الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف – المسيلة –

**كلية :** الحقوق والعلوم السياسية

**قسم:** الحقوق

رقم :...../.....

**ميدان :** الحقوق والعلوم السياسية

**فرع :** الحقوق

**تخصص :** أحوال شخصية

**مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــــــي**

إعداد الطالب (ة) : حمودة بدرة

**تحت عنوان**

# الاشتراط في عقد الزواج

## دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

**لجنة المناقشة :**

| | | |
|---|---|---|
| اسم ولقب الأستاذ (ة):ميرة وليد | جامعة :المسيلة | رئيسا . |
| اسم ولقب الأستاذ (ة): حمادي عبد الفتاح | جامعة :المسيلة | مشرفا ومقررا . |
| اسم ولقب الأستاذ (ة): رحموني نجية | جامعة : المسيلة | مناقشا . |

**السنة الجامعية : 1438/1437 هـ - 2016 /2017 م**

# شكر وتقدير

-إلى من لا يطيب الشكر إلا به ولا تطيب اللحظات إلا بذكره سبحانه وتعالى ،نحمده على توفيقه ونستعين به،الذي منحني القوة والوقت لإنهاء رسالتي وإخراجها إلى الوجود.

-أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الأستاذ "حمادي إسلام"على قبوله الإشراف على هذا العمل ولم منحه لي من وقت وجهد وتوجيه وإرشاد وتشجيع.

-كما أتقدم بجزيل الشكر إلى اللجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة .

-كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر أيضا إلى كل من مد لي يد العون من قريب أو من بعيد.

**بدرة**

**مقدمة :**

الحمد لله رب العالمين ،والصلاة على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعه إلى يوم الدين أما بعد :

لقد خلق الله تعالى **الإنسان** من ذكر وأنثى ،ليتحقق بذلك التناسل ،وعمارة الكون وقد جعل الله عز وجل وسيلة التكاثر بين بني الإنسان هي الزواج،لذا يعتبر الزواج الوسيلة الوحيدة التي شرعها الله تعالى ليلتقي الرجل بالمرأة لقاءا مشروعا فقال سبحانه"والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة".

وإن البنية الأساسية لتكوين المجتمع الحضاري هي الأسرة الصالحة فالكل يدرك أهميتها ودورها في الجماعة،فلا غرابة من حرص المشرع على تنظيمها وحمايته لها حماية قانونية، ولما كان الزواج أساس تكوينها حضي بدوره بذات العناية ،لتبدأ من مرحلة إنشاء عقد الزواج وتمتد لتشمل المراحل السابقة واللاحقة لإنشاء العقد.

ولهذا حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز وإظهار مكانة ومتانة النظام الأسري من خلال تحديد العلاقات الأسرية كمنطلق عام لتكوين الأسرة ،وعمدت كذلك على تحديد مراسيم ومعالم وأهداف الزواج،فأحطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من الضياع والتشتت ويكفي أن القرآن الكريم سمى الزواج بالميثاق الغليظ.

وكما جاءت لمراعاة مصالح العباد في العاجل والآجل فالمستقرئ لهذه الأحكام يجد أنها جاءت مبنية على جلب المنافع ودرء المفاسد عن المكلفين كيف لا وقد نزلت من حكيم خبير،ومن تلكم الأحكام الشرعية العملية خاصة ما يتعلق بالعقود التي تبرم من المسلمين ولهذا أحاطت الشريعة الإسلامية إبرام العقود بضوابط ومعايير ،لابد من التزام المكلفين بها حتى يترتب على تلك العقود المصلحة المرجوة تحقيقها بين المتعاقدين وكذلك نجد أنها راعت جانبا مهما وهو أن المكلف ربما ينظر إلى تحقيق مصلحة ذاتية له من خلال العقد الذي يبرمه مع شخص آخر ،وهنا أعطت للمسلم الحق أن يشترط لنفسه من الشروط ما يضمن من وراء ذلك تحقيق مصلحته، وهذا أمر لم تحرمه الشريعة الإسلامية بل وضعت

أحكام وقواعد تنظمه ،بل وأوجبت الالتزام بها من قبل المكلفين، ومن هنا فقد أجازت الشريعة الإسلامية اقتران العقد بأي شرط يتفق عليه المتعاقدين، مادام انه شرط تقره الشريعة الإسلامية ولا يتنافى مع أصولها، ومن العقود المهمة في حياة المسلمين عقد الزواج،لهذا فانه يمكن أن يشترط احد المتعاقدين لنفسه شروطا مقترنة بعقد الزواج ، ليحقق لنفسهم مصلحة ما .

ومنه جاء هذا البحث لدراسة الشروط المقترنة بعقد الزواج،وأثرها على العقد.

**أسباب اختيار الموضوع:**

1-الأهمية البالغة التي يشغلها هذا الموضوع في حياة الأفراد والمجتمع والدور الكبير له في المحافظة على استقرار الأسرة.

2-معرفة الشروط التي يمكن اشتراطها في عقد الزواج ومالها من تأثير على العقد من حيث الصحة والفساد

**3**-الإشارة إلى قابلية الشريعة الإسلامية إلى مواكبة التطور الحاصل في المجتمع وسعة حجم الفقه الإسلامي وغزارته الفكرية.

**4**-ذكر الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

**5**-التطرق إلى بعض المواد القانونية المعدلة من قانون الأسرة الجزائري وذكر أسباب التعديل.

**6**- ذكر التناقض الحاصل بين المادتين 32و 35من قانون الأسرة الجزائري،واستحالة الجمع بينهما.

**أهمية الدراسة:**

إن موضوع الشروط المقترنة بعقد زواج يعتبر من أهم المسائل والمواضيع ذات أهمية حيث، أن التطور الحاصل في الحياة من خلال تجدد الثقافات وكثرة الإحتياجات أدى إلى ظهور مشارطات مختلفة يسعى كل طرف فردا أو جماعة إلى ضمان تحقيق مصالحه من خلالها ،وعليه فهذه الدراسة تبين لنا معرفة مدى انسجام الاشتراط مع متطلبات التطور الاجتماعي والاقتصادي ،وإسهامها في بيان حكم هذه الشروط في الشريعة والقانون، وأيضا معرفة أهم الشروط التي إشترطها الشارع بين الزوجين ،ومدى تعامل المشرع الجزائري مع مثل هذه الشروط.

**الإشكاليـة الرئيسية:**

إن الأخذ بمبدأ حرية الاشتراط في عقد الزواج ليس على إطلاقه،إذ أن الشروط التي تشترط في العقد قد تعبر عن أهواء ورغبات المتعاقدين، التي تقف عند حد معين ،وقد يؤدي ذلك إلى الخروج عن القاعدة العامة خاصة في الشريعة الإسلامية وعليه يمكن التساؤل:

ماهي الضوابط والقيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج؟

**الإشكالات الثانوية:**

- إلى أي مدى يمكن للزوجين الاشتراط في عقد الزواج وما هي آثار ذلك؟
- ما تأثير الشرط على العقد؟
- ما هو الجزاء المرتب على عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج؟

**منهج وخطة البحث:**

للإجابة عن التساؤل والإشكال الذي قمت بطرحه فقد قمت بإتباع المنهج التحليلي المقارن، وذلك بالمقارنة بين فقهاء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري،وعليه يتكون المخطط الذي سأقوم بتتبعه ،من مقدمة وفصلين وقد قمت بتقسيم كل فصل إلى مبحثين، وكل مبحث إلى مطالب وكل مطلب إلى فروع بما أمكن ذلك.

وهي على التفصيل الآتي:

**مقدمة:**تناولنا فيها تعريف موضوع البحث،وأهمية وأسباب اختيار الموضوع وأيضا الإشكالية الرئيسية وإشكاليات البحث.

**أما الفصل الأول:** تطرقت فيه إلى تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج،المبحث الأول تناولت فيه مفهوم الشرط والضمائر الإسمية ، والمبحث الثاني تناولت فيه أهم خصائص وأنواع الشرط.

**أما الفصل الثاني:** تناولت فيه ضوابط وأثار الاشتراط في عقد الزواج،المبحث الأول تطرقت فيه إلى ذكر أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط،والمبحث الثاني تناولت فيه أثار الشروط على العقود.

وفي الأخير أنهيت بحثي بخاتمة، تناولت فيها أهم ما توصلت إليه من نتائج.

**تمهيد :**

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة عمل جائز، وذلك تطبيقا للمبدأ المعروف القائل بأن "العقد شريعة المتعاقدين" أما بشأن عقد الزواج فيختلف الأمر نوعا ما، لأنه من أسمى وأهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، ولهذا فقد جاءت الشريعة الإسلامية حريصة كل الحرص على إبراز وحماية هذا النظام الأسري، ومن كمال هذه الشريعة أنها جاءت راعية لكل العهود والمواثيق والشروط التي يشترطها الزوجان أثناء عقد الزواج، ولعل موضوع البحث في الشروط المقترنة بعقد الزواج، أو ما يصطلح عليه بالشروط الجعلية يجد اهتماما متزايدا وواضحا هذه الأيام، خاصة مع تطور المجتمعات، ولا يخفى أن ما يتميز به عصرنا هو ازدياد حاجة الناس إلى المشارطات في العقود، ولكن أحكام الشريعة الإسلامية لم تترك أمر الشروط حسب أهواء الناس ورغباتهم الشخصية، بل نظمتها تنظيما يزيل الحرج منهم وتحقق لهم مصالحهم، دون تعارض مع أحكام الشارع، كذلك نجد قانون الأسرة قد سمح لكل واحد من الزوجين أن يشترط في عقد الزواج ما يشاء من الشروط، لما يضمن لهم مصلحة خاصة ومشتركة، ولكن إلى جانب هذا السماح والإباحة فإنه أيضا حصر هذه الشروط ضمن قواعد وأحكام ملزمة، غير مخالف لقواعد وأحكام قانون الأسرة ،ولهذا سوف نتطرق إلى تعريف وماهية الشرط المقترن بالعقد، من خلال هذا الفصل، وسنتناول في المبحث الأول تعريف الشرط، ثم نذكر أهم خصائصه وأقسامه.

## المبحث الأول: ماهية الشرط المقترن بعقد الزواج:

ان معنى الشروط التي يقتضيها عقد الزواج، تنصرف إلى كل الشروط التي يوجبها عقد الزواج وعليه فبمجرد أن تصدر التصرفات القولية من المتكلم، في صورة منجزة ومطلقة وخالية من كل شرط أو قيد، فهنا يكون التصرف أو العقد في الاعتبار الشرعي، ومنه تترتب جميع أحكامه وآثاره بمجرد إنشاءه، ومن هنا يبرم العقد في الحال.

وهنا قبل أن نبين حكم اقتران العقود بالشروط،سنقوم أولا بتعريف معنى الشرط ثم نذكر أهم خصائصه.

### المطلب الأول: تعريف الشرط:

### الفرع الأول: التعريف اللغوي:

الشرط في اللغة بتسكين الراء:التزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وكذلك الشريطة، والجمع شروط[1].

والشرط بالتحريك: العلامة، والجمع أشراط، أشراط الساعة: علاماتها ومنه التنزيل العزيز قوله تعالى: " فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّىٰ لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ (18) "[2]، والاشتراط: "العلامة التي يجعلها الناس بينهم"[3].

### الفرع الثاني: تعريف الشرط اصطلاحا:

ويعتبر الشرط من المصطلحات الأصولية، ولذا يجب تقديم تعريف الشرط عند الأصوليين أولا ثم تعريفه عند الفقهاء، فغالبا ما نجد علماء الأصول يذكرون الشرط في كتبهم وهذا من دراستهم للحكم الوضعي، قال صاحب الكوكب المنير "الأحكام توجد بوجود الأسباب والشروط وتنتهي بوجود المانع، وانتفاء الأسباب والشروط)[4].

---

[1]-ابن منظور، لسان العرب، بيروت، لبنان، ط1، ج8 ، ص309 .

2- سورة محمد، الآية 18.

3- الفيروز آبادي، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 2005م- 1426هـ، ص 372.

4-ابن نجار، شرح الكوكب المنير، المملكة العربية السعودية، ط2، 1413هـ/1993م، ج1، ص.453

ولهذا سوف نتطرق إلى تعريف الشرط عند الأصوليين أولا:

قبل التطرق إلى تعريف الشرط عند الأصوليين، نعرج إلى بعض تعريفات الشرط:

**أولا:** الشرط في العرف العام: "هوما يتوقف عليه وجود الشيء".[1]

**ثانيا:** الشرط في اصطلاح المتكلمين: "هو ما يتوقف عليه تحقيق الشيء،ويكون داخلا في ذلك الشيء، ولا مؤثرا فيه"[2].

**ثالثا:**الشرط عند النحاة: "هو ما يدل عليه أحد الحرفين "إن" و"إذا" أو ما يقوم مقامهما فيه مما يدل على سببه الأول ومسببه الثاني".[3]

وسواء كان الشرط علة الجزاء نحو: "إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود أو معلوما نحو: "إن كان النهار موجودا فالشمس طالعة أو غير ذلك نحو إن دخلت الدار فأنت طالق" ويسمى الشرط عند النحاة أيضا بالشرط اللغوي.[4]

## الفرع الثالث:الشرط عند الأصوليين:

عند النظر والتتبع لكلام العلماء في موضوع الشرط، نجد أن الشرط ليس موطن اختلاف، ولكن ما أوردوه من تعريفات لضبط هذه الحقيقة يختلف قليلا،لذا فقد تم تعريفه تعريفات كثيرة، كل واحد من تلك التعريفات يسعى إلى ضبط حقيقته حقيقة مانعة جامعة، ولهذا سوف نتطرق إلى بعض التعريفات على النحو التالي:

لقد عرف الأصوليون الشرط بعدة تعريفات، و من هذه التعريفات وأشهرها نجد الشرط "هو الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم ،ويلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم"[5].

---

1- محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول، دار الكتاب العربي، دمشق، ط1، 1999، ج1 ، ص 377.

2- المرجع نفسه، ج1، ص 378.

3-الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1، 1403هـ/1983م ، ج1، ص172.

4- المرجع نفسه، ج1، ص 170.

5-الامام ابوزهرة، أصول الفقه ، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1958م، ج1، ص48.

## شرح التعريف الأول:

قوله في التعريف(هو ما يلزم من عدمه عدم الحكم )أي يلزم من عدم الشرط عدم المشروط كالوضوء الذي هو شرط لصحة الصلاة، فاذا انعدم هذا الشرط انعدمت الصلاة ، وبهذا القيد احترز المانع.

أما قوله(لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط وعدم وجوده) مثلا قد يتوضأ الإنسان ولا يصلي ولا يلزم من وجوده عدمها وهذا الاخير قيد من السبب.

وقيل أيضا الشرط "وصف ظاهر منضبط يلزم من عدهم عدم الحكم ولا يلزم من وجوده الحكم ولا عدم وجود لذاته يكون خارجا عن حقيقة المشروط"[1].

