستوري.

² أنظر: عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص75.

³ أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2014م، ج1، ص35.

⁴ محمد الطاهر بلموهوب، مطبوعة الدعم البيداغوجي في مقياس الحماية القانونية للأسرة، ألفت على طلبه سنة أولى ماستر قانون أسرة، 2018/2019م، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص40.

الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية وقد جعلت أحد مبادئها: "اشتراط الزوجة الأولى توفير سكن منفرد لها للرجوع لا يشكل نشوزاً".¹

وجاء أيضاً في إحدى قراراتها: "حين أن للطاعة الحق في اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية، عند وأثناء وبعد إبرام عقد الزواج بينهما وتقييم البيئة على ذلك".²

ومن الشروط التي يجوز للزوج أن يشترط على زوجته أن تتنازل عن حقها في الإنفاق مادامت عاملة، وأن تتنازل له عن حقها في التصرف في مرتبها وتحرر له وكالة للتصرف في أموالها الخاصة.³

كما للزوج أن يشترط البكارة وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث لا يتبين من وقائع الدعوى ولا من أوراق الملف ما يفيد اشتراط البكارة في عقد الزواج طبقاً لما توجبه المادة 19 من قانون الأسرة..."، حيث اعتبر قضاة المحكمة العليا في هذا القرار تدوين شرط البكارة في عقد الزواج إذا تم اشتراطها، وأن عدم اشتراطها لا يوقع المسؤولية على عاتق الزوجة.⁴

كما للزوج أن يشترط تعدد الزوجات لما قد تطرأ على المجتمع ضرورات تلجأ إلى التعدد كالكوارث الطبيعية والأمراض والعقم، باعتبار أن الشارع الحكيم شرع التعدد وخاطب الرجل⁵

¹ قرار رقم: 364855، المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ 2006/07/12م، مجلة المحكمة العليا، العدد2، ص469.

² قرار رقم 358665، المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ 2006/04/12م، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2006م، ص494.

³ محمد الطاهر بلموهوب، مرجع سابق، ص40.

⁴ قرار رقم: 480264، المحكمة العليا، بتاريخ 2009/02/11م، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2009م، ص285.

⁵ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012م، ص51.
52.

لقله تعالى: " وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتِيمِ فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنِي وَثُلَّةً وَرُبُعًا ¹ ".

إضافة للشروط السالفة الذكر يمكن للزوجين أن يتفقا حول الأموال المشتركة بينهما وهذا ما جاء في نص المادة 37 في فقرتها الثانية: " غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

فالأصل هو استقلال الذمة المالية للزوجين ساير تقنين الأسرة أحكام الشرع الإسلامي، ففي الفقرة الثانية من المادة السابقة الذكر أتاح المشرع للزوجين الاتفاق على طبيعة الذمة المالية التي تحكم نظام زواجهما بين الاستقلالية والاشتراط،² لكن في المقابل لم يفسح لهما المجال فيما يخص الاشتراط إتحاد الذمة وتم تقييدها بشروط وهي:

1. أن يكون اشتراط الذمة المشتركة باتفاق الزوجين.
2. أن يتم توثيق اشتراط إتحاد الذمة في عقد رسمي أو عقد لاحق.
3. ألا يتعدى الاتفاق حدود الأموال المكتسبة أثناء الزواج.
4. تحديد النسبة التي ترجع لكل منها.³

¹ سورة النساء، الآية 03.

² دليلة فركوس، محاضرات في قانون الأسرة - انعقاد الزوج -، دار الخلدونية، الجزائر، 2016م، ص192.

³ دليلة فركوس، المرجع نفسه، ص194.

الفصل الثاني

دور الاشتراط في ديمومة

عقد الزواج

إن الهدف من الاشتراط هو حماية عقد الزواج، فتتمثل هذه الحماية عند عقد الزواج وحال الحياة الزوجية، فتعتبر هذه الشروط المقترنة بعقد الزواج جزء لا يتجزأ منه، وبالتالي يصبح لعقد الزواج قوته التي تلزم به أطراف العقد ووقاية له من الانحلال.

وبالتالي حرية الزوجين في إدراج هذه الشروط تحول دون عرقلة استمرار العقد، ولكن ليست كل الشروط التي يضعها الزوجين بإرادتهما تكون محلا للاشتراط فمنها ما هو صحيح وهذا مسلم به ومنه ما هو باطل مخالف لمقتضى العقد، وهنا تظهر سلطة القاضي لتعديل الشروط التي تهدد عقد الزواج من الانهيار.

وباختلاف هذه الشروط التي قد تكون صحيحة وقد تكون فاسدة، هنا يختلف أثرها بالنسبة لفقهاء الفقه الإسلامي وبالنسبة للقانون ونفس الشيء الذي ينطبق في حالة عدم الوفاء بالشروط فالفقه الإسلامي والقانون اعتبروا له آثار تماشيا مع طبيعة كل تصرف.

وعلى هذا الأساس سيكون محور دراستنا فيما يخص المبحث الأول الذي نتناول فيه مبدأ سلطان الإرادة في الاشتراط في عقد الزواج ورقابة القاضي على هذه الشروط والمبحث الثاني الذي يتناول أثر الاشتراط بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة في الاشتراط في عقد الزواج ورقابة القاضي

على هذه الشروط

يعرف مبدأ سلطان الإرادة بأنه قدرة الإرادة على انشاء ما تريد من العقود والتصرفات مادامت تراعي النظام العام والآداب العامة، وأنها كذلك جزء في رسم نطاق العقد،¹ وبالتالي فالإرادة الحرة للزوجين هي القادرة على التي تعود عليهما بمنفعة مادامت لا تخرج عن اطار الشريعة الإسلامية وكما للإرادة في وضع الشروط لها أيضا القدرة على تعديلها وهذا من أجل استمرار عقد الزواج والخوف من انحلاله، كذلك يتجلى دور القاضي للتدخل لتعديل بعض الشروط الموضوعة في عقد الزواج للمحافظة على بقاء العقد قائما. ففي هذا المبحث ستكون دراستنا حول سلطان الإرادة في الشروط المقترنة بعقد الزواج في المطلب الأول، ورقابة القاضي على هذه الشروط في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة في الشروط المقترنة بعقد الزواج

الإنسان له الحرية في انشاء العلاقات وإبرام العقود التي يخضع لها، وتعتبر الإرادة هي مصدر الحقوق الشخصية وبالتالي يقيد العقد الاطراف بما ارتضوه بحرية.² فالزوجين عند اشتراطهم في عقد الزواج يكون ذلك بإرادتهم الحرة ورضاهم التام، حتى يتم تكريس الحماية لعقد الزواج في وضع هذه الشروط التي تخدم استمراره. فالدراسة في هذا المطلب ستكون على قسمين الفرع الأول حرية الزوجين في وضع الشروط في عقد الزواج، والفرع الثاني حرية الزوجين في تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج.

¹ أنظر: عبد الرؤوف دبابش - حملاوي دغيش، "مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون"، مجلة العلوم الإنسانية، بسكرة، العدد 44، 2016م، ص258.

² عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، 2007/2008م، ص21.