شرح التعريف الثاني:

**ما يلزم من عدمه عدم المشروط:** احتراز من المانع لأن عدمه لا يؤثر في الحكم .

**ما لا يلزم من وجوده وجود ولا عدم:** احتراز من السبب فان وجوده يلتزم وجود المسبب.

**لذاته:**انه بغض النظر عما اذا كان الشرط اقترن به وجود السبب أو المانع.

**يكون خارجا عن حقيقة المشروط:**أي لا يكون جزء من حقيقة المشروط ،مثلا الوضوء ليس جزء من حقيقة الصلاة ولكنه عبادة مستقلة.

## البند الثاني: تعريف الشرط عند الفقهاء:

لقد استعمل الفقهاء عبارة الشرط استعمالا لا يختلف اختلافا كبيرا عن استعمال الأصوليين له، إلا أن استعماله فقها شكل من أشكال التطبيق على الفروع، فعرف الشرط أنه"ما يتوقف على وجود الشيء، ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده[2]،أو هو ما لا يوجد المشروط مع عدمه ولا يلزمه أن يوجد عند وجوده[3]،وبعد أن تطرقنا إلى مفهوم الشرط عند الفقهاء نلاحظ أن مفهوم الشرط والإطلاقات الموجهة إليه نجد أن له ثلاثة معان:

---

[1]-وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان ، ط1، 1406ه/1986م، ج1، ص93 -95.

[2]– التعريفات، الجرجاني، دار الفضيلة، القاهرة، ط1، 2007م، ج1، ص 209.

[3]-ابن تيمية، القواعد والفوائد الاصولية وما يتبعها من الاحكام الفرعية، دار البيان، بيروت، ط1، 1422ه/2001م، ج1، ص256.

أ- إما أن يراد به معنى الشرط عند الأصوليين وذلك كشروط الصلاة والزكاة والبيع والنكاح...

ب- وإما أن يراد به أن الشرط اللغوي الذي هو عقد السبب، فيلزم منه وجود الشرط ووجود المشروط ومن عدمه العدم مثال: باب تعليق الطلاق على الشروط.

ج- وإما أن يراد بالشرط: إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة ومثال ذلك: شروط البيع والوقف والنكاح وغيرها[1]،فالوضوء مثلا شرط لصحة إقامة الصلاة فإذا لم يوجد وضوء، لا تصح إقامة الصلاة ولا يلزم من وجود الوضوء إقامة الصلاة، والزوجية شرط لإيقاع الطلاق، فإذا لم توجد الزوجية لم يوجد الطلاق، ولكن لا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق وهذا كل ما شرط له الشارع شرطا لا يتحقق وجوده الشرعي، إلا إذا وجدت شروطه، ويعتبر شرطا معدوما إذا فقدت شروطه، ولكن لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط[2].

ومن الأمثلة نجد أنه ما يلحق بالعقود، فيكون زائدا على العقد، وذلك لرعاية مصلحة المتعاقدين، وهو كذلك لا يخرج عن المعنى الأصولي مثال اشتراط المشتري على البائع تسليم السلعة في مكان محدد.

## البند الثالث: تعريف الشرط قانونا:

بعد التطرق إلى تعريف الشرط لغة واصطلاحا،وشرح بعض التعريفات،سنقوم بذكر مفهوم الشرط في القانون،كون دراستنا هذه دراسة مقارنة تقوم على أساس المقارنة بين الفقه والقانون، وعليه سنقوم بذكر مفهوم الشرط عند القانونيين، ومن ثم نعرج إلى بعض تعاريف الشرط في بعض النصوص العربية القانونية الخاصة بالشرط، مع الشرح والتحليل.

---

[1]- ابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، دار البيان، بيروت، ط1، 1422هـ/2001م، ج1، ص 256.

[2] - الامام أبوزهرة، المرجع السابق، ج1، ص48.

**أولا: القانون المدني الجزائري:**

نصت المادة 203 منه على مايلي:( يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على مستقبل وممكن وقوعه[1].

**ثانيا: مجلة الالتزامات والعقود التونسية:** جاء في الفصل 116 من هذه المجلة مايلي: الشرط تصريح بمراد المتعاقدين وبموجه يعلق وجود الالتزام أو انقضاءه بأمر مستقل غير محقق الوجود، والأمر المحقق الوجود وقت التعاقد أو قبله لا يعد شرطا ولو جهل المتعاقدين وجوده[2].

**ثالثا القانون الأردني:** *أما* القانون الأردني فقد خصص للشرط المواد من (393-401)حيث نصت المادة 393 "الشرط التزام مستقبل عليه وجود الحكم او زواله عند تحققه"[3].

فالشرط هوما يتوقف وجود الحكم على وجوده ويلزم من عدمه الحكم، وهو أيضا أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه، نشوء الالتزام وانقضاؤه كتعليق انعقاد العقد القانوني، أو فسخه على حدوث حدث في المستقبل غير مؤكد.[4]

فالمقصود بالشرط في القانون المدني، حسبما جاء في المادة السالفة الذكر وباعتباره وصفا يلحق بالالتزام ،هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع ،يترتب على وقوعه إما تقف نشوء الالتزام أو زواله والذي من شأنه تعديل أحكام الالتزام،فيكون الالتزام في مرحلة التعليق موجودا غير أن وجوده ليس مؤكدا ،فلا يجوز للدائن أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيارا طالما لم يتحقق الشرط[5].

---

[1]-الأمر 75-58المؤرخ في26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر 07-05المؤرخ في13 ماي 2007 ، الجريدة الرسمية، العدد31.

[2]-قانون87لسنة 2005المؤرخ في 15اوت2005ا، لمتعلق بتنظيم مجلة الموافقات والعقود التونسية، الرائد الاسمي، العدد68.

[3]الشرط -.www.lawja.net/vb/showtheread.php?11635-29-07-2010

[4]-بشار عدنان ملكاوي: معجم مصطلحات القانون الخاص، دار وائل، الأردن، ط1، 2008م، ص 131.

[5]- بلحاج العربي، احكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2013م، ط1، ص344.

ولقد تطرق المشرع الجزائري لمفهوم الشرط في القانون المدني الجزائري، في القسم الأول في الباب الثالث، تحت عنوان الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، حيث قام بمقارنة الشرط والأجل، غير أنه لم يعطي ويحدد مفهوم أو تعريف عام للشرط، حيث نجد أن دراسة المشرع الجزائري للشرط في باب بعنوان الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، يعد ويعتبر إقرار من خلاله يسمح للمتعاقدين بالاشتراط وهذا لتعديل العقد والتصرف .

ولكي نوضح ونبين تطرق القانون المدني الجزائري للشرط، وأهم العناصر التي يتكون منها هذا التعريف ،سنقوم بذكرها إجمالا ثم نفصل في ذلك.

يقصد بالشرط أن يعلق وجود أو زوال الالتزام على أمر مستقبل ممكن الوقوع وعلى هذا الأساس، إذا تعلق وجود الالتزام بالشرط كان الشرط واقفا، أما إذا تعلق زوال الالتزام بتحقق الشرط كان الشرط فاسخا.[1]

وعليه مما سبق يتبين لنا أهم العناصر المكونة للشرط:

1- أمر مستقبلي.

2- غير محقق الوقوع.

3- يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله.[2]

**تحليل هذه العناصر:**

**1- الشرط أمر مستقبلي:** يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه، أي بمعنى أنه التزام معلق، مقيد بشرط غير قائم أو بواقعة في المستقبل، ويتراخى أثره حتى يتحقق الشرط ولا يهم ما إذا كان هذا الأمر ايجابيا او سلبيا،وهولا يقوم على أمر من أمور الماضي أو الحاضر،فالالتزام الذي يعلق على أمر قد تحقق بالفعل ،لا يعتبر موصوفا وانماهو التزام بسيط أو عادي،وعليه فلا بد أن يكون الشرط معلقا بالتزام سيوجد في المستقبل ،وغير موجود في الماضي ولا في الحال، حتى لا يستحيل على المتعاقد

[1]- دربال عبد الرزاق ، الوجيز في أحكام الالتزام، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 1425هـ/2004م، ص 42.

[2]- المرجع نفسه، ص 42.

الالتزام بالشرط تجاه المشترط وإذا كان الشرط واقعا ،بالفعل فلا فائدة من اشتراطه ،لأنه تحصيل حاصل فمثلا لو قال الزوج لزوجته انت طالق اذا خرجت من البيت الزوجية، فهنا فعل الخروج مرتبط بالزوجة[1].

2- **غير محقق الوقوع:** يجب أن يكون الشرط غير محقق الوقوع، لأنه إذا كان الأمر مستقبلا ولكنه محقق الوقوع، لا يكون شرطا بل يكون أجلا، حيث يوضح السنهوري، ذلك في الوسيط فيقول،" إذا أضاف الملتزم إلزامه الى موسم الحصاد، كان الالتزام مقترنا بأجل لا معلقا على شرط، كون موسم الحصاد في شؤون الدنيا لا بد آت، فالأمر هنا محقق الوقوع، فيكون أجلا لا شرطا، كما يجب أن لا يكون الشرط مستحيلا، وإلا بطل الالتزام والشرط معا من كل هذا الأخير واقفا، أو بطل الشرط وحده إن كان ناسخا، أي أنه يستحيل تحقق الشرط بالوسائل المعروفة للإنسان، فإذا مثلا وعد الشخص آخر بإعطائه جائزة إذا وصل إلى القمر، كانت هذه الاستحالة مطلقة، لكون وسائل الطيران المعروفة حتى اليوم، تعجز عجزا مطلقا للوصول إلى القمر، أو كأن يبيع شخص لآخر دارا إذا طلعت الشمس من المغرب، فهنا الشرط مانع من وجود الالتزام أصلا، لأن الأمر المشترط مستحيل استحالة مطلقة.[2]

أما في حالة ما إذا كانت الاستحالة نسبية، فإنها لا تعيب الالتزام، بل يكون في هذه الحالة قائما يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط، وتعتبر الاستحالة نسبية إذا غلب على الظن تحقق السبب المشروط، وإذا تهيأت الظروف المناسبة لذلك، فيجوز لشخص أو هيئة أن تعد بمنح جائزة إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجا لبعض الأمراض المستعصية التي لا يوجد لها علاج اليوم.[3]

---

[1]-براكتة مسعود ، (الاشتراط في قانون الاسرة الجزائري) ، رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014 2015، ص6.

[2]- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2004، ج1، ص 360.

[3]- عبد القادر السنهوري، نظرية العقد، دار منشورات الحلبي العصرية، لبنان، ط2، 1998م، ج1، ص 103.

### 3- يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله:

قد يحصل البطلان لا لكون الشرط مستحيلا، بل لكونه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، وفي هذه الحالة يسري نفس الحكم السابق،(الخاص بالاستحالة)، غير أنه بالنسبة للشرط الفاسخ يبطل الالتزام والشرط أيضا،(على خلاف الحالة السابقة)إذا كان الشرط هو الدافع إلى الالتزام، ويبطل الشرط والالتزام المعلق عليه إذا كان الشرط واقفا،إذا تعلق بإرادة المدين وحده، فإن شاء أنشأ الالتزام وإن شاء أبقاه غير ناشئ، كمن يعلق نشأة الالتزام بالبيع مثلا بإرادته المحضة، ويطلق على هذا الشرط بالشرط الإرادي المحض، وهويدل على أن غياب الإرادة الحقيقية في الالتزام لذلك أبطلا معا أي الشرط والالتزام[1] ، وعليه فالشرط إما أن يتوقف عليه وجود الالتزام أو زواله، فإذا توقف عليه وجود الالتزام كان الشرط (واقفا)، أما إذا توقف عليه فسخ الالتزام أو زواله فإنه يسمى شرطا (فاسخا).

بعد القيام بتحليل هذا العنصر،يمكن القول أن فقهاء القانون قد قسموا الشرط إلى نوعين أساسين وكل نوع يقسم إلى عدة صور وهي كالتالي:

أ- **الشرط الواقف:**هو الذي يترتب عليه تحقق الشرط ،ومنه يصبح الحق مكتمل الوجود نافذا لا من تاريخ تحقق الشرط فحسب، بل من تاريخ نشأة الحق، على اعتبار أن أثر تحقق الشرط يسري بأثر رجعي، ويصبح هذا الحق واجب الأداء في الحال إما اختيارا أو جبرا على المدين، وإذا تخلف الشرط الواقف بسبب الأثر الرجعي أيضا، يعتبر أن التزام المدين كأن لم يكن وتنمحي جميع آثاره[2].

ب- **الشرط الفاسخ:** يترتب عليه تحقق الشرط الفاسخ أن يزول حق الدائن تماما، وهذا منذ تاريخ نشوئه تطبيقا للأثر الرجعي للشرط، ويعني ذلك وجوب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام التصرف، بحيث يرد كل منهما إلى الآخر ما تسلمه منه (كالبيع

---

[1]- عبد المنعم البدوي، النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ط، ج2، ص 102.

[2]- دربال عبد الرزاق: مرجع سابق، ص 43.

والثمن)، تطبيقا لقواعد رد غير المستحق، أما إذا تخلف الشرط، فقد تأكد الحق ولا محل لزواله، هذا مع الإشارة إلى أن الأثر الرجعي للشرط ليس من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافه مما يجعل أثره يسري منذ تحققه فقط، لا منذ نشوء الحق، كما أن طبيعة بعض العقود (كالعقود الزمنية: الانجاز والعمل) تستعصي على الأثر الرجعين وبالتالي يسري أثر الشرط فيها من تاريخ تحقق هذا الشرط[1].

كما أنه من المعلوم أن الشرط الفاسخ لا يعرف بهذه التسمية في الفقه الاسلامي،وانما يطلق عليه الفقهاء مصطلح "الشرط المقيد" ،الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام تلقائيا دون الحاجة الى حكم قضائي ،ومن الملاحظ أيضا أن وجود أحد نوعي الشرط يتضمن بالضرورة وجود النوع الاخر بالنسبة لأحد طرفيه، فمثلا اذا وهب شخص ابنه ارضه اذا تزوج فتاة معينة ، كان الابن مالكا للأرض تحت شرط واقف، وكان الأب في نفس الوقت مالكا للأرض تحت شرط فاسخ والشرط واحد في كلتا الحالتين، لذا يقول الفقهاء أن الشرط الواقف والشرط الفاسخ وجهان لواقعة واحدة[2].

من خلال كل تلك التعاريف، يتبين لنا أن الفارق الأساسي عند فقهاء القانون بين النوعين (الشرط الواقف، الشرط الفاسخ) يكمن في الحكم، حيث أن الالتزام في الشرط الواقف معدوم ومحتمل الوجود، وفي الشرط الفاسخ موجود محتمل الزوال، أما فيما يخص تقسيمهم للشرط إلى نوعين موقف وفاسخ، فهو في الحقيقة ليس تقسيما للشرط نفسه، بل هو تقسيم للأمر المشروط، فإذا كان المربوط بالشرط هو أصل الالتزام سمي الشرط عندهم موقفا، أما إذا كان المربوط به زوال الالتزام سمي الشرط فاسخا، وفي كلتا الحالتين الشرط واحد من قبيل التعليق، ولكن تعليق نشوء الالتزام يعني عدم وجود الالتزام من الطرفين،لقيام الالتزام واستمراره بينهما إلى حين وجود ما يفسخه[3].

[1]– عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1، ص 102.

[2]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، ص357.

[3]-عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ج1، ص102.

### البند الرابع: التعريف المختار:

بعد التطرق إلى مفهوم وتعريف الشرط لغة واصطلاحا، وهذا عند الأصوليين والفقهاء، وكذلك عند رجال القانون مع التحليل والشرح، ولهذا ما دام موضوع بحثنا يتعلق بالاشتراط في عقد الزواج، يجب أن يكون التعريف مشتملا على هذا النوع من الشروط، وعليه يمكننا أن نعرف الشرط المقترن بالعقد"هو اقتران عقد الزواج بالتزام أحد طرفيه، أو كلاهما بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقد بناء على شرط الطرف الآخر بأي عبارة تفيد ذلك".

**المطلب الثاني: التمييز بين الشرط وبعض المصطلحات:**

**الفرع الأول: الفرق بين الشرط والركن :**

بعد أن قمنا بذكر تعريف الشرط،وذكرنا أنه يعتبر من المصطلحات الأصولية،ومنه فإننا سنقوم من خلال هذا المطلب التطرق إلى ذكر بعض المصطلحات، التي لها علاقة بالشرط من خلال ذكر أوجه الفرق بينها وبين الشرط،ومن أهم المصطلحات نجد مثال الركن الذي يعتبر من أهم تلك المصطلحات،حيث نجد أن أغلب الفقهاء يذكرونه خاصة في ذكر الأركان والشروط،وأيضا قمنا بذكر الفرق بين الشرط والسبب،والمانع .

إن ركن أي تعريف من التعريفات القانونية هو جزؤه الذيلا يتحقق وجوده إلا به، فالركن هو ما كان داخلا في الماهية، بحيث لا ينعقد العقد إلا إذا توافرت أركانه، فإذا انقضى الركن فسد العقد وبطل، أما الشرط فهو ما كان خارجا عن الماهية ،إذ ينعقد العقد بدونه ولكنه مع ذلك تتوقف صحته على توفره، فلا يبرم عقد الزواج إلا إذا توفرت فيه أركان تقومه وتحقق ماهيته، كما يجب أن تجتمع فيه شروط عقد الزواج الصحيح، وأنتج جميع آثاره القانونية، أما إذا نقض شيء من ذلك انعدم الوجود الشرعي لعقد الزواج.[1]

[1]– يوسف محمد أبو قرين، الشرح المبسط لأحكام الأسرة، دار الكتاب الوطنية، بنغازي، ليبيا، ط1، ص 93.

فالشرط ما خرج عن ذات الشيء وحقيقته، والركن ما يكون به قوام الشيء، بحيث يعد جزءا داخلا في حقيقته كالإيجاب في العقد فإنه جزء داخل في حقيقته، لا يوجد العقد بدونه.[1]

فالشرط والركن يتفقان في أن كل منهما يتوقف وجود الشيء على وجوده، ويكمن الفارق بينهما أن الركن جزء من الحقيقة، والشرط ليس جزءا منها، فالركن ما كان 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]

فإذا العلاقة بين الشرط والركن تكمن في أن كلاهما يتوقف وجود العقد بوجوده، فإذا تخلف الركن بطل الحكم، وإذا تخلف الشرط فسد الحكم، أي أن الحكم يتوقف وجوده على وجودهما، وعدم وجود المحل يلزم بطلان العقد.[3]

## الفرع الثاني: الفرق بين الشرط والسبب:

يعرف السبب في اللغة بأنه"الحبل الذي يتعلق به الإنسان ويتشبث به للارتقاء والانتقال ولهذا سمي سببا، تشبيها بالحبل الممتد".[4]

**والسبب في اصطلاح الفقهاء:** هو كل حادث ربط به الشرع أمرا آخر وجودا وعدما، وهو خارج عن ماهيته، أو هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم، والسبب أيضا هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معروفا لحكم شرعي، كجعل زوال الشمس إمارة معرفة لدخول وقت الصلاة، وكذلك عرف من حيث أثره، وهو الذي يلزم من وجوده الوجود، ويلزم من عدمه العدم لذاته[5]. أما القيد الثاني فاحتراز من الشرط، فإنه لا يلزم

---

[1]–عبد المغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، القاهرة، ط1، 1429هـ/2002م، ج1، ص 226.

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

[3]– وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر، دار الحكم الطيب، دمشق، د.ط، 1431هـ/2010م، ج3، ص55.

[4]–عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5، 1447هـ/1996م/ج1، ج1، ص59.

[5]– وهبة الزحيلي، اصول الفقه الاسلامي، مرجع سابق ، ج1، ص 95.

من وجوده شيء، إنما يؤثر عدمه من العدم، فالشرط والسبب يلزم من عدمها العدم، فيلزم من زوال الشمس دخول وقت الصلاة، ويلزم من عدم زوالها، عدم دخول الوقت الصلاة.[1]

أما الشرط ما كان عدمه مخلا بحكمة السبب، فهو شرط السبب، كالقدرة على التسليم في باب البيع، وما كان عدمه مشتملا على حكمة مقتضاها، نقض حكم السبب وعليه فالشرط والسبب من خلال تعريفهما، نجد أنهما يتفقان في حالة العدم أي أنه إذا انعدم الشرط انعدم المشروط، وإذا انعدم السبب انعدم المسبب، ويفترقان من حيث أن السبب من وجد يلزم من وجوده الوجود، والحكم مالم يوجد ما يمنع ذلك ، فمتى وجدت الزوجية أو القرابة وجد الميراث، على خلاف الشرط فإن وجوده لا يستلزم وجود الحكم أو الأمر المشروط، فلا يلزم مثلا من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج وهكذا فإنه لو صح وقوع المشروط بدون شرطه لم يكن شرطا فيه، وقد فرض كذلك أنه شرط وذلك أن الحكم يتوقف على وجود السبب وتحقق الشرط.[2]

## الفرع الثالث: الفرق بين المانع والشرط:

المانع لغة: هو(اسم فاعل منع، أما المانع في اصطلاح الفقهاء، فهو الذي جعله الشارع حائلا دون تحقق السبب أو الحكم حتى يلزم جميع شروطه، ولكن يوجد مانع يمنع ان يرتكب الحكم عليه فالمانع "هو أمر يوجد مع تحقق السبب وتوافر شروطه، ويمنع من ترتب المسبب على سببه"[3]،وقيل في ثلاث،" فالمعتبر من المانع وجوده، ومن الشرط عدمه، ومن السبب وجوده وعدمه" فالأول،( ما يلزم من وجوده العدم) احتراز من السبب، والثاني (مايلزم من عدمه وجود ولا عدم)، احتراز من الشرط، والثالث (لذاته)، احتراز من مقارنة عدمه لوجود السبب[4]، مثال يعتبر قتل الوارث مورثه مانعا شرعيا من موانع الميراث، ففي هذا المثال فإن

---

[1]– الآمدي ، مرجع سابق، ج1، ص 174.

[2]– علاء الدين الحنبلي، التحبير في شرح التحرير في أصول الفقه ، مكتبة الرشد، الرياض، د ط، 1997م، ج1، ص 104.

[3]-عوض احمد ادريس، الوجيز في اصول الفقه، دار مكتبة الهلال ، بيروت، ط2، 2001م، ج1، ص52.

[4]-.ابن نجار ، شرح الكوكب المنير، مرجع سابق، ج1، ص452.

القاتل لا يرث رغم قيام سبب الإرث سواءا، كان من القرابة أو الزوجية، لأنه لو ورث بسبب القتل لكان منتفعا عن طريق ارتكاب جناية القتل شرعا وقانونا وعليه فإن حصول المانع يقتضي رفع مقتضى السبب أو وجود الحكم،حيث إذا حضر المانع مقتضى علة تنافي تلك العلة ارتفع ذلك الحكم، وبطلت العلة لكن من شرط كونه مانعا، أن يكون مخلا بعلة السبب الذي نسب له المانع فيكون رفعا لحكمه، فإن لم يكن كذلك، كان حضوره مع ما هو مانع له، من باب تعارض سببين أو حكمين متقابلين، فإذا قلنا الدين مانع الزكاة وضعناه أنه بسبب يقتضي افتقار المدين إلى ما يؤدي إلى دينه، وقد يتعين فيما بيده من النصاب، فحين تعلقت به حقوق الغرماء، انتقت حكمته وجود النصاب وهي الغني الذي هو علة الزكاة فسقطت[1] ،ويكمن الفرق بين الشرط والمانع، أن الشرط لابد يكون وصفا وجوديا، وأما المانع فعدمي لأن عدم المانع يكتفي به الأصل، والشرط لابد من تحققه فإذا شك في شيء يرجع إلى الأصل، ولذلك عدت الطهارة شرطا لأن الشك فيها مع تيقن ضدها المستصحب، يمنع انعقاد الصلاة، كذلك يتمثل الفرق بينهما في أن المانع هو كل ما يلزم وجوده انتقاء غيره، أن المانع عكس الشرط لأن الشرط ما يلزم من عدمه عدم غيره.[2]

## المبحث الثاني: خصائص الشرط المقترن بالعقد وأقسامه.

### المطلب الأول: خصائص الشرط:

من خلال ذكر تعريف الشرط لغة واصطلاحا،يمكن استنتاج أهم المقومات الأساسية التي يقوم عليها الشرط،والتي تعتبر بمثابة الخصائص المميزة له والتي سوف نقوم بذكرها كالتالي:

**الفرع الأول: أنه أمر زائد على أصل العقد:**

قال الزركسي"الشرط ما جزم فيه بالأصل اي التصرف وشرط فيه أمرا آخر "[3]فلو قال شخص لآخر بعتك هذه السيارة بألف دينار الى سنة، على أن تعطيني رهنا أو كفيلا، فقبل

---

[1]– رابح بن غريب، مدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم، جامعة جيجل، الجزائر، ط1، 2002م، ص 66-67.

[2]– ابن نجار ، شرح الكوكب المنير، مرجع سابق، ج1، ص 456.

[3] سليمان الاشقر،احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة،دار النفائس، الاردن،ط1،1997،ج1،ص57.

الآخر فالرهن أو الكفيل التزام زائد عن عقد البيع،لأنه ينعقد بدون هذا الشرط ولا يتوقف وجوده وذاته على هذا الشرط وهنا يختلف الشرط المقترن بالعقد عن الشرط التعليق،لأنه يقيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر بأدوات من أدوات الشرط، مثال ذلك أن يقول شخص لشخص آخر،إذا قدم ولدي من السفر فقد بعتك داري بمائة ألف دينار، وهذا الشرط التعليقي لا يكون منعقدا في الحال [1].

**الفرع الثاني: أنه أمر مستقبلي:**

لابد أن يكون الشرط متعلقا بالتزام سيوجد من المستقبل، وغير موجود في الماضي، ولا في الحال حتى لا يستحيل على المتعاقد الالتزام بالشرط اتجاه المشترط ،وإذا كان الشرط واقعا بالفعل، فلا فائدة من اشتراطه لأنه تحصيل حاصل، مثال لو أن شخص قال لشخص اخر بعتك هذه الدار بشرط أن يعطيه رهنا أو كفيل معين بالثمن، فعقد البيع اقترن بشرط يلزم احد المتعاقدين بأمر يحدث في المستقبل وهو تقديم الكفالة أو الرهن بعد اتمام العقد، فالشرط هنا التزام أمر لم يوجد في الماضي أوفي الحال، بل التزام سيوجد في المستقبل في أمر قد يوجد بالفعل[2].

**الفرع الثالث: أنه أمر محتمل الوقوع:**

أي أن يكون الأمر ممكن الوقوع ،فإذا كانت الواقعة محل الشرط مستحيلة بطل العقد والشرط معا لأن الاستحالة تمنع نشوء الالتزام قانونا، وفقا للقاعدة الكلية "لا التزام مستحيل" ،وقد أشارت إلى ذلك المادة204من ق م صراحة على أنه "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو شرط مخالف للآداب او النظام العام"[3].

والاستحالة التي تمنع صحة التعليق هي الاستحالة المطلقة،وهي قد تكون مادية ترجع إلى طبيعة الأشياء أو تكون قانونية ترجع إلى حكم القانون ،فلاستحالة هنا مطلقة تؤدي إلى

---

[1] -طرشي سامية، الشروط في عقد الزواج الاحكام والاثار)، مذكرة ماستر، تخصص ق اسرة، جامعة بسكرة، 2014م/2015م، ص12..

[2]-محمد عبد الله علي طلاحفة، (التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية)، رسالة دكتورة، جامعة الأردن، 2004م، ص10.

[3]-بلحاج العربي، مرجع سابق، ص348.

بطلان الاتفاق المعلق عليه ،مثال كمن يعد شخصا أن يحيى شخصا ميتا أو من يمسك بالشمس أو يطير في الجو دون أي وسيلة، أما إذا كانت الاستحالة نسبية،فإنها لا تؤثر على التعليق على الشرط ولا تعيب الالتزام[1].

## المطلب الثاني : أقسام الشرط

بعد القيام بذكر أهم خصائص الشرط،سنقوم بالتطرق إلى أهم أقسام الشرط،حيث نجد أن الشرط ينقسم إلى عدة أقسام،تختلف بعدة اختلافات بحسب موضع كل واحدة،فلو نظرنا مثلا إلى الشرط من حيث مصدر اشتراطه، نجد انه ينقسم إلى شرط شرعي، وشرط جعلي، وشرط عرفيأما لو نظرنا إلى الشرط من خلال وظيفته ، فنجد أنه ينقسم إلى شرط تعليق ،وشرط إضافة، وشرط تقييد

وعليه سنقوم بذكر كل تلك التقسيمات عبر الفروع التالية:

### الفرع الأول: أقسام الشرط من حيث المصدر:

ينقسم الشرط من حيث جهة أو مصدر اشتراطه، إلى شرط شرعي أو قانوني، أو أن يكون إراديا أو جعليا، كما قد يكون شرطا عرفيا، ولهذا سوف نتطرق إلى كل واحد بالتفصيل.

#### أولا: الشرط الشرعي:

هو ما كان مصدر اشتراطه الشارع،أي أن الشارع هوالذي اشترطه لتحققه،ومثال على ذلك بلوغ الصغير سن الرشد لتسليم المال اليه ،ومثله سائر الشروط التي اشترطها الشارع في العقود والتصرفات والعبادات والجنايات [2]،فالشرط شرعي لازما لتحقق أمر آخر ربط به عدما بحيث إن لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر، وإن وجد الشرط لا يلزم من وجوده وجود المشروط كالوضوء للصلاة فاذا لم يوجد لا تصح الصلاة ،ولا يشترط من وجود

[1]-المرجع نفسه، ص348.

[2] -عبدالكريم زيدان، مرجع سابق، ج 1، ص59.

الوضوء إقامة الصلاة وكذلك الشاهدان في عقد الزواج ووجود الولي أيضا فكل هذه الشروط تسمى شروط شرعية[1].

**ثانيا: الشرط الجعلي:**

هو ما كان مصدر اشتراطه إرادة المكلف، كالشروط التي يشترطها الناس بعضهم على بعض، في عقودهم وتصرفاتهم،كقوله إن خرجت من الدار فأنت طالق أو الشروط التي يشترطها المكلف بإرادته المنفردة كالوقف[2]،اي هي كل الشروط التي اباح الشارع للعاقدين أن ينشؤوها بإرادتهم وتصرفاتهم في العقود ،فهو شرط ينشئه الانسان بتصرفه وارادته فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة ومرتبطة به بحيث أنه إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود ولا الالتزامات لأن الأمر الذي صار شرطا للالتزام لم تكن له هذه الصفة شرعا ،وإنما جعله الشخص شرطا معلقا عليه في أي أمر كان فيه التنجيز والتعليق[3].

فالشرط الجعلي أو الإرادي هو الذي يرجع تحديد نطاقه إلى إرادة العاقد ولكن الشارع قيده بحدود معينة فليس للعاقد اشتراط أي شرط يرده بل يجب أن لا يخالف حكم العقد أو التصرف وإلا عد شرطا لاغيا[4].