الفرع الأول: حرية الزوجين في وضع الشروط في عقد الزواج

سمحت الشريعة الإسلامية بمبدأ حرية التعاقد ورضائيته وعلى القوة الإلزامية للعقد المشروع، فالفقه الحنبلي مثلا أرحب صدرا بمبدأ سلطان الإرادة فعندهم حرية العقود أنواعا وشروطا، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه الزوجين ويشترطانه مالم يكن في نصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها ما يمنع ذلك، ويقول ابن تيمية في تعليه ذلك: "والأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هو ما أوحياه على أنفسهما بالتعاقد".¹

فحرية التعاقد هو إطلاق حرية الزوجين في أن يعقدوا من العقود وبالشروط التي يشترطون غير مقيدين إلا بضابط عدم اشتغال عقودهم على شروط نهى عنها الشارع وأن لا تتعارض مع القانون والنظام العام.²

وانطلاقا من هذا فالزوجين أحرار في تضمين عقود الزواج ما أرادا من الشروط التي تحقق مصلحتهما، باعتبار كل طرف يسعى لتحقيق منفعة هو أعلم بها، فسعي كل طرف لتحقيق مصلحته هو ما يحقق العدالة والتوازن بين طرفي العقد وهذا تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة،³ باعتبارهم أحرار في اشتراط ما يرونه مناسبا وضروريا لعقد الزواج وهذا ما جاء في نص المادة "19 ق.أ.ج" السابقة الذكر، وأيضا ما أقرته المادة "106 ق.م.ج" التي تنص: "العقد شريعة المتعاقدين"،⁴ فالواجب على الزوجين انطلاقا من هذه القاعدة تنفيذ ما اشتمل

¹ أنظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 2004م، ج1، ص547-553.

² أنظر: محمود عبد المجيد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة الحديثة، 1988م، ص29.

³ أنظر: محمد بو كماش، "أثر الجعلية في تقييد مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة خنشلة، الجزائر، العدد 13، 2012م، ص138.

⁴ الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بعدة قوانين، آخرها القانون رقم 05-10، الجريدة الرسمية، العدد78، المؤرخ في 20 يونيو 2005م.

عليه عقد الزواج من شروط، مادام العقد نشأ صحيحا ملزما وهو لا يكون صحيحا ملزما إلا في الدائرة التي يجيزها القانون.¹

فدور حرية التعاقد هو حماية عقد الزواج فالزوجين عند اشتراطهم هم أعلم بما يخدم مصلحتهم نتيجة اشتراطهم، فالإرادة الحرة هي التي تكسب العقد قوته الإلزامية فطالما التزم المتعاقدان بمحض إرادتهما وجب عليهما تنفيذ ما التزما به.² فالتزام الزوجين بالشروط التي وضعوها في العقد يحقق الأمن والاستقرار لعقد الزواج.

فالشروط الناشئة عن إرادة الزوجين تعد كالقانون بالنسبة لهما كما لو كان نصا تشريعيًا، وبالتالي ارتباطهما بالاتفاق حول ما تم اشتراطه في العقد وهذا نتيجة قداسة عقد الزواج وحرمة التعرض له والتعدي عليه.³

الفرع الثاني: حرية الزوجين في تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج

باعتبار العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز تعديله إلا بإرادة الطرفين وهذا ما جاء في الشق الثاني من نص المادة "106 ق.م.ج.:... لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين..." فالزوجين في هذه الحالة يتفقان على التعديل أو اتفاقهما عند التعاقد على اعطاء هذا الحق لأحدهما،⁴ فكل شرط انشأه التراضي لا يمكن تعديله إلا بالتراضي،⁵ والهدف من هذا هو استمرار عقد الزواج وبقائه أفضل من انحلاله وانتهائه بسبب بعض الشروط المرهقة والتعسفية في حق أحد الزوجين وهذا ما يؤدي الى العجز عن الوفاء بهذه الشروط، فعلى سبيل المثال اذا اشترطت الزوجة عدم الخروج بها خارج بلدها، في حين الجهة التي يعمل

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام -، ج1، ص509.

² أنظر : منال بوروح، النظام العام والعقد، أطروحة دكتوراه، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، ص37.

³ أنظر : عبد القادر علاق، مرجع سابق، ص13.

⁴ أنظر : السنهوري، مرجع سابق، ص511.

⁵ أنظر : عبد القادر علاق، مرجع سابق، ص55.

لصالحها الزوج قامت بتحويله الى بلد آخر هنا الزوج يكون أمام خيارين إما المحافظة على أسرته وأولاده بإحراز الشرط، وهذا يجعله يخسر وظيفته وإما أن يحافظ على وظيفته ويخسر بذلك أسرته لمخالفة الشرط،¹ فهنا يجوز للزوجة التنازل عن هذا الشرط من أجل المحافظة على عقد الزواج.

لذلك يجب ألا يؤثر الوفاء بالشرط على التضامن الزوجي عند انتهاء المصلحة المرجوة من جانب الزوجة وتعذر الوفاء بالشرط من جانب الزوج لظهور مصلحة جديدة يتعين على الزوجين السعي نحو تحقيقها وهو المحافظة على عقد الزواج.²

فحرية الزوجين في تعديل الشروط أثره تنفيذ العقد بسهولة ودون الاصطدام بعراقيل تهدد كيانه. فمادام حق الزوجين قائماً في انشاء الشروط يمكنهما اعمال حقهما في تعديل هذه الشروط، فمن يملك الانشاء يملك التعديل.

فالمقصود بهذا النوع من الحرية هو حرية الاشرط أو مدى سلطان الإرادة على تعديل أحكام العقد الأصلية في حقوق الزوجين الخاصة بينهما ويكون هذا باشرط شروط يتفقان عليها أثناء العقد بإنشاء قيود والتزامات وقيود لعقد الزواج.³

المطلب الثاني: رقابة القاضي على الشروط المقترنة بعقد الزواج

إن الأصل هو تعديل العقد من طرف المتعاقدين أي الزوجين، ومن ثم استقلال القاضي بتعديل العقد ورقابته على الشروط المقترنة به فتدخل القاضي جاء كاستثناء يرد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لأن القانون لا يسمح للقاضي في تعديل العقد إلا في حالات معينة،

¹ كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة، مرجع سابق، ص42.

² أنظر : كريمة محروق، مرجع نفسه، ص42.

³ بوعلام سي ناصر، الإشرط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص53.

وسنعالج في الفروع الآتية سلطة القاضي في تعديل الشرط وهذا في الفرع الأول وفي الفرع الثاني حدود دور القاضي في تعديل الشرط.

الفرع الأول: دور القاضي في تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج

لا يجوز للقاضي تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين¹ غير أن هذا المبدأ يرد عليه استثناء وهو حالات تدخل القاضي في تعديل الشرط، فمتى أصبح الشرط المقترن بعقد الزواج مرهقا ويتعذر تنفيذه من طرف أحد الزوجين، فإنه يمكن له اللجوء الى القضاء ليطلب اعفاه من تنفيذه أو تعديله،² فقانون الأسرة الجزائري لم يورد نص خاص يمنح للزوجين حق اللجوء للقضاء من أجل تعديل أو ابطال الشرط في حالة عدم القدرة على تنفيذه، ويبقى ذلك خاضعا للقواعد العامة في القانون المدني.³

فالرجوع الى نص المادة "35 ق.أ.ج" نجدتها تنص: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"، ونص المادة 104 ق.م.ج: "إذا كان في العقد شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل"، مثلا كأن يشترط الزوج على زوجته ألا ينفق عليها أو كما ذكرنا سابقا شرط الزوجة على زوجها ألا يسافر بها وتعذر عليه الوفاء بهذا الشرط، هنا القاضي يقوم بإلغاء الشرط وإبقاء العقد صحيح دون اللجوء فقط الى انحلاله وهذا حفاظا على الزواج قائما، فيتم هنا الانتقال من العقد بإزالة الشرط الباطل وبقاء العقد مستمر⁴ فإذا كان الشرط باطلا فيصيب البطلان عليه وحده دون

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، 2007م، ص301.

² يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، قانون أسرة، المركز الجامعي، كلية الحقوق، 2006/2007م، ص94.

³ يوسف مسعودي، المرجع نفسه، ص94.

⁴ أنظر: عبد الحفيظ بقة، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزام -، أقيمت على طلبه سنة ثانية ليسونس، 2014/2015م، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص35.

عقد الزواج، متى تبين للقاضي أن هذا الشرط ليس هو الباعث الى عقد الزواج، وإلا كان عقد الزواج كله باطلا.¹

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

أولاً: أن يكون البطلان جزئياً غير كلي

لا يعمل بالإنقاص إلا اذا كان عقد الزواج باطلا في شرط من شروطه، ويحصل ذلك اذا تضمن عقد الزواج على شرط أو بعض الشروط الفاسدة التي تخالف مقتضى العقد² أو تتناقض مع أحكام قانون الأسرة كاشتراط الزوج ألا ترثه زوجته أو اشتراط الزوجة عدم الإنجاب أو اشتراطها أم تطلق ضررتها.³

ثانياً: أن يكون العقد بطبيعته قابلاً للانقسام

وهنا اذا تم تعديل العقد بنقض الشرط الباطل فبطبيعة العقد لا تتغير ولا الهدف الذي انشئ من أجله.⁴

ثالثاً: أن لا يكون الشرط الباطل هو الدافع للتعاقد

فإذا كان الشرط الباطل هو الذي حمل الزوجين إلى إبرام عقد الزواج فلا يجوز انتقاصه لأن السبب الذي أدى الى إبرام عقد الزواج باطل، وبالتالي أصبح الالتزام بدون سبب⁵ وعلى هذا الأساس فإذا توفرت هذه الشروط يجب على القاضي أن يقوم بتجزئة عقد الزواج، فيكون

¹ أنظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2003م، ص79.

² أنظر: علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط3، 2013م، ص367.

³ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص76.

⁴ أنظر: عبد الحفيظ بقة، مرجع سابق، ص35.

⁵ أنظر: عبد الحفيظ بقة، المرجع نفسه، ص35.

الشرط الباطل منعداً كأن لم يكن ولا يترتب أي أثر أما بالنسبة للشق الصحيح فإنه يترتب كل آثاره القانونية الأصلية.¹

فالأمر ليس مجرد رخصة للقاضي وإنما واجب عليه في نطاق سلطته في تعديل العقود.²

الفرع الثاني: حدود سلطة القاضي في تعديل الشرط

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.³

فالوسائل المتاحة للقاضي للتدخل في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ليست محددة على سبيل الحصر،⁴ قال تعالى: "لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا"⁵. فالقاضي هنا يتدخل في حدود الظروف الطارئة لرد التوازن لعقد الزواج، فعقد الزواج سماه الله بالميثاق الغليظ فلا يجب أن يتعسف أحد الزوجين في المطالبة بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج،⁶ فإذا طرأ طراً على عقد الزواج ظروف طارئة حالت دون تحقق الوفاء بالشرط المتفق عليه ولم يكن في وسع الزوجين توقعها هنا يتم الرجوع الى نص المادة 107 في فقرتها الثالثة من القانون المدني التي تنص على: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن توقعها وترتب

¹ أنظر : علي فيلالي، مرجع سابق، ص369.

² فؤاد محمد معوضي، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، 2007م، ص441.

³ بوعلام سي ناصر، مرجع سابق، ص150.

⁴ نجاة عبيد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة ماجستير، قانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بكر بالقائد، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2016م، ص108.

⁵ سورة البقرة، الآية 286.

⁶ بوعلام سي ناصر، مرجع سابق، ص151.

على الالتزام التعاقدى، وان لم يكن مستحيلا...جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول...".¹

ومن شروط تطبيق الظروف الطارئة:

أولاً: أن يكون تنفذ الالتزامات المترتبة على العقد تستلزم فترة من الزمن أي أن يكون من العقود المستمرة كقعد الزواج، بحيث تحصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي غير متوقع.²

ثانياً: أن تكون بعد انعقاد عقد الزواج ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند ابرام العقد، وأن تكون هذه الظروف عامة وليست خاصة.³

ثالثاً: أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا فإذا أدى الحادث الى استحالة التنفيذ نكون أمام قوة قاهرة ويترتب عليها انفساخ العقد بقوة القانون، أما اذا كان الالتزام مرهقا وغير مستحيل ولكن يهدد استمرار عقد الزواج هنا نكون أمام ظرف طارئ.⁴

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 بيت التزامات الزوجين فيجوز له أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول.⁵

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.

² أنظر: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص98.

³ أنظر: علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص99.

⁴ أنظر: عبد الحفيظ بقة، مرجع سابق، ص38-39.

⁵ أنظر: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص101.

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.

المبحث الثاني: دور الاشتراط في حماية عقد الزواج فقها وقانونا

إن الهدف الأصلي الذي جاء من أجله الاشتراط هو حماية الرابطة الزوجية من الانحلال، فالعقد المقترن بشروط يحددها كل من الطرفين وذلك من أجل تحقيق مصلحة العقد وهو الدوام والبقاء، ليس كالشرط اذ يفتقر لشروط والذي يكون مهددا بالفك، فالاشتراط يعد وسيلة لاستمرار عقد الزواج ووسيلة للتقليل من حالات الطلاق، وهذا ما يعد محور دراستنا في هذا المبحث، الذي سنبرز فيه أهمية الاشتراط في عقد الزواج فقها في المطلب الأول، ثم أهمية الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أهمية الاشتراط في عقد الزواج فقها

نظرا لما يتمتع به عقد الزواج من أهمية عظيمة فإن المساس به يهدد أمنه واستقراره¹، وبالتالي حثت الشريعة الإسلامية على مراعاة هذه الرابطة الأسرية خاصة من باب الإشتراط ، فأهمية الإشتراط تتمثل في استقرار عقد الزواج وتحقيق مصلحة الطرفين، وهذا ما سنعالجه في هذا المطلب.

الفرع الأول: أهمية الإشتراط في استقرار عقد الزواج

من مظاهر الحماية لعقد الزواج عن طريق الإشتراط هو الوفاء بالشروط المقترنة بالعقد، وذلك لأن الناس عند شروطهم، وبالتالي رعاية عهودهم، وإن نكثوا وحاولوا التحلل من قيود ما حملهم القضاء على الوفاء به، لذا أوجب الفقه بالوفاء بالشروط التي تصحب عقد الزواج، كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها أو لا ينقلها من بلدها².