وعليه يمكن القول أن الشروط الجعلية الناتجة عن المتعاقدين وإباحة من الشارع تنقسم إلى أقسام، وقد قسم الإمام الشاطبي الشروط التقليدية المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام، بينها بقوله "الشروط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام":

أ- شرط لا ينافي الشرع بل هو مكمل للعقد وذلك كما لو اشترط المقرض على المقترض رهنا أو كفيلا لضمان سداد القرض.

ب- شرط غير ملائم وينافي مقتضاه، كأن يشترط الزوج عدم الإنفاق على زوجته.

---

[1]-احمد ابن مشعل الغامدي، مفهوم الشرط عند الاصوليين، مذكرة دكتورة، المملكة العربية السعودية، 1428ه/1429م، ص89.

[2]-عبد الكريم زيدان ، مرجع سابق ، ج1، ص59.

[3]-سامي محمد ابوا عرجة، (الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الاسلامي)، مجلة الازهر، العدد2، 2008 م، ص18.

[4]-براكتة مسعود ، مرجع سابق ، ص 9 .

ج- شرط لا ينافي العقد وتحقق مصلحة لأحد العاقدين، أو كليهما، غير أن العقد لا يقتضيه، أي يعرف مدى ملائمة أو عدم ملائمة للعقد[1].

ويمكن القول أن الفرق الأساسي بين الشرط الشرعي والشرط الجعلي، يكمن في الأثر المترتب عنهما أنه في حالة انتفاء الشرط ينتفي المشروط ،هذا بالنسبة للشرط الشرعي أو القانوني فمثلا تخلف شرط وفاة الموروث معه ينتفي استحقاق الإرث بخلاف الشرط الجعلي فإن المشروط يمكن أن يوجد دون الشرط، فمثال لو أن الزوج قال لزوجته إذا خرجت من الدار فانت طالق فلو تحقق الشرط فيبقى من الممكن أن يقع الطلاق بسبب آخر[2].

**ثالثا: الشرط العرفي:**

إن معنى العرف في الاصطلاح ما جاء في تعريف بركات حافظ الدين النسفي في كتابه المستصفى، حيث عرف العرف والعادة "استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول والعادة مؤخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة اخرى صارت معروفة مقرة في النفوس والعقول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية فالعادة والعرف معنى واحد"[3]

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

1- أن يكون العرف مطردا أو غالبا.

2- أن يكون العرف المراد تحكيمه في المتعرفات قائما عند إنشائها.

3- ألا يعارض العرف نصا شرعيا ولا نصا قانونيا، ولا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية ولا حكما بحيث يكون العمل بالعمل تعطيل له.

---

[1]-ابي اسحاق الشاطبي، الموافقات، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 20071428، ج1 ، ص23.

[2]-براكتة مسعود، مرجع سابق، ص10.

[3]- سعد الدين التفتزاني ، شرح التوضيح على التلويح، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، 1996 1416 ، ط1، ج1، ص276.

كذلك من شروطه أن يكون قائما وقت انشاء التصرفات، التي يراد فيها بحكم العرف فلا يعمل له الا في الحوادث التي نشأت وهو موجود ،ومن قال الفقهاء أن العرف الذي يحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ولا غيره بالعرف الطارئ[1].

وقد اختلف الفقهاء في مدى تقييد العقود والتعريفات بالشرط العرفي، فذهب الحنفية إلى اعتبار العرف الصحيح وتقييد العقد به، إنشادا إلى بعض القواعد العامة كقاعدة "العادة محكمة" وقاعدة "الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي"، وذهب المالكية أيضا الى ما ذهب اليه مذهب الحنفية في اعتبار العرف، أما الشافعية فالأصح عندهم أن العرف لا ينزل منزلة النص الصريح[2].

## الفرع الثاني: أقسام الشرط من حيث وظيفته:

إن الشرط ينقسم من خلال وظيفته أو علاقته بالشيء المشروط الى شرط تقييد، وهذا يكون إذا جاء مقترنا بالعقد ومقيدا له،أو أن يكون العقد معلقا عليه، وما يسمى بشرط التعليق،وقد يكون شرطا مضافا إلى العقد، وهنا يصطلح عليه بشرط الإضافة، وكل ذلك سنقوم بدراسته فيما يلي:

### أولا: شرط التعليق:

إن التعليق على الشرط "هو ربط حصول مضمون جملة لحصول مضمون جملة أخرى "أو هو "ترتيب العقد على أمر سيوجد في المستقبل"، وعليه فإنه يفهم من ذلك أن التعليق على شرط، عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقا مرتبا لآثاره، فور صدوره[3]، ويصاغ التعليق عادة بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين، "نحو "إن" و "إذا" و"متى" و "كلما" ،مثال يقول إنسان لآخر إن سافر مدينك انا كفيل بمالك عليه،هنا يكون القائل قد ربط

[1] - سعد الدين التفتزاني، مرجع سابق، ج1، ص276.
[2] -براكتة مسعود ، الاشتراط في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص11.
[3] -مصطفى الزرقاء، مدخل للفقه العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1425ه/2004م، ج1، ص571.

انعقاد الكفالة بتحقيق سفر المدين وهذا تعليق للكفالة[1] ،ولكي يكون العقد مطلقا يجب ان يتوفر فيه شرطان أساسيان:

أ- يجب أن يكون الشرط المعلق عليه مذكورا.

ب-ان يكون الشرط المعلق مما يتحمل الوجود وعدمه ما يمكن معرفة عليه امرا مستقبلا.

ب- ألا يكون الشيء المعلق عليه مستحيلا، إلا إذا كان العقد باطلا.

وعليه يمكن القول بان الشرط المعلق التزام التزمه العاقد بقوله وربطه بسببه وعلقه بشرطه فإذا وجد الشرط الذي علق عليه وجب الالتزام له [2].

## ثانيا: الشرط الإضافي:

يكون الشرط إضافيا اذا تأخر أحكامه الى زمن المستقبل ،ويتحقق ذلك بإضافة صيغة الإيجاب الى المستقبل ،وصيغة الشرط قد تكون مطلقة مثال ذلك ،قول احد المتعاقدين للأخر اجرتك منزلي هذا لمدة سنتين تبدا من شهر القادم، او من أول العام ،ويقبل العاقد الآخر ،وعلى العكس من ذلك قد تكون صيغة العقد المضاف مقترنة بشرط ،وبخصوص حكم العقد المضاف فانه ينعقد في الحال، اي انه عقد قائم بين العاقدين منذ انشاء الاضافة، لكن لا يرتب العقد اثاره الا اذا جاء في الوقت الذي اضيف اليه العقد ،ولهذا نجد في كثير من القوانين الوضعية تعبر عن هذا الشرط،باصطلاح الاجل ومما يجب الاشارة اليه، ان عقد الزواج لا يشمله شرط الاضافة الى زمن المستقبل، لان عقد الزواج يوجب تمليك الاستمتاع في الحال[3].

## ثانيا: الشرط التقييدي:

هو " التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه "،ويصاغ عادة بعبارة "على ان" أو "على شرط " أو "بشرط أن" ونحو ذلك مما يفيد معنى التقييد،مثال ذلك

[1]-همام ذياب عبد الكريم، التعليق وأثاره في التصرفات، دار النفائس، الأردن، ط1، 1429ه/2009م، ج1، ص61-62.

[2]-همام ذياب مرجع سابق ، ج1، ص62.

[3]-رشدي شحاتة، الاشتراط في الفقه الإسلامي وفي قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بيروت ،ط1، 1421 ه/ 2001م، ج1، ص26.

كما لو باع الإنسان بضاعة على شرط ان تكون محمولة على حسابه، الى محل المشتري فالبائع، هنا قد التزم بالشرط في ضمن عقده وجيبة حمل البيع الى محل المشتري،وهذا الالتزام لم يكن يقتضيه البيع المطلق أي الخالي من الشرط، لأن البيع المطلق إنما يوجب بمجرد انتقال الملكية بعوض، ثم ان المالك الجديد المشتري هو المكلف بنقل مشتراه على حسابه، فالمقيد هنا هو حكم العقد المنشأ والقيد هو الشرط الذي يلتزم به العاقد، ما التزم علاوة على الحكم الأصلي للعقد[1].

أو هو أيضا "الشرط الذي يقترن بالعقد فيزيد من التزاماته أو يقويها"، ومقتضاه التزام لا يوجد في العقد أصلا ، مثال أن يزوجه بشرط أن لا يخرجها من بلدها ،ولهذا نجد أن هذا الشرط ، يعدل من آثار العقد الأصلية بالتزامات زائدة وضعها المتعاقدان أو أحدهما وبعض الفقهاء يسميه شرط الاقتران حيث أنه يكون مقترنا بالعقد[2].

ومن خلال هذين التعريفين يتبين لنا أن الشرط يوجب تكليفا في تصرف قولي،سواء كان عقدا بين طرفين من عقود المبادلات أم غير المالية ،أم كان تصرفا انفراديا، كالهبة والوصية، أما المقصود بالتصرف القولي عند تكوينه، فيقصد به التعبير عن صلب العقد إبان إنشاءه بحيث يصبح من بنوده ،وأجزاءه التي تم التراضي على أساسها وهذا مع الاقتران ،فخرج بذلك الشرط السابق على التصرف واللاحق له،ولو تضمن تكليف،لأنه غير مقترن به أما كونه زائداعن الشرط الذي يتضمن التزاما من مقتضى العقد، لأن مثل هذا الالتزام يثبت بمطلق العقد قبل الاشتراط ،فلا يفيد التزاما زائدا عما يقرره العقد من حقوق وواجبات ،بل يؤكدها ومنه فإن وجوده وعدمه سواء.[3]

وعليه مما سبق يمكن إبراز الفرق، بين شرط التعليق ،وشرط الإضافة ،وشرط التقييد.

---

[1]-مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص572.

[2]-سامي محمد ابوعرجة، مرجع سابق، ص19.

[3]– لمطاوي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1996/1995، ص48.

فالشرط المعلق ما كان بصيغة ترتب وجوده على أمر في المستقبل،فلا تترتب آثارها إلا إذا وجد الأمر المعلق عليه ،ويسمى هذا الشرط في القانون الوضعي بالشرط الواقف،وإذا تخلف الأمر المعلق عليه زال الالتزام الناتج عن العقد، ويسمى هذا الشرط بالشرط الفاسخ،أما الشرط المقيد فهو موجود بين الطرفين ،حيث يتولى المتعاقدان تعديل آثار العقد بموجب حكم زائد عن الالتزام الأصلي.

وأما الشرط المقيد، فيختلف عن شرط التعليق في حالة عدم الوفاء ، في كون أن الفسخ في شرط التعليق يحتاج إلى استصدار حكم من القضاء ، بناءا على طلب صاحب الشرط، وعلى العكس من ذلك فإن الفسخ في حالة شرط التعليق، يتم بمجرد تحقق الشرط أوتخلفه، بحسب الاتفاق حول جعل الشرط فاسخا ،أو واقفا دون الحاجة لاستصدار حكم من القضاء، أما بالنسبة لشرط الإضافة ،فهو عند وجود الشرط ،ولكن تتراخى أحكامه إلى زمن معين في المستقبل،بالرغم من قيام العقد ووجوده،والإضافة تشبه التعليق من جهة كون العقد المضاف لا يرتب أثره إلا إذا جاء الوقت الذي أضيف إليه.[1]

وخلاصة القول مما سبق يمكن القول ان المشرع الجزائري قد سلك نفس ما سارت عليه باقي التشريعات الوضعية ، مادام ان الشروط التي اشترطت في عقد الزواج صحيحة بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية،(الحنفية والمالكية) وترتب آثارها ، وأيضا مما يمكن استنتاجه أن جميع القوانين الوضعية، قد فرضت قاعدة عامة وهي قاعدة إجرائية تنظيمية، تقضي من خلالها انه يجب أن يكون الشرط المشترط من قبل العاقدين مكتوب في صلب العقد، أو في عقد رسمي لاحق، وكذلك وجوب توثيق العقد، وعليه فانه من اشترط شرطا في العقد وحرص عليه، فانه يجب عليه ان يتأكد من وجوده مكتوبا في صلب العقد، ومنه فان هذه الإجراءات تعمل على سير العقود واستقرار المعاملات، وعدم وجود الصراعات والمنازعات ولهذا نص المشرع الجزائري في نص المادة 19من قانون الأسرة حيث جاءت هذه المادة بغرض ضمان

[1]– براكتة مسعود، مرجع سابق، ص11.

المشارطات التي تتم بين الزوجين، وبالتالي فهي تضمن استقرار الحياة الزوجية الخالية من جميع المشاكل الأسرية[1].

[1]-المرجع نفسه، ص12.

**تمهيد:**

إن عقد الزواج، من العقود المهمة، ذات الأهمية الكبيرة الأمر الذي جعل الشريعة الإسلامية، تهتم به اهتماما خاصا لأنه يهدف إلى تحقيق مصالح المكلفين، فمن خلاله يمكن لكل المتعاقدين، أن يعبر عن مطالب ورغباته، فيجوز للعاقدين أو أحدهما أن يضيف للعقد ما يراه محققا لمصلحة لهما، فالفقهاء بينوا أنواع وأحكام هذه الشروط، والضوابط والمعايير التي تضبطها، حيث يتبين لنا صحة الشروط من فسادها، مما يعني أن الشروط ليست على درجة واحدة فمنها ما هو صحيح، ومنها ما هو فاسد وذلك باتفاق عامة الفقهاء، وهناك شروط هي محل خلاف ولهذا سنحاول أن نتطرق إلى تلك الشروط،ومدى تأثيرها على العقد.

## المبحث الأول: ضوابط الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي والقانون:

إن القيد الأساسي على حرية الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي هو عدم مخالفة الدليل الشرعي، لكن الفقهاء مختلفون في الأخذ بكل هذه الأدلة الشرعية، فنصوص القرآن والسنة لم تبين الفاصل بين الشروط المشروعة والغير مشروعة، بينما نجد القوانين الوضعية تجعل من النظام العام القيد الأساسي على حرية الاشتراط، ولهذا سوف نتعرض إلى دراسة أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج في المطالب التالية:

### المطلب الأول: ضوابط الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي:

لقد اختلف الفقهاء في ضوابط الاشتراط في عقد النكاح، لذا انقسموا بين مضيق وموسع، أي بين من قال بأن الأصل في الاشتراط الحضر والمنع، والقائل بأن الأصل هو الجواز والإباحة، فهل الأصل في الاشتراط في عقد الزواج الحضر أم الإباحة؟

#### الفرع الأول: مسلك المضيقين (المانعين):

يعتبر مذهب الظاهرية، أضيق المذاهب في اعتبار الشروط في العقود ، حين ذهبوا إلى القول بأن الأصل في العقود والشروط هو الحضر، إلا ما وردفي نص شرعي بإجازته، فلا يصححون عقدا ولا شرطا إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع ، وقد نجد هذا القول في كثير من أصول أبي حنيفة والشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد .[1]

والأصل الذي بنى عليه الظاهرية مذهبهم في حرية التعاقد بل وفي تفسير الشريعة بوجه عام، وهو الوقوف عند ظواهر النصوص والجمود على ظاهر لغويتها،أوسد باب الاجتهاد في التعليل وهذا لا يتفق وطبيعة التشريع نفسه ، أي تشريع كان.[2]

#### أولا:مذهب الظاهرية

يمثل أصحاب هذا الرأي أساسا في داود ابن حزم الظاهري وابن حزم الأندلسي، حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن الأصل في العقود والشروط هو الحضر لا الإباحة حتى يقدم الدليل في كتاب الله والسنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس والاستحسان، على الإباحة ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع، ما يدل على جوازه وصحته[3].