فالوفاء بالشروط الموضوعية في عقد الزواج يحقق للعقد الاستقرار والأمن والدوام، وبالتالي حماية عقد الزواج من التفكك.

فالمتتبع لأقوال الفقهاء في مدى إلزامية الشروط الجعلية في عقد النكاح يرى أنه مهما اختلفت آراؤهم في القضية ألا أنهم يقررون أن حماية الأسرة هو الهدف والمقصد الأسمى الذي يجب مراعاته والحفاظ عليه، لتستمر الحياة الزوجية وتستقر أسسها، علما ان الأسرة تمثل عنصرا أساسيا ضمن الضروريات التي جاءت الشريعة الإسلامية لحفظها، وما هذه

¹ عائشة عمران، الشروط الجعلية في عقد الزواج، مرجع سابق، ص101.

² أنظر: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص235.

الشروط التي اصطلح عليها إلا خدمة لهذه الخلية وضمان استمرارها، فكفل لها الشارع أسباب النجاح والاستقرار والاستمرار¹.

فالإسلام وحتى علم النفس وعلم الاجتماع دعوا إلى الربط بين عقد الزواج والحياة الزوجية السعيدة²، فالوفاء بهذه الشروط من مظاهر الحماية لعقد الزواج من أي تهديد يطرأ عليه.

يقول الإمام أبو زهرة: "وجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج، ولو لم يكن له نص خاص، أو دليل خاص... وتأكيد الوفاء به، ولقد روي أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها، أي لا تسكن إلا في دارها، ثم بدا له بعد ذلك أي ينقلها إلى داره، فتخاصما إلى عمر، فقال عمر: لها شرطها، مقاطع الحقوق عند الشروط"³.

فكل ما كان الوفاء قائما كان عقد الزواج قائما، وبالتالي يحقق الاشتراط الغاية منه وهي ديمومة عقد الزواج.

الفرع الثاني: أهمية الاشتراط في تحقيق مصلحة الزوجين

إن فقهاء الشريعة الإسلامية يقررون مبدأ سلطان الإرادة عن طريق حرية التعاقد والرضائية المطلقة⁴، فالزوجين عند اشتراطهم في عقد الزواج، يشترطا ما يرانه مناسبا لتحقيق مصلحتهما والتي تعود عليهما بمنفعة، وهذا أيضا من الأهداف التي جاء من أجلها اقتران عقد الزواج بشروط.

فالعقد المقترن بشروط يحقق المصلحة الكبرى لطرفيه أفضل من العقد الذي يخلو من الشروط، فالأخير يكون مهددا بالرجوع عليه في كل حال من الأحوال.

فالفقهاء أجازوا مثلا للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها عند إبرام عقد الزواج، فإذا لم يلتزم ويوف بوعده، فإن الفقهاء أباحوا لها الطلاق⁵، فاشتراط الزوجة هنا ألا يتزوج عليها يحقق لها المنفعة الخاصة بها، أو كاشتراط الزوج على زوجته على أن لا

¹ حمزة العبيدية، "الشروط الجعلية في النكاح"، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 15، 2001، ص 148.

² العربي بختي، أحكام المرأة والأسرة في الديانة اليهودية والنصرانية والإسلام، كنوز الحكمة، الجزائر،

2018م، ص 204.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 159.

⁴ عبد الرؤوف دبابش - حملاوي دغيش، "مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة والقانون"، مرجع سابق، ص 263.

⁵ العربي بختي، مرجع سابق، ص 204.

تكوني زوجة للغير، أو على أن لا تكوني في عدته أو على أن لا خيار لك، أو نحو ذلك مما يتوقف عليه صحة العقد هذا بطبيعته¹ يحقق مصلحة الزوج أيضا.

فكل ما كان الاشتراط يحقق المنفعة والمصلحة للزوجين تتجلى أهميته في تحقيق الحماية لعقد الزواج، وهذا يرجع أيضا بالمنفعة الأكبر للأسرة.

فالشرط في عمومها قائم على فكرة المصلحة ومحاولة دفع الضرر قدر الإمكان فالشرط يلبي رغبة كل من الطرفين وهو بمثابة الضابط نحفظ به العلاقات الزوجية من التشتت والانهيال.

فإذا كان الشرط لا يخل بمقاصد العقد ومقتضياته وكان فيه مصلحة لأحد الطرفين واشترطه وبرضاها فلا مانع لهما بالوفاء لأن ذلك من العهود التي يجب الوفاء بها وفي مخالفته يكون بذلك الخروج عن القيم الأخلاقية الإسلامية التي حثت عليها الشريعة الإسلامية، فالواجب هنا هو الحفاظ على الكيان الأسري من الإنهيار والتشتت².

فالشريعة الإسلامية راعت كل من مصلحة الزوجين، في الاشتراط وما يخدم مصلحتهما نتيجة هذا التصرف، وقامت بوضع ضوابط له، وحثت على الوفاء به لاستمرار الحياة الزوجية.

يقول الإمام أبو زهرة: "بأن الشروط فيها منفعة مقصودة لمشترطها، وكان رضاه بالغقد على أساسها، وهي لا تمنع تحقق مقاصد النكاح التي قام الدليل الشرعي على طلبها فكان لا بد من الوفاء بها إجابة للأمر العام الذي تضافرت النصوص عليه وهو وجوب الوفاء بالعقود والعهود، وإن حصل خلل في الوفاء فقد حصل خلل في الرضا الذي كان قوام العقد، فكان حقا أن ينظر في رضا المشتراط من جديد..."³.

وعليه فكل ما كان الاشتراط يحقق المصلحة المرجوة للزوجين عن طريق الاشتراط، تحققت مصلحة العقد بالدوام والاستقرار.

المطلب الثاني: أهمية الاشتراط في عقد الزواج قانونا

جاء قانون الأسرة الجزائري بمظاهر حماية عقد الزواج عن طريق الاشتراط وذلك بنصه في المادة 19 ق.أ.ج التي جعلت للزوجين حرية الاشتراط في ما يرانه ضروريا لعقد الزواج.

¹ الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 80.

² سمير عبو، "الاشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الإحياء، باتنة، العدد 14، ص 465.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 160.

وهذا ما يحقق الديمومة والأمن للعقد وللأسرة على حد سواء، وبالتالي تكون أهمية الاشتراط في عقد الزواج باستمرار الرابطة الزوجية في الفرع الأول، ثم أثر الإخلال بهذه الشروط قانونا في الفرع الثاني، وهذا ما يمثل محور دراستنا في هذا المطلب.

الفرع الأول: دور الاشتراط في استمرار الرابطة الزوجية

الجدير بالذكر أن قانون الأسرة الجزائري لم يمنع من اقتران عقد الزواج ببعض الشروط وهذا ما تناولته المادة 19ق.أ.ج كما ذكرنا سابقا.¹

فموضوع الاشتراط في عقد الزواج هو إنشاء حق مباشر لطرفي العقد، فهو يتضمن تنفيذ الالتزام الذي تعهد به أحد الزوجين مصلحة شخصية للمشتراط². فالمشرع عند تقنيه للاشتراط كان هدفه هو تحقيق الأمن لعقد الزواج، فالعقد المقترن بالشروط أكثر حماية من العقد الذي يخلو من الشروط.

فحرية الزوجين في اشتراط ما ينفعهم في عقد الزواج يؤدي إلى العمل على تطبيق بنود العقد مع مراقبة هذه الشروط من حيث مشروعيتها، كما ذكرنا سابقا يصبح العقد قانون الزوجين الخاص ويعملان على تطبيق ما اشتمل عليه.

وبالتالي فإن فتح باب الاشتراط أخذا بالمذهب الحنبلي وهذا ما تبناه المشرع الأسري الجزائري، يساهم بشكل كبير في رفع الغبن عن عقد الزواج، غير أن هذا الحق لا يجب إعماله على إطلاقه وإلا كان كل من الزوجين متعسفا في استعماله.³

ولتحقيق هذا المبتغى يجب أن يكون الشرط محتمل الوقوع أي محققا لا مستحيلا، بحيث يجعل تنفيذه مرهقا وبالتالي يرجع ذلك سلبا على عقد الزواج،⁴ فالمشرع عند إباحته للاشتراط في عقد الزواج بتضمين الزوجين لعقد زواجهما جملة من الشروط بما يحقق مصالحهما المشتركة، وهذه الشروط هي معتبرة من الناحية الشرعية ما لم تتنافى مع طبيعة عقد الزواج.⁵

وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا، بقيام القضاة بتطبيق الشرط الذي اشترطته الزوجة على زوجها بتوفير سكن مستقل لها وهذا ما يعد من الشروط التي تعود على

¹ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص 35.

² أنظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 338-339.

³ كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة، مرجع سابق، ص 42.

⁴ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، - أحكام الزواج -، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 6،

ج1، ص 150.

⁵ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 126.

الزوجة بمنفعة وهو كالتالي: " إن اشتراط الزوجة الأولى بتوفير مسكن منفرد لها للرجوع، لا يشكل حالة نشوز"،¹ وهنا يلاحظ أن القضاة أجبروا الزوج على تنفيذ ما اشتمل عليه عقد الزواج من شروط، وهذا ما يخدم بقاء الرابطة الزوجية وحمايتها من الانحلال وما ينجر عنها من عواقب مادية ومعنوية.

وعلى هذا كل ما كان العقد مقترنا بشروط وبحرية الطرفين ورضائهما كان العقد أدوم وأبقى وأكثر استمرارية، فهذا من أجل تحقيق الهدف الأساسي الذي تم تقنين الاشتراط من أجله وهو الحماية الفعلية لعقد الزواج والأسرة، فهنا تتمثل الحكمة من الاشتراط.

الفرع الثاني: أثر الإخلال بالشروط المقترنة بعقد الزواج قانونا

إن الإخلال بالشروط يؤدي بالعقد إلى الإنحلال ويتمثل كالاتي:

أولاً: انحلال عقد الزواج لعدم الوفاء بالشروط

إذا أخل أحد الزوجين بالالتزامات الناجمة عن الشروط الموضوعية في عقد الزواج،² فإن عدم الوفاء يرتب جزاء والمتمثل في :

1: الفسخ:

يقصد بالفسخ نقض عقد الزواج وحل الرابطة الزوجية لخلل يتصل بالعقد، أي بسبب طارئ يمنع بقاءه واستمراره، ومن صفات الفسخ أنه ينقض عقد الزواج من أساسه ويمثل في طروء سبب يعرقل دوام عقد الزواج.³

فالزوجة يمكنها ان تطلب فسخ عقد الزواج لإخلال الزوج بالالتزامات التعاقدية أو لها سائر الحقوق الزوجية من نفقة في زمن العدة ومؤجل الصداق إن وجد، وللزوج أن يطلب فسخ عقد الزواج إذا أخلت الزوجة بالشروط المتفقة في عقد الزواج والتي تم اشتراطها لمصلحتها.⁴

¹ العربي بلحاج، الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2018م، ص 92.

² كريمة محروق، مرجع سابق، ص 44.

³ أنظر: العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، كنوز الحكمة، الجزائر، ط1، 2013م، ص12.

⁴ كريمة محروق، مرجع سابق، ص44.

2: التطلاق

يعتبر التطلاق طلاقا بناء على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي مع معرضة الزوج، فطالما الزوجة متضررة يفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة الإنصاف.¹

وقد نصت المادة 53 ق.أ.ج² في فقرتها التاسعة أنه من أسباب التطلاق لعدم الوفاء بالشرط هو انهاء العلاقة الزوجية بحكم القضاء بناء على طلب الزوجة نتيجة إخلال الزوج بالشروط المدرجة في عقد الزواج،³ فالمشرع الجزائري قد توسع من الأسباب التي تتعلق بهذه الصورة، وذلك بمنحه صورة جديدة للزوجة في حال مطالبتها بالتطلاق، وأوصلها لعشرة أسباب، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد ضيقوا أسباب التطلاق في حالات معينة وهي عدم الانفاق والضرر المعتبر شرعا، وغيبية الزوج أو حبسه أو العيوب التناسلية، وهذا حفاظا على الأسرة من الانحلال.⁴

ذكر بلحاج العربي إحدى اجتهادات المحكمة العليا بخصوص التطلاق الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1996/09/20 أنه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا".⁵

كما يجوز للزوجة أن تحبس نفسها عن زوجها كوسيلة ضغط وذلك لجبر الزوج عن تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه.⁶

وبالرجوع إلى المادتين 32 و35 نجد هناك تناقض، فالمادة 32 تبطل عقد الزواج إذا اشتمل على شرط ينافي العقد، أما المادة 35 التي تبطل الشرط وتبقي العقد صحيح، فهنا الحكم مختلف تارة بطلان العقد وتارة بطلان الشرط، مما يستوجب تغليب المادة 35 باعتبارها مادة مستقلة تخدم موضوع الاشتراط.⁷

¹ محمد الطاهر بلموهوب، الحماية القانونية للأسرة، مرجع سابق، ص 44.

² راجع المادة 53 ق.أ.ج.

³ إيمان لعربي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مرجع سابق، ص 74.

⁴ أنظر: محفوظ ابن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ط2، 2015م، ص 233.

⁵ العربي بلحاج، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 44.

⁶ كريمة محروق، مرجع سابق، ص 44.

⁷ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 154.

ثانياً: سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية لعدم الوفاء بالشرط

استناداً للمادة 53 ق.أ.ج يراعي القاضي الشروط التي أدت إلى فك الرابطة الزوجية لعدم الوفاء بالشرط.