---

[1] – الإمام محمد أبوزهرة، أصول الفقه، مرجع سابق،ج1،ص58–59.

[2] – ابن حزم،الإحكام في أصول الأحكام، دار الآفاق الجديدة،بيروت،ط 1403،1هـ/1983م،ج1،ص76–77.

[3] – ابن حزم، المحلى، تحقيق، أحمد شاكر مكتبة،دار التراث،القاهرة،د.ر. ط،1426هـ/2005م،ج1،ص679.

## أدلة الظاهرية:

### أولا:الكتاب:

قال الله تعالى:" الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ".[1]

قال الله تعالى:" وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ".[2]

قال الله تعالى:" وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ".[3]

### توجيه الآيات:

تبين وتدل الآيات الكريمة أن الله تعالى اخبر وبين بظلم من يتعدى حدوده ويجاوز شرعه وقام باشتراط شروط لم يرد بها دليل معين، تعد لحدوده سبحانه وتعالى ومجاوزة لشرع ويقول ابن حزم الظاهري كذلك أن الله تعالى إذا حرم النص الشرعي ، فحرم على الإنسان أن يعمل عكس ذلك، فلو قام بتحريم شيء قياسا على ما حرم الله تعالى أو احل بعض ما حرم الله قياسا أو اوجب غير ما اوجب الله تعالى قياسا،أو اسقط بعض ما أوجبه الله فقد تعد على حدود الله تعالى، وهنا يعد ظالما بشهادة الله عليه ذلك.[4]

ويقول ابن حزم الظاهري أيضا أن ما لم يرد الشارع دليل على اعتباره من الشروط لا يلتفت إليها ولا يحكم لها بأثر ولا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه.[5]

## نقد أصحاب الرأي الثاني (المجيزين) على الأدلة التي قدمها أصحاب الرأي الأول:

**أولا:**بالنسبة للآيتين الكريمتين التي استدل بهما المانعين للاشتراط ليس فيها ما يدل على ما ذهبوا إليه، إذا هما واردتان في شأن من يخالف ما شرعه الله تعالى، فترك ما أمره بفعله وارتكب ما نص عنه ثم إن الآية الأولى جاءت مسبوقة بذكر أحكام حددها الله سبحانه تعالى لعباده وبينها لهم، من اليمين بالله تعالى إلى الإيلاء والطلاق والمال وبغير المال، ثم

---

[1] – المائدة،الآية3.

[2]– البقرة،الآية229.

[3] – الطلاق، الآية1.

[4] –ابن حزم، المحلى، مرجع سابق،ج1، ص680.

[5]-نور الدين الخادمي، مرجع سابق،ج1، ص 18.

أعقب الله تعالى بقوله على ذلك تلك حدود الله ، أي قوانين وأحكام الله تعالى لا يجب الاعتداء عليها بفعل ما يخالفها.[1]

وجاءت الآية الثانية مسبوقة بأحكام شرعها الله لعباده وألزمهم بها من تطليق النساء في عدتهم، وإحصاء العدة، ومن نهي المطلقين أن يخرجوا المطلقات من بيوتهن، وبعد تبيان هذه الأحكام جاء قوله تعالى:"ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه".[2]

كما رد أصحاب المجيزون على أدلة الظاهرية في رفعهم الأخذ بالقياس وبأنه يمكن استنباط أحكام ووقائع جديدة بواسطة قياسها على الواقع التي ورد النص بشأنه، أو تبعا لذلك إذا دعت الحاجة إلى إنشاء عقد ومشارطات جديدة، لم يرد بها أمرأو نهي، وأمكن قياسها على عقد من العقود المشروعة فإنه لم يعد زيادة في الدين ولا يناقض قوله تعالى:"اليوم أكملت لكم دينكم".[3]

كما أن استدلال ابن حزم بقوله أن الآيات الموجبة للوفاء بالعقود والشروط ليس على عمومها ولا على ظاهرها، وأن القول خلاف ذلك يؤدي حسبه إلى التعاقد على المعاصي واستدلال غير صحيح، لأن المجيزين متفقين على أن ورود الآيات على عمومها وظاهرها إباحة كافة أنواع العقود ما لم تثبت حظر ذلك بنص خاص، وأنه من البداهة أن الإتفاق على المعاصي يقع باطلا ولا يجب الوفاء به.[4]

**أدلة السنة:**

يقول النبي صلى الله عليه وسلم:"من عمل عملا ليس عليه أمرنا".[5]

فهو رد ووجه دلالة على أن هذا الحديث،على أنه من يعقد عقدا أو شرطا لم يرد به النص الشرعي، يكون خارجا عن ما أمر به الشارع وقع باطلا، لأنه إذا تعاقد الناس بعقد أو شرط لم يرد في الشريعة الإسلامية، يكونون قد احلوا أو حرموا غير ما شرع الله وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع، ويقول ابن حزم بخصوص هذا الحديث : فصح بهذا النص

---

[1] – ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، دار بن الجوزية، المملكة العربية السعودية،ط1،1423هـ،ج2 ،ص108.

[2] – سورة الطلاق،الآية 1.

[3]– سورة المائدة 3.

[4] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق،ج1، ص199.

[5]– ابن حزم، المحلى، مرجع سابق،ج1، ص 681.

بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص، أو الإجماع بالتزامه باسمه أو إباحة التزامه بعينه.[1]

**-عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءتني بريرة فقالت**" كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام وقية....ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس وحمد الله واثني عليه ثم قال: أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوتق، وإنما الولاء لمن أعتق".[2]

## وجه الدلالة:

ووجه الدلالة في هذا الحديث، أن كل شرط لم يرد عليه دليل معين على صحته في كتاب الله فهو باطل لا أثر له لأنه خارج عن حكم الله وشرعه فلا يجوز اشتراطه، ولا يحل الوفاء به فالحديث ورد في حقه اشتراط المالك للعبد على أن يكون ولاء العبد له لا لمن اشتراه،فأعتقه وهذا الشرط مخالف لما أثبته الله عز وجل من حق للمعتق، وكذلك هو شرط مخالف لمقتضى العقد ومقصده لذلك أنكر النبي صلى الله عليه وسلم كل شرط مخالف لما شرعه عز وجل.[3]

## مناقشة أدلة السنة:

تم الرد على أدلة المانعين للاشتراط بأن أثر الأحكام الشرعية منقاة من أدلة أخرى غير الكتاب والسنة ما دامت لا تتناقض مع روح الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة وعلى هذا يكون المدلول الصحيح للحديث هو الأول، بطلان العقد أو تصرف تضمن أمرا من الأمور المضمن عنها شرعا.[4]

أما الاستدلال بالحديث الثاني فهو كذلك في غير موضعه لأنهم حملوا الشرط الذي نفاه الحديث وحكم ببطلانه على الشرط الذي لم يرد به دليل من القران الكريم وهذا غير صحيح ، لأنه ليس المراد بكتاب الله القرءان قطعا، فإن أثر الشروط الصحيحة ليست في القرءان بل

---

[1]- عبد السلام بن محمود، ابن حزم ومنهجيته في أصول الفقه،المكتبةالإسلامية، بيروت، ط1،1422هـ/2006م ،ج1،ص77.

[2] – أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب اذا اشترط شروطا في البيع لاتحل،ح2186 ،ج3،ص466.

[3]محمد بن علي الولوي، شرح سنن النسائيين، دار البروم، المملكة العربية السعودية،ط1424،1هـ/2003م،ج1،ص126.

[4]- البيهقي،السنن الكبرى،دارالكتب العلمية ،بيروت، لبنان، ط3،1424هـ/2003م ،ج11، ص34-36.

علمت من السنة والمقصود بالحديث هو بطلان الشرط المخالف للحكم الذي شرعه الله، كما لو اشترطت الزوجة على زوجها طلاق ضرتها لورود النهي عن ذلك أو شرط الولاء لغير المعتق، فهو باطل والذي كان ورود الحديث، وليس هذا تخصيصا له سبب وروده،لأن لفظ الحديث في بدايته جاء عاما لأحكام الشرع وقواعده.[1]

**المناقشة والترجيح:**

مما سبق يمكننا أن نستنتج أن مذهب الظاهرية، يعدون في مقدمة المانعين لشروط عند الزواج والعقود العامة، حيث يتمسكون فقط ما جاء الشارع على إجازته من الشروط التي ورد دليل عليها، وهم بذلك يرفضون إحداث العقود والتصرفات الجديدة لأنهم يعتبرون ذلك زيادة على الشيء وخروجا عنه.

ولهذا فهم يرفضون إفساح المجال للإرادة واشتراط الشروط ولا فرق عندهم في ذلك بين العقود المالية ولا العقود الخاصة بالزواج، ما دام أن الظاهرية لم يتوسعوا في الأخذ بالدالة المثبتة لجواز الشروط والعقود كالاستحسان، والمراسلة، والعرف، بل اكتفوا بما ورد في النصوص من الكتاب والسنة والإجماع.[2]

وهذا يعني انه كلما توسعنا في الأخذ بالأدلة كلما فتحنا الباب أمام الحرية للاشتراط، واقتربنا أكثر من الرأي القائل أن الأمل في الشروط (الاشتراط) هو الجواز.

**الفرع الثاني: مسلك المجيزين(الجمهور).**

ذهب الجمهور إلى القول بأن الأصل في الاشتراط هو الجواز والصحة ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا عند من يقول به، لكن ليسوا على درجة واحدة في الإباحة، فنجد الموسعين وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.[3]
وكذلك نجد الموسعين وهم الحنابلة يتوسعون في تصحيح الشروط على نحو يقربهم زلفى إلى مذهب متأخري المالكية.[4] وقد قرر هذا الإمام الشاطبي في الموافقات، وكذلك نجد أيضا الحنفية والشافعية يتوسطون القول الأول والقول الثاني فلا يشترطون لا اباحة الشرط بنص

---

[1]– ابن حزم المحلى، مرجع سابق،ج1،ص674.

[2] – محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق،ج1، ص60.

[3]– ابن تيمية، الفتاوى الكبرى،دار الكتب العلمية،لبنان،ط3،1998،ج3،ص78.

[4] – بن قدامة المغني،عمدة الفقه في المذهب الحنبلي،المكتبة العصرية،صيدا، بيروت، د.ر.ط،1423 هـ/2003م، ج1، ص50.

خاص كما اشترط أصحاب الرأي الأول الحنابلة، بل هم يميلون إلى أن الأصل في الشروط هو الحضر واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا في الإنشاء.[1]

وقد استدلوا بأدلة من الكتاب والسنة سنوردها فيما يلي:

**أدلة الجمهور:**

**أولا:الكتاب:**

قال الله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ".[2]

**وجه الاستدلال:**

الآية الكريمة تضمنت حكم الأمر بالوفاء بالعهود، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظرا مراعاته مستقبلا، فيسمى البيع والنكاح عقودا وأيضا كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء أو عمل يفعله مستقبلا، فهو عقد لذا على المسلمين أن يلتزموا الوفاء بعهودهم وشروطهم إلا ما قد يظهر مخالفا لشرع الله فيسقطه.[3]

وقد أفاض ابن تيمية وابن القيم ذكر النصوص الدينية للاستدلال لقول الجمهور منها قوله تعالى:"الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه،ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون من في الأرض أولئك هم الخاسرون".[4]

**وجه الاستدلال:**

في هذه الآية دليل على الوفاء بالعهد والتزامه وكل عهد جائز ألزمه المرء نفسه، فلا يحل له نقضه وقد قبل على أن العهد على قسمين من بينهما: العقد الذي يربط به المتعاقدان على وجه يجوز في الشريعة، ويلزم الحكم أما على الخصوص بينهما وأما على العموم على الخلق فلا يجوز حله ولا يحل نقضه.[5]

قوله سبحانه وتعالى أيضا:"ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده، وأوفوا بالعهد أن العهد كان مسؤولا".[6]

---

[1]– ابن قدامة المغني، مرجع سابق،ج1، ص51.

[2] – سورة المائدة، الآية 1.

[3] – الجصاص، إحكام القرءان،دار التراث العربي،بيروت،لبنان،د.ر.ط،1412هـ/1992م،ج1،ص2.

[4] – سورة البقرة، الآية 27.

[5] – القرطبي،الجامع لأحكام القرءان،مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1،1427هـ/2006م،ج1،ص245.

[6] – سورة الإسراء، الآية 34.

قال تعالى:"وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ الْأَدْبَارَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا(15).

**ثانيا السنة:**

1-عن عقبة بن عامر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم:"أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج".[1]

**وجه الاستدلال:**

دل هذا الحديث على أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط وبابه أضيق فدل عامة على استحقاق الشروط بالوفاء وأن أليف الشروط بالوفاء هي الشروط التي قد يشترطها الزوجان في عقد النكاح.[2]

وعليه ما دام جاء الأمر بالوفاء بالشروط، التي يشترطها الزوجان سواء كان الأمر على وجه الإلزام أو الندب أو الأولى، فالأصل في الاشتراط هو الصحة والجواز وهذا ما دل عليه جمهور الفقهاء.

2-**حديث عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:** "الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما أو يحرم حلالا والمسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو احل حراما".[3]

**وجه الاستدلال:**

قوله صلى الله عليه وسلم: والمسلمون على شروطهم. أي ثابتون عليها واقفون عندها وفي تحديثه بـ: على ووصفهم بالإسلام أو الإيمان دلالة على علو مرتبتهم وأنهم لا يخلون بشروطهم وفيه دلالة على لزوم الشرط، إذا شرط المسلم إلا ما استثناه في الحديث.[4]

فللمشترط انه يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا محرما وعدم الإيجاب ليس نفيا للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضا للشرع، فما أباحه الله في حالة مخصوصة ولم يبيحه مطلقا. فإذا حول الشرط عن تلك الحال لم يكن الشرط قد

---

[1]- أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح،ح رقم 5151،ط2،ج3،ص20.

[2] -محمد ابن علي الولوي،شرح سنن النسائي،مرجع سابق ،ج1،ص155.

[3]- أخرجه مسلم، كتاب النكاح باب الوفاء بالشروط في النكاح،ح رقم 1428هـ،ج 3،ص1035 .

[4]- الشيخ محمد بن إسماعيل،الأمير الصنعاني،دار الكتاب العربي،بيروت،ط1428،1هـ/2006م،ج1،ص682.

حرم ما أحلها لله،وكذلك ما حرمه الله في أباح ما حرم الله، وأن كان بدون الشرط، يستصحب حكم الإباحة والتحريم على ثبوت الإباحة والتحريم بالخطاب، بمجرد الاستصحاب.[1]

**مناقشة أدلة المجيزين:**

**مناقشة أدلة الكتاب:**

إن الآيات القرآنية التي استدل بها الجمهور،قال الظاهرية أنها ليست على عمومها ولكنها في بعض العهود وبعض العقود وبعض الشروط[2]،ورد هذا بـ:هذا عموم، بمعنى أنه في إيجاب الوفاء بجميع ما يشترط الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تخصصه،فغير جائزان تحفة منه شيء حتى تقدم حجة بخصوص شيء منه عجب التسليم لها، وعليه فلا معنى لقول من وجه ذلك في معنى الأمر بالوفاء ببعض العقود التي أمر الله بالوفاء بها دون بعض.[3]

## ثانيا: مناقشة أدلة السنة:

نوقش حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه من وجهين:

**الوجه الأول:**

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

وكون أن كل ذلك مخالف لأوامر الله عز وجل،ولا وأمره عليه الصلاة والسلام، واشتراط المرأة أن لا يتزوج، أن لا يستري عنها أو لا يغيب عنها وأن لا يرحلها عن دارها،كل ذلك تحريم حلال وهو وتحليل الخنزير كحد سواء،في آن كل ذلك خلاف لحكم الله عز وجل، فصح انه عليه الصلاة والسلام إنما أراد شرط الصداق الجائز الذي أمرنا الله تعالى به، هو الذي استحل به الفروج لا ما سواه.[5]

---

[1]- أخرجه البخاري، كتاب فرض الخمس،باب ما ذكر في درع النبي "ص" وعصاه وسيفه وخاتمه،ح 3110،ج3،ص3.