1: سلطة القاضي في فسخ عقد الزواج لعدم الوفاء بالشرط

يرى الإمام ابن تيمية أن الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط لقوله: "ذلك أن توقف الفسخ على الحكم هل هو الاجتهاد في ثبوت الحكم أيضاً؟ أو أن الفرقة يحتاط لها؟ والأقوى أن الفسخ المختلف لا يحتاج إلى حكم حاكم، لكن إذا رفع إلى حاكم يرى فيه إمضاءه أمضاه، وإن رأى فيه إبطاله أبطله، والله أعلم".¹

وبالتالي إذا وقع النزاع بين الزوجين حول الشرط إذا رفع الأمر للقاضي يخضع إلى تقديره فإما يرى إثباته أو إبطاله،² فالقاضي هو الذي يحدد هذه الأمور وهو أقدر على تحديد مشروعيتها أو عدم مشروعيتها ثم يحكم بفسخ عقد النكاح.³

2: سلطة القاضي في التطبيق لعدم الوفاء بالشرط

بموجب نص المادة 9/53 ق.أ.ج بإمكان الزوجة طلب التطبيق وهذا ما أكدته المادة 451 من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية التي تنص: "يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطبيق طبقاً لأحكام قانون الأسرة"،⁴ فالحكمة هنا هو تجنب كوارث انحلال الزواج، فيجب على القضاة التمهل في تجنب التطبيق وهذا ما يستلزم منهم عدم الحكم به مباشرة دون مراعاة الأسباب التي أدت إلى طلبه.⁵

وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: "من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطبيق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها".⁶

¹ أحمد ابن تيمية، مجموعة الفتاوى، (ت: 768)، تخريج: عامر الجزار - أنور الباز، ج32، ص106.

² فاطمة حداد - ياسين حجاب، "الاشتراط في عقد الزواج بين الإعتراف القانوني ومحدودية الممارسة"، مرجع سابق، ص 261.

³ فاطمة حداد - ياسين حجاب، المرجع نفسه، ص 261.

⁴ القانون رقم 09/08، المؤرخ في 23 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21.

⁵ محفوظ ابن صغير، مرجع سابق، ص 232.

⁶ العربي بلحاج، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 218.

3: سلطة القاضي في التعويض لعدم الوفاء بالشرط

الغرض من التعويض هو حماية الطرف المتضرر من الضرر الذي حصل له أو بمفهوم آخر هو جبر الضرر الذي لحق به.¹

ويقدر التعويض كأصل عام على أساس مقدار الضرر الذي لحق المتضرر². وعلى هذا الأساس إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن يسكن في مسكن مستقل عن أهله،³ هذا الشرط لازم للزوج وعليه الوفاء به، فإذا خالف الزوج هذه الشروط وتضررت الزوجة لعدم قيام الزوج بالالتزام التعااقدي،⁴ ففي هذه الحالة يحكم القاضي بالتعويض عن الضرر اللاحق اللاحق بها.

¹ فاطمة حداد - ياسين حجاب، مرجع سابق، ص 218.

² عبد الحفيظ بقة، محاضرات في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 18.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 75.

⁴ الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 138.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع الاشتراط والإحاطة به من جانب الفقه والقانون وبيان دور الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع باعتبارها صالحة في كل زمان ومكان، مع إبراز دور الاشتراط في حماية عقد الزواج وديمومته، والهدف الذي وضع من أجله سواء على المستوى الفقهي والقانوني، ختمنا البحث بأثر الشروط الجعلية بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وبالتالي توصلنا لبعض النتائج والاقتراحات سنذكرها في ما يلي:

أولاً: النتائج

-الهدف من وضع الشروط المقترنة في عقد الزواج هو استمرارية العقد من الرجوع عليه مستقبلاً في حالة عدم الاشتراط، لكن المشرع لم يبرز هذا الدور بوضع مواد تفعل هذا التصرف كآلية لحماية العقد.

-عدم النص على دور القاضي للتدخل في موازنة عقد لزواج المقترن بالشروط، فتدخل القاضي يعتبر صورة من صور حماية عقد الزواج.

-لم يتم توضيح المركز القانوني للزوج في نص مستقل في حالة مخالفة الزوجة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

- بالرجوع إلى عاداتنا وتقاليدنا فبعض الأزواج لا يوثقون شروطهم، وفي المقابل نرى أن المشرع لم ينص على الزامية توثيق هذه الشروط، فأحياناً توثق هذه الشروط وتجر عنه مشاكل فكيف اذا لم يتم توثيقها؟

_ لم يضع المشرع نموذج للاشتراط يكون مقترحا في العقد، كملحق لإدراج هذه الشروط.

ثانيا: الاقتراحات

-تعديل التناقض الحاصل بين المواد 32 و 35 من قانون الأسرة الجزائري، بحيث المادة 32 تبطل العقد المقترن بشرط ينافيه، والمادة 35 تلغي الشرط الذي ينافي العقد، وبالتالي نرى أن المادة 35 هي التي تلائم موضوع الاشتراط.

-إضافة بعض المواد التي من شأنها تحمي طرفي العقد من الشروط التعسفية بإعطاء الحق لأحد للزوجين في تعديل الشروط اذا كانت مرهقة، وكذلك إعطاء القاضي مكنة قانونية واضحة للتدخل في حماية عقد الزواج وتكون صياغتها كالآتي: " يجوز للزوجين إذا كانت الشروط مرهقة في حق أحدهما تعديل هذه الشروط.

كما يمكن للقاضي تعديل الشروط التي تكون متعسفة".

-إضافة بعض المواد التي تجعل الاشتراط كآلية فعالة لديمومة عقد الزواج مثل إجبار الزوجين على تنفيذ ما اشترطاه وكانت تخدم مصلحتهما وتخدم العقد وهذا لقداسة عقد الزواج، وتكون صيغتها كالتالي:

"إذا اشترط الزوجين ما رآه ضروريا لعقد الزواج وكانت هذه الشروط مشروعة وتخدم عقد الزواج وجب الوفاء بها".

فهرس الآيات والأحاديث النبوية

فهرس الآيات

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
أ	20	الروم	وَمِن آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ
أ	21	النساء	وَكَيفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا
أ	34	الإسراء	وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا
9	6	الطلاق	" وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٌ فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ
14	1	المائدة	يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
15	91	النحل	" وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْفُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ "
24	33	الأحزاب	" وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ
24	97	النحل	" مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ "
28	3	النساء	" وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّا ثَلَّثْتُمْ وَرَبُّعٌ "

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	الحديث
13	" أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج "
13	" لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحتها ولتنكح، فإن لها ما قدر لها "
13	"...ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتستكفي إناؤها "
14	" كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل وإن اشترط مائة شرط "
16	" ما بال رجال يشترطون شوطا ليست في كتاب الله ؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط "
18	" حدثني فصدقني، ووعدني فوفى لي "

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً — القرآن الكريم

1- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

ثانياً: كتب الحديث

1- البخاري، ، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، الطبعة 1، 2002م.

أبي داوود، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العلمية، 2009م، الجزء 3.

ثالثاً: كتب الفقه

1- ابن عابدين، رد المختار، تحقيق: عادل احمد عبد الموجود، دار عالم الكتب، الرياض، الجزء 4.

2- ابن قدامة المقدسي، الكافي، تحقيق: محمد فارس سعد - عبدالحميد السعدني، دار الكتب العلمية، لبنان، الجزء 3.

3- أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب، دار الغرب الإسلامي، الجزء الثالث.

4- أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفي، مصر، الطبعة 1، الجزء 2.

5- أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، (ت: 520هـ)، تحقيق: محمد العرايش، دار العرب الاسلامي، لبنان، طبعة 2، 1988م.

6- ابي محمد محمود العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، لبنان، الطبعة 2، 1990م، الجزء 4.

7- أبي الحسين العمراني الشافعي، البيان في مذهب الامام الشافعي، (ت: 557هـ)، تحقيق: قاسم محمدالنوري، دارالمنهاج، المجلد 9.

8- أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي الدمشقي، (ت: 676هـ)، روضة الطالبين، تحقيق: عادل احمد - علي محمد عوض، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 2003م، الجزء 5

9- أحمد ابن تيمية، مجموعة الفتاوى، (ت: 758هـ)، تخريج: عامر الجزائر، أنور الباز، الجزء 32.

10- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة 2، 2003، الجزء 4.

11- عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع، دار كنوز اشبيليا، الجزء 1.

- 12- مالك ابن أنس الأصبحي، (ت:179هـ)، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة 1، 1994م، الجزء 2.
- 13- محمد أبو زهرة، اصول الفقه، دار الفكر العربي.
- 14- محمد أبو زهرة، محضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي.
- 15- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996م.
- 16- محمد بن احمد بن عبد العزيز علي، (ت:912هـ)، شرح كوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي وآخرون، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993م.
- 17- محمد بن ادريس الشافعي، الأم، (ت:204هـ)، صححه محمد زهري البخاري، مكتبة العبيكان الأزهرية، الجزء 5.
- 18- محمد عارف عبد القادر الحنبلي، المختصر في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد السلام محمد الشويعر، مكتبة الرشد، الطبعة 1.
- 19- محمد صالح العثيمين ، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، المجلد 12.
- 20- محمد أحمد ابن جزى، القوانين الفقهية، (ت:741هـ)، تحقيق وتعليق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، الطبعة 1، 2013م.
- 21- مصطفى السيوطي الرحباني وآخرون، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهي، الجزء 5.
- 22- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، الطبعة 2، 2004م، الجزء 1.
- 23- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفك، الطبعة 2، الجزء 7.

رابعاً : كتب المعاجم

- 1- ابن المنظور، لسان العرب، دار صاد، بيروت، الجزء السابع.
- 2- أحمد رضا، معجم متن اللغة العربية، دار مكتبة الحياة، بيروت، الجزء الثالث، 1959.
- 3- عبد الرؤوف بن المناوي، التوفيق على مهمات التعريف، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، طبعة 1، 1990م.
- 4- على بن محمد السيد الشريف الجرجاني ، (ت:1413)، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة.
- 5- محمد حامد عثمان، القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين دار الزاحم، الطبعة 1، 2002م.

6- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (ت:817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، اشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة.

خامسا : الكتب

- 1- إسماعيل أبا بكر على البامري، أحكام الأسرة- الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، الطبعة1، 2009.
- 2- العربي بختي، احكام المراة والاسرة في الديانة اليهودية والنصرانية والإسلام، كنوز الحكمة، الجزائر، 2018م.
- 3- العربي بختي ، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، الطبعة1، 2013م.
- 4- العربي بختي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012م.
- 5- العربي بلحاج، الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2018م.
- 6- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة6، 2010م، الجزء الاول.
- 7- العربي بلحاج، قانون الأسرة (معلق عليه بمبادئ المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة3، 2007م.
- 8- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء1.
- 9- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة3، 2015م، الجزء1.
- 10- جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر، 2018م.
- 11- دليلة فوكوس، محاضرات في قانون الاسرة – انعقاد الزواج – ،دار الخلدونية، الجزائر، 2016م.
- 12- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء 1
- 13- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة.
- 14- على على سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة5، 2003م.
- 15- على محمد على قاسم، نشوز الزوجة، اسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي دار الجامعة الجديدة، 2004م.

- 16- علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني ، (ت:1413)، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة.
- 17- علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الطبعة3، 2013م.
- 18- فؤائد محمود معوضي، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، 2007م.
- 19- لحسين بن شويخ آث ملويا، قانون الأسرة دار الهدى، الجزائر، 2014م، الجزء1
- 20- محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، 2007م.
- 21- محمد ابن الرشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، (ت:595هـ)، الطبعة4، 1975م، الجزء2.
- 22- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام الدار الجامعية، بيرت، الطبعة4، 1983م.
- 23- محفوظ ابن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، الطبعة2، 2015م.
- 24- محمود عبد المجيد المغربي، احكام العقد بين الشريعة الإسلامية المكتبة الحديثة، 1988م.
- 25- نواره دري، الشروط الجعلية في عقد الزواج، دار ابن حزم، لبنان، الطبعة1، 2009م.

سادسا : القوانين

- 1- القانون رقم 16 — 01، المؤرخ في 6مارس2016م، الجريدة الرسمية رقم14 المؤرخة في 7 مارس2016م، المتضمن التعديل الدستوري.
- 2- القانون رقم11/84، المؤرخ09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتم بالامر رقم 02/05، الجريدة الرسمية،العدد15، المؤرخ في 27 فبراير، 2005م.
- 3- الامر رقم 75—58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتم بعدة قوانين ،آخرها القانون رقم05—10، الجريدة الرسمية، العدد،78المؤرخ في 20 يونيو 2005م.
- 4- القانون رقم 09/08، المؤرخ في 23 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21.

سابعا : قرارات المحكمة العليا

- 1- قرار رقم:364855، المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ 2006/07/12م، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2006م.
- 2- قرار رقم:3586656، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ 2006/04/12م، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2006م.
- 3- قرار رقم:480264، المحكمة العليا، بتاريخ2009/02/11م، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2009م.

ثامنا : البحوث والدراسات العلمية

رسائل الدكتوراه

- 1- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة، (اطروحة دكتوراه)، القانون الخاص، جامعة الاخوة منتوري – قسنطينة، كلية الحقوق، 2014/2015م.
- 2- منال بوروح، النظام العام والعقد، (اطروحة دكتوراه)، فرع القانون الخاص، جامعة، الجزائر1، كلية الحقوق.

رسائل الماجستير

- 1- ايمان العربي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، (مذكرة ماجستير)، قانون خاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2013م/2014م.
- 2- بوعلام سي ناصر، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، (رسالة ماجستير)، شريعة وقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الانسانية والحضارة الإسلامية 2011/2012م.
- 3- عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، (رسالة ماجستير)، فرع القانون الخاص، جامعة أوبكر بلقايد، كلية الحقوق، 2007/2008م.
- 4- نجاة عبيد، سلطة القاضي في تعديل العقد، (مذكرة ماجستير)، قانون الخاص المعمق، جامعة ابي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2016م.
- 5- يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، (مذكرة ماجستير)، قانون الأسرة المركز الجامعي بشار، كلية الحقوق، 2006/2007م.

المحاضرات :

- 1- عبد الحفيظ بقة، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري – النظرية العامة للالتزام ، أقيمت على طلبة سنة ثانية ليسانس، 2015/2014م، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق.
- 2- محمد الطاهر بلموهوب، مطبوعة الدعم البيداغوجي في مقياس الحماية القانونية للأسرة، أقيمت على طلبة السنة اولى ماستر قانون الأسرة 2019/2018، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق.