[2] – ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق،ج1، ص15.

[3]- سورة البقرة، الآية 27.

[4]- ابن حزم، الإحكام في اصول الاحكام، مرجع سابق،ج1، ص21.

[5]- ابن حزم، المحلى، مرجع سابق،ج1، ص674.

**الوجه الثاني:**

حملوا هذا الحديث على الشروط التي لا تنافي،مقتضى النكاح،بل تكون من مقتضياته ومقاصده.[1]

وقد نوقش حديث أبي هريرة رضي الله عنه من وجهين:

**الوجه الأول:**

إن الحديث ضعيفا، وقالوا بان هذا الكلام، لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا رآه،من فيه خير،لأنه إنما رواية كثير بن زيد وهو ساقط مطر حاو مرسل.[2]

**الوجه الثاني:**

لو صح وهو لا يصح لكان حجة لنا عليهم، لأن في إضافة النبي صلى الله عليه وسلم،الشروط إلى المسلمين، ولا يجوز أن يضاف إلى المسلمين من الشروط فيقال: شروط المسلمين والمسلمون عند شروطهم،إلا في الشروط الجائزة، لا في الشروط المنهي عنها، ولا شروط المسلمين غيرها،لان المسلمين لا يستجيرون إحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها.[3]

فالمشترط ليس انه يبيع ما حرم الله، ولا يحرم ما أباحها لله،فان شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله، كما ليس له أن يسقط ما أوجبه الله وإنما له أن يوجب بالشرط، ما لم يعين واجبا بدونه، لكن إذا اشترط يكون واجبا.[4]

**الترجيح:** بعد أن عرضنا آراء الفقهاء وذكر أدلتهم مع المناقشة وبالنظر إلى الأدلة التي استدلوا بها وما ورد من اعتراضات نرى أن أدلة المانعين، لم يسلم منها دليل يصح التمسك به وأما أدلة المبيحين فقد سلم منها ما يقوى إثبات مدعاهم وإذا سلم الدليل سلم المدعى، لكن لا يظن هؤلاء أنهم فتحوا باب الشروط لكل طارق، يبيح منها ما يشاء بل ألزموا من أراد الحكم بصحة أي شرط أن يستوعب، الأدلة المعارضة لتلك الأدلة العامة، التي جاءت بإباحة الشروط، حتى يكون حكمه صحيحا، فإذا وجد المعارض عمل به، وإلا حكم بالباحة الشرط وصحته.

---

[1]– صحيح مسلم، بشرح النووي،مكتبة دار الوفاء، الأزهر، القاهرة،ط1424،1هـ/2003م،ج3، ص159.

[2]– ابن حزم، المحلى،مرجع سابق،ج1، ص23.

[3]– ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق،ج1، ص23–24.

[4] – ابن تيمية، الفتاوى الكبرى،مرجع سابق،ج3،ص95.

واجتهادات الفقهاء الذين يرون أن الأصل في حرية الشروط العقدية هو الإطلاق،ترى أن الأصل الشرعي، بمقتضى دلائل نصوص الشريعة والسنة العملية هو حرية العقود أنواعا وشروطا ووجوب الوفاء بجل ما يلتزمه العاقدان ويشترطان مالم يعين في نصوص الشريعتان قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط وهذا مبني على المذهب الحنبلي وهو أوسع الاجتهادات الفقهية والإسلامية وأرحبها صدرا بمبدأ سلطان الإرادة،كذلك على هذا الرأي بعض فقهاء المذهب المالكي، فهؤلاء هو أوسع مجالا ونظرا في تفسير مقتضى العقد وحدوده، لأنهم يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد نفسه.[1]

والدكتور وهبة الزحيلي، يرى بأنه يجب الأخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط سائدين في العقود المالية تحقيقا لمصلحة وحاجات الناس،ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف الناس ويؤخذ برأي غير الحنابلة في عقود الزواج، حرصا على ما له من حرمة وقداسة، وكما فيه من جانب العبادة وكما تتطلب الأسرة من استقرار ودوام ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحريته الاشتراط التي تتأثر بالأهواء، وتعصف بأغراض الزواج السامية.[2]

## المطلب الثاني:ضوابط الاشتراط في عقد النكاح في القانون.

إن الاشتراط بصفة عامة هو أمر جائز كما سبق ذكره وهذا استنادا إلى القاعدة القانونية القائلة "بأن العقد شريعة المتعاقدين حيث نص 105 من القانون المدني الجزائري بأن "العقد هو شريعة المتعاقدين فلا تجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين, أو لأسباب يقررها القانون فنجد أن العقد منذ إتمامه بين المتعاقدين تصبح أحكامه بمثابة القانون الذي ينطبق على المتعاقدين, ومن هنا يبين لنا أن معيار قيود وضوابط الاشتراط في القانون, هو الحفاظ على النظام العام, والآداب العامة, وقبل الوصول إلى أي استنتاج علينا أولا معرفة ما معنى فكرة النظام العام ومعنى فكرة الآداب العامة حتى يمكن تطبيقها على أي قاعدة قانونية.

### الفرع الأول:عدم مخالفة النظام العام:

قبل التطرق إلى الضابط علينا أولا أن نتطرق إلى تعريف فكرة النظام العام وحقيقة الشرط المخالف للنظام العام وحكمه.

---

[1] – مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق،ج1،ص552.

[2] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق،ج1، ص3052.

**البند الأول: تعريف فكرة النظام العام:**

يتميز القانون الخاص في إطار القانون الداخلي كما سبق أن ذكرنا بأنه ينظم في فروعه المختلفة علاقات بين طرفين لا يعمل أي منهما بوصفه صاحب سيادة أو سلطة على الطرف الآخر, فهو يحمي أساسا المصالح الخاصة للأفراد ولهذا كان طبيعيا أن يتسع فيه المجال للقواعد المكملة لإرادة الأفراد, ومنها كانت الحاجة إلى الاستعانة بفكرة النظم العام والآداب العامة لتحديد مدى تغيب القانون الخاص من القواعد الآمرة والقواعد المكملة كوسيلة لفرض القواعد الآمرة على الخصوص, فعندما لا تفصح العبارة التي صيغت بها القاعدة عن نوعها فهنا يمكن الاستعانة بفكرة النظام العام والآداب العامة في هذه العملية وعليه فحيث ما تكون القاعدة متعلقة بالنظام العام والآداب العامة تعد قاعدة آمرة وحيث تكون القاعدة غير متعلقة بها فهي تعد مساعدة ومكملة.[1]

وعليه عموما يمكن القول بأن النظام العام على وجه الإجمال عبارة عن مجموعة القوانين التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع سواءا كانت هذه المصلحة سياسية, وهذا في مجال القوانين الدستورية والإدارية أو كانت مصلحة اجتماعية وهو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية أو كانت مصلحة اقتصادية.[2]

إن قواعد النظام العام هي إذن مجموعة النظم التي يراد بها تأمين سير المصالح العامة في الدولة,وضمان الثقة وحسن الآداب في علاقة الأفراد فيما بينهم بحيث لا يجوز لهؤلاء استيعابها في اتفاقاتهم أو الاتفاق على عكسها فإذا خرجوا عن هذا النظام باتفاق خاص وقع الإيقاف باطلا ومن المعروف أن النظام العام وحسن الآداب, يعتبران من الأفكار النسبية والمتطورة وتختلف من مجتمع لآخر, ومن زمان إلى زمان في نفس المجتمع فهما يتأثران بالظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية، ولهذا فإن الفصل في مسالة النظام العام والآداب العامة تعتبر مسالة قانونية مهمة جدا, يخضع فيها قاضي الموضوع إلى الرقابة من المحكمة العليا, وعليه فانه حيث ينطق القاضي, بأحكامه عليه مراعاة

[1]– أحمد سيد علي, مدخل للعلوم القانونية ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،د.ر.ط،2009م،ص175 .

[2]–بلحاج العربي, النظرية العامة للالتزام،مرجع سابق،ج1،ص149.

مصالح الجماعة, ولا يعول آراءه ومعتقداته الخاصة, كون معيار النظام العام هو المصلحة العام التي تختلف بنظام المجتمع الأعلى[1].

**المبدأ الثاني : حقيقة الشرط المخالف للنظام العام.**

**أولا : حكم الشرط:**

تختلف حكم الشرط المخالف للنظام العام, باختلاف نوعيه, فإن كان الشرط المختلف للنظام العام, واقفا كان العقد باطلا مبطلا, سواء كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد أو لم يكن, إلا إذا كان الشرط الواقف بسيطا أما إذا الشرط المخالف للنظام العام , فاسخا, فهنا كان باطلا غير مبطل للالتزام, إلا إذا كان هو السبب الدافع إلى الإبرام فحينها يكون مبطلا له[2].

ولهذا لغت معظم القوانين العربية على ذلك, ومنها القانون المدني الجزائري, حيث جاء في المادة 204 منه (لا يكون الالتزام قائما إلا إذا علق على شرط, غير ممكن, أو شرط مخالفا للآداب والنظام العام, هذا إذ كان الشرط واقفا, أما إذا كان الشرط فاسخا, فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم غير أنه لا يقدم الالتزام, الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب و النظام العام, إذا كان هذا الشرط, هو السبب الوحيد للالتزام[3].

وعليه فان النظام العام يعتبر من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج, حيث لا تجوز للأفراد تعديلها من تلقاء أنفسهم, مثلا في حالة علاقة الشخص مع أسرته وماله من حقوق وما عليه من واجبات, ومنه فإنه لا يجوز للزوجين الاتفاق على مخالفة قواعد النظام العام, ولو كانت هذه الاتفاقات تحقق لهم مصالح شخصية, وليس هذا إلا تغلبا للمرحلة العامة, على المصلحة الخاصة في المجتمع و قانون الأسرة الجزائري, نص على ذلك في مادته 19 المعدلة, حيث جاء فيها "أنه يبطل أي شرط, يعارض هذا القانون, وهذا لكون المسألة تتعلق بالنظام العام[4].

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري,الوجيز في شرح القانون المدني،مرجع السابق ،ج1،ص 360–361.

[2]–بالحاج العربي،مرجع سابق،ج1،ص 105.

[3]–خليل حسن قدادة, الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، ط1،1994م،ص106.

[4]– زكرياء سرايش, الوجيز في مصادر الالتزام, دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ,د.ط، 2013م، ص 104.

## الفرع الثاني : عدم مخالفة الآداب العامة.

قبل أن تتكلم عن هذا الخطاب أو القيد, علينا أولا,أن نوضح معنى ومفهوم الآداب العامة, ثم مدلول الشرط المخالف للآداب وفي الأخير, نبين حكم الشرط المخالف للنظام العام.

### المبدأ الأول : مفهوم الآداب العامة.

إن فكرة النظام العام يرتبط ارتباطا وثيقا,مع فكرة الآداب العامة,خاصة من حيث عدم الضبط والوضوح, وارتباط كل منهما, بقواعد الأخلاق الذي لا يتضمنها نص قانوني خاص, لان مختلف القوانين, لم تحدد مفهوما محددا للآداب العامة ولكن ورغم ذلك فإن هذا القانون لم يمتنعوا عن إعطاء تعريف للآداب العامة وعليه يمكن القول بأن الآداب العامة هي مجموعة القواعد الخلفية التي تدين بها الجماعة في عصر معين وبيته معينة, وهي ترجع عادة إلى مجموعة المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس وللدين أثر كبير في تحديد هذه الآداب فكلما اقتربت الحضارة من الدين, كلما زادت القواعد المعلقة بالآداب العامة[1]، وهي كذلك مجموعة القواعد والمبادئ التي حرص الناس على إتباعها واحترامها لنا موس معين يسود علاقاتهم الاجتماعية, وهذه القواعد وليدة عوامل كثيرة[2].

ومن الواضح أن المشرع الجزائري لم يعرف الآداب العامة, فان القاضي بصفة الحارس الأمين لكيان المجتمع، يجب عليه حماية الأسس الخلفية للجماعة والمبادئ التي تسود العلاقات الاجتماعية وهما فان قواعد الفقه الإسلامي يلعب دورا بارزا وجوهريا في تحديد مفهوم الآداب العامة، باعتبار أن الإسلام دين الدولة[3].

---

[1]– ياسين محمد الجبوري, المبسوط في شرح القانون المدني,دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع, عمان، ط 1، 2002م،ج1, ص 554.

[2]– أنور أبو طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني,دار المكتب الجامعي الحديث، (د.ر.ط)، 2001م،ج1، ص 28.

[3]– خليل حسن قدادة, مرجع سابق، ص 108.

## المبدأ الثاني : مفهوم الشرط المخالف للآداب العامة.

### أولا: حكم الشرط المخالف للآداب العامة:

يكون الشرط المخالف للآداب العامة نفس حكم الشرط المخالف للنظام العام معناه, في ذلك أن يكون باطلا مبطلا للالتزام إذا كان الشرط واقفا ويكون باطلا غير مبطل للالتزام إذا كان فاسخا إلا من حالة ما إذا كان هذا الشرط السبب الدافع للتعاقد, فانه حينئذ يكون مبطلا للالتزام[1].

وبمقارنة فكرة النظام العام, والآداب العامة في القانون الوضعي كقيد وارد على حرية الاشتراط وما يقابل هذه الفكرة من الشريعة الإسلامية, ونعني بذلك عدم مخالفة الشروط كدليل شرعي, نجد أنهما يختلفان في كون النظام الشرعي العام في الشريعة الإسلامية ثابت على مر الزمان ولا يجوز تغييره ولا تبديله, باختلاف فكرة النظام العام حسب القانون الوضعي فإنها تخضع للغير وعليه فان النطاق المحرم في الشريعة الإسلامية أوسع مجالات في نطاق التحريم في القانون الوضعي فالفقه الإسلامي يعالج القضايا الدنيوية والدينية بينما يقتصر القانون الوضعي على معالجة الأمور الدنيوية فقط[2].

### الفرع الثالث: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الضابط واعتبره القيد الوحيد حيث خصص المشرع باب الاشتراط في عقد الزواج المادة 19 المعدلة من الأمر رقم 05-02 حيث ورد فيها مايلي: للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط تعدد الزوجات، وعمل المرأة وما لم تتناقض هذه الشروط مع أحكام هذا القانون، كما أن المشرع أخذ تجربة الاشتراط ولكن بشرط أن لا تتنافى تلك الشروط وتتصادم مع ما يفرضه القانون ومقتضيات عقد الزواج إضافة نحو ذلك أن حق الاشتراط ليس مقصورا على أحد طرفي العقد، بل أنه حق يتمتع به كل من الرجل والمرأة على حد سواء ولذلك يكون المشرع قد كرس مبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بحرية

---

[1]- عبد الحميد الشواربي,الالتزامات والعقود التجارية،منشأ المعارف للطباعة والنشر والتوزيع،إسكندرية،د.ر.ط،2001م، ص 149.

[2]-عبد الرزاق السنهوري,مصادر الحق في الفقه الإسلامي,منشورات الحلبي,الحصرية، بيروت، لبنان، 1998،ج1، ص101.

الاشتراط، حيث جاءت صيغة المادة على صيغة المثنى وحسب نص المادة، يؤكد المشرع على ضرورة الالتزام بالشروط من كلا الزوجين،[1] فالمشرع الجزائري من خلال نص المادة السالفة الذكر، قد أجاز بصريح العبارة للزوجين على أن يتفقا على كل الشروط التي يريانها ضرورية، ما لم تكن مخالفة للقانون، وقد خص بالذكر اشتراط المرأة على الرجل أن لا يتزوج عليها أو يمنعها من العمل، ومن الواضح أن المشرع بذكره لهاذين الشرطين، ذكرهما على سبيل المثال لاعتقاده بأنهما أساس كل خلاف، عائلي واجتنابا لكل علاقة زوجية فاشلة، والتعديل الأخير الذي أقر للزوجين إمكانية أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد لاحق، ما يريانه ضروريا من الشروط وقد شرع ذلك بهدف تمكين كل من الزوجين من حل المشاكل، التي قد يقع فيها الزوجين خاصة فيما يتعلق بعمل الزوجة أو تعدد الزوجات، ونظرا لتعدد الشروط الممكنة في الحياة العملية حيث يصعب حصرها، قام المشرع بذكرها من باب التمثيل فقط، وترك المجال للعادة والعرف.[2]

وإنه بالنسبة كمحاولة لحصر أحكام قانون الأسرة، حيث أنه لا يجوز للزوجين تعديلها باشتراط شروط زائدة على أصل العقد، إذ أن المشرع قصد من وراء ذلك كل الأحكام والآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضى العقد، وهذا ما يقع جليا خاصة من خلال ما جاء في المادة 32 من قانون الأسرة التي تنص على أنه يبطل عقد الزواج إذا اشتمل العقد على شرط أو مانع يتنافى ومقتضيات العقد،[3] وبذلك اعتبر المشرع إشتمال العقد على الشرط النافي له يكون سببا لبطلانه (أي العقد)، فالمقصود بالأحكام هي الآثار المترتبة على عقد الزواج التي تعتبر من مقتضى العقد، وعليه فأهم القواعد الأساسية والأحكام التي تضمنها هذا القانون تتمثل في:

1- حل الاستمتاع بين الزوجين (المادة04).

2- استحقاق الزوجة الصداق (المادة 14).

3- استحقاق الزوجة النفقة (المادة 74).

---

[1]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429-2008، ص 126-128.

[2]- بن صغير محفوظ، الاجتهاد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (أطروحة دكتوراه)، جامعة الحاج لخضر، باتنة،1430هـ/2009م،ص 453.

[3]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار هومة، ط1، الجزائر، 1992م، ص 123.

4- حسن المعاشرة بين الزوجين.

5- التوارث بين الزوجين (المادة 126).

6- ثبوت النفس للأولاد (المادة41).[1]

أما المادة الثانية فهي المادة 35 التي جاءت فيها "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح".[2]

ومما سبق يمكننا القول أن المادة 19 موجودة منذ 1984، حيث كانت تشكل دورا هاما في التشريع الجزائري، وفي عقود الزواج، فإن جعلت للزوجين حق الاشتراط، ما لم تكن هذه الشروط باطلة، أو ماسة بالنظام العام ولكن بقيت المادة 19 معطلة عمليا منذ 1984 لجهل الأزواج بحقوقهم فعدلت المادة وأصبحت تتضمن شروطا عاما ومخصصة، حيث أصبح للزوجة أن تشترط على زوجها حين إبرام العقد أو بعقد لاحق ما تشاء من الشروط الغير المخالفة للقانون.[3]

ولهذا يكون المشرع قد توسع في مسألة الاشتراط، ولم يتقيد بما ذكره فقهاء المالكية، بل هو أقرب إلى مذهب الحنابلة، القائلين بلزوم الشروط التي لم ينه الشارع عنها، ولا تناقض مضمون العقد وهذا الاختيار في محله كونه يتماشى مع طبيعة العقود وتحقق مصلحة المتعاقدين ويدرأ كل التنازع والاختلاف بين المتعاقدين أثناء قيام الزوجية خاصة بعض المسائل الهامة كالتعدد ومسألة عمل المرأة وغيرها من القضايا التي يكون الاشتراط فيها مغنيا عن التقييد.[4] وعند المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في مسألة ضوابط الاشتراط في عقد الزواج نجد أن الفقه الإسلامي قيد الاشتراط بعد منافاته للنظام الشرعي، والذي قابله النظام العام في الاصطلاح القانوني أي هو الإحكام التي قامت دلائل الشريعة على أنها إدارة الشارع في هذه الصلة الزوجية وما فيها كان يقوم الزواج على أداء المهر قل

---

[1]- فاروق أبو سراج: الذهب، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البعيدة، للبحوث والدراسات الإنسانية، الجزائر، 2004م، العدد 8، ص117.

[2]- عبد الرحمان داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،دار البصائر، الجزائر، ط1، م2007،ص 125.

[3]- سي ناصر بوعلام،الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير،كلية العلوم الإسلامية، جامعة وهران، ص 109.

[4]- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 104.

أو كثر وعلى أن الرجل هو صاحب السيادة في الحياة الزوجية المكلف بنفقة الزوجة والأولاد.[1]

## المبحث الثاني: أثر الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي والقانون

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

#### الفرع الأول: الشروط الموافقة لمقتضى العقد:

هي تلك الشروط التي لا خلاف بين الفقهاء حولها، فهي صحيحة غير مكروهة ، مادام أنها تتفق مع مقتضى العقد، كاشتراط الزوجة عن زوجها أن ينفق عليها، او حسن المعاشرة، فإن اشتراط هذا النوع من الشروط لا يطيق شيئا جديدا على العقد فبمجرد انعقاد العقد تثبت هذه الشروط ، فلا حاجة لاشتراطها في العقد[2]، لذا اتفق الفقهاء على أن هذه الشروط مشروعة بل تعتبر من الآثار الواجبة المترتبة على العقد بمجرد انعقاده والوفاء بها واجب لأنها واجبة بالعقد من غير شرط.[3]

#### الفرع الثاني: الشروط المناقضة لمقصود العقد أو لمقتضى العقد:

يعني بهذا النوع من الشروط الاتفاقات المخالفة للأحكام التي رتبها الشرع على العقد، كاشتراط ألا نفقة للزوجة ولا مهر لها ولا توارث بينهما أولا يدخل بها، فهذه كلها شروط تتناقض مع أحكام العقد وآثاره، والمقصود منه في الشرع.[4]

فهذا النوع من الشروط غير ملائم لمقصود المشروط[5]، ولا مكمل لحكمته بل هو على عكس الأول، فهذه الشروط تناقض مقتضى عقد الزواج ولذا فهي باطلة باتفاق الفقهاء لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده ،فلا تصح وصح عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط لأنها شروط تعود إلى معنى زائد في العقد، لا يشترط ذكره ولا يضر بجهل به حيث جاء في المغني، "القسم الثاني" ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها، أو أن لا ينفق عليها، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها، لأنها تنافي مقتضى العقد

---

[1]– عبد القادر داودي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الجامعية،الجزائر،ط2004،1م،ص106.

[2]– محمد علي السرطاوي، قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، عمان، ط1،1417ه/1997م،ج1، ص135.

[3]– أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، ط3،1437ه/1994م،ج1،ص105.

[4]–محمد فهد شفقة، شرح الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دمشق، سوريا ،د.ر.ط،د.ت.ن، ج1، ص221.

[5]– محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة،د.ر.ط،د.ت.ن،ج1،ص102.

فالاتفاق بين الفقهاء في عدم مشروعيته وصحة هذه الشروط ، لكنهم اختلفوا في مدى تأثيرها على عقد الزواج.[1]

**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.[2]

**المالكية:** عندهم إذا شرطت مثل هذه الشروط، يفسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعده بمهر المثل ويلغي الشرط، ولقد قام المالكية كميزة منفردة لهم، بالتعريف بين حالتي قبل الدخول وبعده مراعاة لقاعدة "مراعاة الخلاف".[3]

**الشافعية:** يسمى هذا القسم، من الشروط ما يخل بمقتضى العقد ومقصود النكاح الأصلي، مثال كشرط أن يتزوجها على أن يطلقها في رأس الشهر، فالنكاح باطل، لكن لهم تفصيل في بعض الشروط حيث يختلف الحكم باختلاف جهة مشترطه.[4]

كأن يتزوجها على أن لا يطأها فإن كان الشرط من جهتها ، فالزواج باطل لأنها منعته من ما استحقه عليها من مقصود العقد، أما إذا كان من جهته فالزواج صحيح عندهم، وأيضا كما أن يتزوجها على أن لا نفقة لها أبدا فسمي هذا الشرط انه رفع بدل المقصود بالعقد، فلو كان الشرط من جهتها صح النكاح، أما في حالة إذا كان الشرط من جهته، فقد اختلف الفقهاء في ذلك.[5]

**فالحنابلة:** قالوا إن اشتراط الزوجين لمثل تلك الشروط مفسدة للعقد، وحكموا على الشروط بالبطلان وعقد الزواج بالصحة بنصوص صريحة، مثال نكاح الشغار[6]، كأن يزوج الرجل ابنته أو أخته إلى شخص آخر على أن يقدم الرجل بتزويج ابنته وأخته أو أي امرأة في ولايته ويكون الصداق نفسه، أو أن يتزوج رجل مطلقته ثلاثا، بشرط إحلالها، لرجلها الأول،

---

[1]– محمد علي السرطاوي، مرجع سابق،ج1، ص135.

[2]– السرخسي، المسبوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط1،ج3،ص95.

[3]– الشاطبي ، الموافقات، مرجع سابق،ج2، ص90.

[4]– الشيرازي، المذهب في الفقه الإمام الشافعي ،دار اكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1،1416هـ/1977م،ج1،ص495.

[5]– المرجع نفسه، ج1،ص496.

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

وهذا ما يسمى الزواج المحلل[1]، أو يشترط الزوج والزوجة تأقيت الزواج ما يسمى بنكاح المتعة أو النكاح المؤقت، فهذه الأنكحة جميعا ورد النهي عنها، فتكون باطلة ، وخلاصة القول أن للشرط الفاسد تأثير على عقد الزواج يختلف من واحد لأخر، فعند **الحنفية:** يلغى الشرط الفاسد ويصح العقد، والشرط الفاسد عندهم لا يفسد العقد.

**أما الحنابلة** فهو يوافقون الحنفية بخصوص بعض الشروط ولكنهم يذكرون أن هناك شروط نهى الشرع عنها، فلا يجب اعتبارها في مضمون العقد، كاشتراط التأقيت[2]، والتحليل، أما الشافعية فالشرط الفاسد عندهم يفسد العقد مادام ، لم يحدث دخول ، فإذا دخل بها معنى العقد والغي الشرط، وبطل المسمى ووجب للمرأة مهر المثل[3].

## الفرع الثالث: الشروط المختلف فيها:

هناك شروط غير منافية بمقتضى العقد، وغير الملائمة لهذا المقتضى مما فيه نفع لأحد الطرفين، بحيث لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها ، كأن تشترط الزوجة على زوجها، أن لا يتزوج عليها، أو إكمال دراستها،فهناك شروط غير منافية بمقتضى العقد، وغير الملائمة لهذا المقتضى مما فيه نفع لأحد الطرفين، بحيث لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، أو تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو لا ينقلها من دارها أو بلدها، أو تشترط عليه خروجها للعمل بعد الزواج، أو كأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرا أو جميلة أو متعلمة أو نحو ذلك.[4]

وكل تلك الشروط، هي محل خلاف بين الفقهاء، وعليه نتساءل هل تصح هذه الشروط؟ وهل يجب الوفاء بها أم لا؟.

للإجابة على الإشكال المطروح، سنقوم بعرض أهم آراء المذاهب الإسلامية من خلال مايلي:

### أولا: انحلال عقد النكاح بسبب عدم الوفاء بالشروط:

---

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

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

[3]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق،ج1، ص674.

[4]–محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق،ج1،ص1382.

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

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

**المذهب الأول: الحنابلة.**

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

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

**ثانيا:**قوله "ص" "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"[5]، وهذه الشروط لم تحل حراما أو تحرم حلالا، فتكون صحيحة والوفاء بها واجب بنص هذا الحديث

**المذهب الثاني: الشافعية، الحنفية.**[6]

يرى أصحاب هذا المذهب أن هذه الشروط باطلة والعقد الصحيح فبطلانها لا تأثير له في صحة العقد وعليه فلا يلزم الوفاء بها، لأن القاعدة عندهم: أن كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ولا مؤكد لمقتضاه، ولم يرد عن الشارع ما يدل على وجوب الوفاء به، فيكون شرطا لاغيا، ولا تأثير له في صحة العقد.[7]

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية:

---

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

[2]– ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق،ج3، ص461.

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

[4] – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق،ج1، ص160.

[5]– البيهقي، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم (14433)ج11،ص351.

[6]– محمد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر ، دمشق، سوريا، ط 1981،1م ،ج1، ص86–94.

[7]– مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق،ج1، ص174.

أولا: **ماروي عن عائشة –رضي الله عنها– قالت :قال رسول الله "ص"**: ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط[1] ومن ذلك تبين أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على صحته فهو باطل، لأنه ليس في كتاب الله تعالى.[2]

**المذهب الثالث: المالكية.**

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

**أولا:** قوله "ص"أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج" فدل الحديث على أن الحث على الوفاء محمول على الندب، وذلك جمعا بين هذا الحديث وبين قوله "ص":"من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وأن اشترط مئة شرط"[3].

**ثانيا:** ما روي أن رجلا تزوج امرأة وشرطت عليه ألا يخرجها من دارها فتخاصما إلى علي– كرم الله وجهه– فقال:"شرط الله قبل شروطها "ولم ير لها شيئا"[4].

فجمعا بينا هذه النصوص قال المالكية: إن الوفاء بهذه الشروط مستحب وليس بواجب وإن كان يكره اشتراطها أصلا، قال مالك:" ولقد أشرت منذ زمان أن أنهي الناس أن يتزوجوا بالشروط وألا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته[5].

## ثانيا: طريق وقوع الفرقة بسبب عدم الوفاء بالشروط في النكاح:

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

---

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

[2]– أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق،ج1، ص159.

[3]– سبق تخريجه، ص 419.

[4]–الزرقاوي، شرح الموطأ لمالك، دار الفكر، بيروت، ط2، 1981م ،ج1، ص137.

[5]–وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، مرجع سابق،ج3،ص115.

من الواضح أنه يجب أن ترفع الدعوى وذلك لأمرين:[1]

الأول: إن التفريق لعدم الوفاء بالشرط مختلف فيه من جهة جواز الشروط في النكاح، وفي إيقاع الطلاق عند عدم الوفاء، وحكم القاضي هنا هو الذي يرفع الخلاف في الأمور الاجتهادية الخلافية، ويكون حكمه ذا طبيعة إلزامية لذوي الشأن

**ثانيا:**أن التفريق لا يتم إلا بعد إثبات عدم الوفاء من الزوج لذا لا يجب أن تكون الزوجة هي الخصم والحاكم في هذه المسألة بأن تقرر عدم الوفاء وتصدر حكمها بالتفريق، وإنما يجب عليها رفع الدعوى بالفسخ إلى القاضي وان تقدم مبررا شرعيا على عدم وفاء الزوج بالشرط، فإذا تم ذلك حكم القاضي بفسخ النكاح.[2]

## المطلب الثاني: أثر الاشتراط في عقد النكاح في القانون.

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

ولقد تطرق المشرع الجزائري، في أثر الاشتراط على عقد الزواج في مادتين فقط وهما 32 و35 من قانون الأسرة.