تاسعا : المقالات العلمية

- 1- عبد الرؤوف دبابش – حملاوي دغيش، " مبدا سلطان الارادة في العقود بين الشريعة والقانون"، مجلة العلوم الإنسانية بسكرة، العدد44، 2016م.
- 2- عمران عائشة، " الشروط الجعلية في عقد الزواج"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية المجلد10، العدد4.
- 3- عمر عوض الله عبد الله الوافي، "الشرط الجعلي وآثاره الفقهية في عقد النكاح" – دراسة تحليلية، مجلة الثقافة الإسلامية والإنسانية، الجامعة التكنولوجية، ماليزيا، العدد14، 2018.
- 4- فاطمة حداد- ياسين حجاب، " الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد7.
- 5- العربي باشا مصطفى، "مدى الزمية الشروط في ترتيب أثرها على عقد النكاح"، مجلة الحضارة الإسلامية وهران، المجلد 19، العدد1، افريل، 2011م.
- 6- محمد بوكماش، "اثر الجعلية في تقييد مبدا سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة خنشلة، الجزائر، العدد13، 2012م.

فهرس الموضوعات

أ.....	المقدمة.....
الفصل الأول	
6.....	الأحكام الفقهية والقانونية للشروط الجعلية في عقد الزواج.....
7.....	تمهيد.....
8.....	المبحث الأول: الحكم الفقهي للاشتراط في عقد الزواج.....
8.....	المطلب الأول: مفهوم الشرط.....
8.....	الفرع الأول: تعريف الشرط.....
8.....	أولاً: الشرط لغة.....
9.....	ثانياً: الشرط اصطلاحاً.....
10.....	الفرع الثاني: تعريف الشروط الجعلية في عقد الزواج عند الفقهاء.....
10.....	أولاً: عند المالكية والحنفية.....
11.....	ثانياً: عند الحنابلة والشافعية.....
12.....	المطلب الثاني: حكم الشروط الجعلية عند المالكية والحنفية.....
12.....	الفرع الأول: حكم الاشتراط عند المالكية.....
12.....	أولاً: الشروط الصحيحة.....
13.....	ثانياً: الشروط الفاسدة.....
13.....	الفرع الثاني: حكم الاشتراط عند الحنفية.....
14.....	أولاً: الشروط الصحيحة.....
14.....	ثانياً: الشروط الفاسدة.....

- المطلب الثالث: حكم الاشتراط عند الحنابلة والشافعية.....15
- الفرع الأول: حكم الاشتراط عند الحنابلة.....15
- أولاً: الشروط الصحيحة.....15
- ثانياً: الشروط الفاسدة.....15
- الفرع الثاني: حكم الاشتراط عند الشافعية.....16
- أولاً: الشروط الصحيحة.....16
- ثانياً: الشروط الفاسدة.....16
- المبحث الثاني: الحكم القانوني للاشتراط في عقد الزواج.....17
- المطلب الأول: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج.....17
- الفرع الأول: مراعاة أحكام قانون الأسرة الجزائري.....18
- الفرع الثاني: مراعاة النظام العام والآداب العامة.....19
- المطلب الثاني: صور الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري.....22
- الفرع الأول: شرط عدم تعدد الزوجات.....22
- أولاً: الموقف الفقهي.....22
- ثانياً: موقف القانون.....23
- الفرع الثاني: شرط عمل المرأة.....24
- أولاً: موقف الفقهاء.....24
- ثانياً: موقف القانون.....25

الفصل الثاني

- 29..... دور الاشتراط في ديمومة عقد الزواج.
- 30..... تمهيد.
- المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة في الاشتراط في عقد الزواج ورقابة القاضي على هذه الشروط.
- 31.....
- المطلب الأول: سلطان الإرادة في الشروط المقترنة بعقد الزواج.
- 31.....
- الفرع الأول: حرية الزوجين في وضع الشروط في عقد الزواج.
- 32.....
- الفرع الثاني: حرية الزوجين في تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج.
- 33.....
- المطلب الثاني: رقابة القاضي على الشروط المقترنة بعقد الزواج.
- 34.....
- الفرع الأول: دور القاضي في تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج.
- 35.....
- أولاً: أن يكون البطلان جزئياً غير كلي.
- 36.....
- ثانياً: أن يكون العقد بطبيعته قابل للانقسام.
- 36.....
- ثالثاً: أن لا يكون الشرط الباطل هو الدافع الى التعاقد.
- 36.....
- الفرع الثاني: حدود سلطة القاضي في تعديل الشرط.
- 37.....
- المبحث الثاني: دور الاشتراط في حماية عقد الزواج فقها وقانوناً.
- 39.....
- المطلب الأول: أهمية الاشتراط في عقد الزواج فقها.
- 39.....
- الفرع الأول: أهمية الاشتراط في استقرار عقد الزواج.
- 40.....
- الفرع الثاني: أهمية الاشتراط في تحقيق مصلحة الزوجين.
- 40.....
- المطلب الثاني: أهمية الاشتراط في عقد الزواج قانوناً.
- 41.....

42.....	الفرع الأول: دور الاشتراط في استمرار عقد الزواج
43.....	أولاً: إنحلال عقد الزواج لعدم الوفاء بالشرط
44.....	ثانياً: سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية لعدم الوفاء بالشرط
47.....	الخاتمة
49.....	فهرس الآيات القرآنية والأحاديث النبوية
51.....	فهرس المصادر والمراجع
57.....	فهرس الموضوعات
61.....	الملخص

ملخص البحث

إن موضوع الاشتراط في عقد الزواج يلقى اهتماما كبيرا وتطورا ملحوظا، فدراسة هذا الموضوع لينة باعتباره فقها قانونيا وواقعيًا، وبالتالي قمنا بدراسة موضوع الاشتراط في عقد الزواج من الناحية الفقهية والقانونية كذلك تناوله من الجانب التطبيقي عبر إدراج قرارات المحكمة العليا التي تعرضت لهذا الموضوع، مع توضيح الاختلاف بين الآراء الفقهية التي منها ما كان مضيقا إذ ذهبوا أن الأصل في الاشتراط المنع إلا إذا دل نص على إباحته، وموسع فالأصل من الاشتراط عندهم الإباحة إلا إذا قام دليل على منعه، أيضا تجلى دور قانون الأسرة في وضع ضوابط وقيود لحرية الاشتراط ، مع إبراز دور الاشتراط في استمرار عقد الزواج وعلاقتها بمبدأ سلطان الإرادة ثم دور القاضي في موازنة العقد، وفي الأخير دراسة الآثار المختلفة للاشتراط من الناحية الفقهية والقانونية.

الكلمات المفتاحية:

الشروط الجعلية، الأسرة، الحماية القانونية، الاشتراط، عقد الزواج.

Research

The subject of requirement in marriage contract has developed and is witnessing a great interest recently. Studying this subject could be flexible considering that it is realistically legal and jurisprudential. Therefore, this work aims at studying the requirement in marriage contract from legal and jurisprudential aspect. Also, the practical aspect is included by providing Supreme Court decisions that dealt with this subject. The differences between jurisprudential views have been discussed, since some were very narrowing. Some suggested that prevention in the requirement is what should be done, unless there was a text that advocated its legalisation. Others believed that things should be done the other way round. In addition, the family law played an important role at establishing controls and restrains to the requirement freedom. Similarly, a great focus is given to the role of requirement in the continuity of marriage contract, its relationship to the ruler and the judge at maintaining the balance in the contract. At last, the study attempts to demonstrate the different implications of the requirement from legal and jurisprudential aspect.

Key words

Marriage Contract, Family, The Legal Protection, Imperative conditions.