بحيث اكتفى بطابع العموم والإجمال ولم يفصل فيه حيث جاء في المادة 32" يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.[3]

أما المادة 35:"إذا اقتران عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح".[4]

### أهم الملاحظات:

باستقراء نصوص المادتين تظهر لنا الملاحظات التالية:

---

[1]– عبد الكريم زيدان ، مرجع سابق،ج1، ص116.

[2]– المرجع نفسه،ج1، ص117–118.

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

[4]– القانون رقم 84–11المؤرخ في 9 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

**أولا:** إن نص م 32 قد خلط بين المانع من الزواج، والذي يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد، التي لا تؤثر على صحة العقد وعليه يجب إلغاؤها، وبقاء العقد صحيحا، هذا ما جاء في نص م35 التي تؤكد على وجوب صحة العقد، وبطلان الشروط مع أن هذه الحالة الأخيرة التي يبطل فيها العقد.[1]

ثانيا: اعتبر المشروع الجزائري العقد المشتمل على شرط ينافي مقتضاه، مبطلا له، حيث يصبح العقد باطلا حسب نص المادة 32.

وعليه فإنه ينبغي تصحيح النص بحذف عبارة (مقتضيات) في المادة 32 وإضافة هذه العبارة للمادة 35، بحيث ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح" ومثالا على ذلك اشتراط الزوج ألا مهر لها أولا ينفق عليها، أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حالة كون الشرط منا في لأصل العقد كأن يكون شرط توقيت الزواج بمدة محددة.[2]

كذلك عند استقراء النصوص نجد أن اغلبها متناقضة مع بعضها البعض، وذلك بتناقض في الحكم بين نص المادة 32 والمادة 35 حيث تقضي المادة 32 ببطلان العقد كونه اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، في حين في نص المادة 35 أنه يقضي ببطلان الشرط وصحة العقد في حالة اشتماله على شرط ينافيه حيث كان من المفروض أن تكون هذه الحالة في المادة 32.[3]

## المطلب الثالث: الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط في القانون :

من الواضح ان المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري لم توضح جيدا حالة عدم الوفاء بالشروط التي يشترطها الزوجان غير أنه ذكر في المادة 53 من قانون الأسرة ، والتي تتحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد ، من الواضح كذلك إن نظام المشاراطات في العقد في تطور دائم ، مثال اشتراط الذمة المالية المستقلة للزوجين ، وشرط عمل المرأة وغيرها من الشروط المعاصرة ، التي أصبح لها دور بارز وهام في استقرار الأسرة[4]، فمثلا نجد المادة 37 المعدلة " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر،غير أنه يجوز

---

[1]– بن شويخ الرشيد، شرح ق الأسرة المعدل، مرجع سابق، ص 129.

[2]– سي ناصر بوعلام. مرجع سابق ،ص102.

[3]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص129.

[4]– بن صغير محفوظ ، مرجع سابق ، ص 446 .

للزوجين الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الاموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما " [1].

وما قيل عن أسباب تعديل هذه المادة ، ان المرأة تعرضت كثيرا لأضرار مادية خاصة عند الطلاق ، فهي على العموم دائما ما تساهم في خدمة مصالح الأسرة ، عند وقوع الطلاق تثار مسألة المطالبة بالحقوق خاصة من جانب الزوجة ، فمثال على ذلك إذا قامت الزوجة بمساعدة الزوج على شراء أرض وقام كل واحد منهما بالمساهمة في تشيدها دون أي عقد كتابي يثبت ذلك وعند حدوث الطلاق طالبت الزوجة بحقها فوجدت نفسها أمام معارضة الزوج برفض إعطائها أي شيء بحجة الملكية التامة لقطعة الأرض وعليه قام المشرع نتيجة لذلك بتعديل المادة 37 السالفة حماية للأسرة وخاصة المرأة [2].

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

أ- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .

ب- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته ..

وإنطلاقا مما سبق قد تخضع مسألة المطالبة بالوفاء بالقواعد العامة للإثبات ، وقد أخضع المشرع الجزائري للطرف المتضرر المطالبة بالفسخ والطلاق ، استنادا لما جاء في الفقرة التاسعة للمادة 53 المعدلة ، حيث يجوز للزوجة طلب تطليق بسبب " مخالفة الشرط المتفق

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

[2]- المرجع نفسه ، ص 266 .

عليه في عقد الزواج " بالإضافة إلى حقها في المطالبة بالتعويض إذا أصيبت بضرر مادي أو معنوي بسبب عدم الوفاء بالشرط [1].

وقد نصت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 3-3-1971 حيث جاء فيه " أنه من المقرر فقها وقضاءا جواز إشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون فيها فائدة بشرط ألا تناقض روح العقد حيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا اللتهم التي أسندت للزوج استنتجوا من الوقائع والوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإسراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج والتي التزم بها الزوج مما يترتب على ذلك فك العصمةّ، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير السديد[2].

هناك قرار آخر حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 20-06-1988 " للمقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة بما فيه من التحجير لا يلزم الزوجة به ولا يؤثر في عقد الزواج " ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالتعهد بالبقاء في العاصمة يكونون كذلك خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيدا مخير فيه ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه [3].

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

---

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

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

[3]- قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،المؤرخ في 20-06-1988 ،المجلة القضائية،1991م،العدد02،ص54.

## المطلب الرابع: بعض التطبيقات

### أولا:اشتراط عدم تعدد الزوجات

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

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

ذهب الحنفية إلى القول بأن اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها ، هي من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج وليست مؤكدة له،ولم يرد بها اثر ،ولم يجر بها عرف وإنما اشتملت على منفعة تعود على أحد العاقدين،وحكم هذا النوع من من الشروط أن العقد لا يتأثر بمثل هذه الشروط ، فيلغو الشرط ويبقى العقد صحيحا ومن ثم لا يلزم وفاء الزوج بهذا الشرط[1]،

أما الشافعية فاعتبروا أن هذا الشرط مما يخالف مقتضى العقد إلا أن فيه منفعة مقصودة لمن اشترطه، والمشهور عندهم أن العقد لا يفسد بفساد الشرط ،فيصح النكاح ويفسد الشرط وذالك بعدم الإخلال بمقصود النكاح وهو الوطء والاستمتاع.[2]

أما المالكية ، فيرون أن الشرط مما لا يقتضيه العقد وغن كان لا ينافيه ، وبالتالي يكون مكروها ولا يلزم الوفاء به.[3]

أما الحنابلة فيرون أن هذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه وحكمه،انه صحيح يلزم الوفاء به، وان فات الشرط كان لصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد أو إمضاءه.[4]

---

[1] – ابن رشد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،دار المعرفة،بيروت،لبنان،ط1،1414ه/1993م،ج2،ص59.

[2]–ابو الوليد الباجي،شرح الموطا لمالك،دار الكتب العلمية،لبنان،ط1،1995،ج1،ص68.

[3]– محمد ابن محمد الغزالي،الوسيط في المذهب،دار السلام للطباعة والنشر،ط1،1997 م،ج5،ص225.

[4]– ابن قدامة، مرجع سابق،ج1،ص487 .

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

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

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

كذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا في20 / 02 / 1991الذي جاء فيه "من المقرر قانونا انه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا لا سيما عند مخالفة شروط

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

[2]– المرجع نفسه،ص92.

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

تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية ،ولما كان من الثابت في قضية الحال ان المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقاءها مدة استحالت بها الحياة الزوجية ،فان القضاة كما حكموا قد طبقوا صالح القانون.[1]

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

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

## ثانيا ا اشتراط المرأة عدم منعها من العمل

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

**القول الأول** :يرى الحنفية أن هذا الشرط فاسد وملغى والعقد صحيح، وللزوج أن يمنعها من العمل ،فإذا استمرت في عملها رغم منعه لها فهي ناشزة[2].

**القول الثاني** : يرى المالكية أن هذا الشرط صحيح ، ولكنه مكروه ولا يلزم الوفاء به ولكن يستحب ، وبالتالي فللزوج أن يمنع زوجته من العمل ،فإذا رفضت كذلك كانت ناشزا.[3]

**القول الثالث:** يرى الشافعية أن مثل هذه الشروط لا قيمة لها ،لان النفقة عندهم أنما تجب بالتمكين التام ،لا بالعقد ،وان هذا العمل يترتب عليه خروجها بغير إذن زوجها وبالتالي فإنها

[1]– قرار رقم 75588الصادر عن المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1992/02/02،العدد4،ص78.

[2]– ابن قدامة،المغني،مرجع سابق،ج1،251.

[3]– ابو الوليد الباجي،مرجع سابق،ج1،ص97.

تكون كذالك ناشزا.[1]

**القول الرابع** :أما مذهب الحنابلة فيرون أن هذا الشرط ملزم للزوج بناءا على أصلهم في لزوم الوفاء بالشروط التي لا تناقض مقتضى العقد،فيجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط،ولا يحق له أن يمنعها من العمل فإذا أرادا منعها فلم تمتنع فلا تكون ناشزا بناءا على هذا.الشرط إذن ليس فيه إخلال بالطاعة عليها،لأنه شرط لها منفعة فيه.[2]

أما من الناحية القانونية فنجد أن قانون الأسرة الجزائري قد تطرق لهذا الشرط من خلال نص المادة 19 المعدلة على سبيل المثال لا الحصر ، حيث نص المشرع على انه يمكن للزوجة ان تشترط في عقد الزواج أن تشترط على زوجها أن لا يمنعها من العمل وان لا يوقفها عن دراستها ،فكلها تعتبر شروط مستحدثة،ولقد اعتبر المشرع الجزائري أن اشتراط الزوجة على زوجها ،البقاء في عملها أو متابعة دراستها من أهم الشروط الشرعية والقانونية لأنها لا تحرم حلالا ولا تحلل حراما،ولا تمس بحقوق الغير ،فان قام الزوج بداية على الموافقة على هذه الشروط،ثم اخل بها أي خالفها ،فهنا يحق للزوجة حق مقاضاته أمام القضاء وطلب تطليقها وإنهاء عقد الزواج.[3]

[1]– ابن رشد،مرجع سابق،ج2،ص61.

[2]–السرخسي،مرجع سابق،ج3،ص181.

[3]-بن صغير محفوظ، مرجع سابق،ص438.

## خاتمة :

بعد أن وفقنا الله تعالى في إنجاز بحثنا المتواضع هذا، والذي يتناول موضوع الاشتراط في عقد الزواج وأثره،حيث قمنا بتعريف مفهوم الشرط المقترن بعقد النكاح وقمنا بالتطرق إلى أهم القيود والضوابط، التي يسير وفقها وذلك طبقا لنصوص الشريعة والقانون، وعملنا كذلك على التطرق إلى اثر الشروط على عقد الزواج، وذلك بذكر بعض الأمثلة منها والتي أصبحت موجودة بكثرة في العصر الحديث ،والتي أصبحت لها أهمية بالغة في المجتمع بصفة عامة والأسرة بصفة خاصة، ولهذا فقد استخلصنا من بحثنا هذا النتائج التالية:

1-إن الشريعة الإسلامية راعت مصالح العباد عند إنشاء العقود بإباحة اقتران العقد شروط على حسب مصلحة العاقدين أو أحدهما، واعطت لكلا المتعاقدين الحرية في اشتراط ما يحلوا لهما من الشروط، الا انها قيدت ذلك بضوابط وشروط على المتعاقدين التقيد، بها وهي عدم مخالفة احكام الشارع.

2-إن الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية المصالح في العاجل والآجل بجلب المنافع ودرئ المفاسد،لذا فإن الرأي القائل بإباحة اقتران العقود بالشروط بشكل عام هو الأولى بان يؤخذ به ويطبق في وقتنا المعاصر.

3- إن عقد الزواج من أهم العقود التي يتم إبرامها من المتعاقدين أو احدهما.

4- لقد اختلفت المذاهب الفقهية في نضرتهم للشروط في عقد الزواج،حيث انقسموا بين موسع ومضيق،فهناك من يعتبر ان الشروط الا التي نص عليها الشرع وهو مذهب الظاهرية، وهناك من وسع من دائرة الشروط واعتبرها صحيحة الا ما منعه الشارع وهو مذهب الحنابلة، وهنا نجد ان الفقهاء انقسموا الى اتجاهين حيث ان

الأصل في الشروط عندهم الحظر او الاباحة والراجح هو ما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنبلي لقوة أدلتهم.

2-لقد تبنى المشرع الجزائري راي المذهب الحنبلي،في توسعه في مجال الشروط كونه الاقرب الى الواقع ،وهو مساير للتغيرات الاجتماعية التي تطرا على المجتمع .

3-إن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 19 نص صراحة على حرية الاشتراط في عقد الزواج ،حيث اعطى للطرفين حرية اشتراط كل الشروط التي تعتبر ضرورية في نظر كل منهما ،لكن ايضا قيد ذلك بعدم مخالفة احكام قانون الاسرة.

**4**-اعطى المشرع الجزائري في حالة مخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج حق طلب التطليق وفسخ العقد، الا انه ترك امرا هاما لم يفصل فيه وهو في حالة مخالفة الزوجة الشرط المتفق عليه في العقد،حيث لم يبين اذا ما كان طلب الطلاق من قبل الزوج يعتبر طلاقا تعسفيا، ام ان الزوجة هنا تعتبر ناشزا وبالتالي تفقد حقها في طلب التعويض ؟

**5**- كذلك نجد التناقض الحاصل بين المادتين 32والمادة35 ،حيث لم يستقر المشرع الجزائري على رأي واحد فأحيانا يصح الشرط على العقد، وأحيانا يصح العقد على الشرط مما جعل استحالة الجمع بينها.

- 7ان الشروط الواردة في العقد حسب المشرع الجزائري شروط صحيحة واجبة الوفاء،الا الشروط التي جاءت مخالفة للشريعة الإسلامية والقانون.

و في الأخيرا نحمد الله تعالى على توفيقه لنا في انجاز هذا البحث.

**القرءان الكريم:**

**تفسير القرءان:**

1.الجصاص، إحكام القرءان، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ر.ط، 1412هـ/ 1992م، ج1.

2.القرطبي، الجامع لأحكام القرءان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1427هـ/ 2006م، ج1.

**الحديث الشريف وعلومه:**

3.البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ/ 2003 م.

4.صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ح رقم 5151.

5.صحيح مسلم، بشرح النووي، مكتبة دار الوفاء، الأزهر، القاهرة، ط1، 1424هـ/2003م.

**قائمة المراجع:**

**-الكتــب:**

6.ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، دارا بن الجوزية، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ

7.ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط3، 1998، ج3، ص78.

8.ابن حزم ، المحلى، تحقيق، أحمد شاكر ، مكتب دار التراث، القاهرة، د.ر.1426هـ 2005م.

9.ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، دار الآفاق الجديدة، ، بيروت، ط 1، 1403هـ/ 1983 م.

10.ابن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429-2008.

11.ابن نجار، شرح الكوكب المنير، المملكة العربية السعودية، ط2، 1413 هـ/1993م.

12.أبو الوليد الباجي، شرح الموطأ لمالك، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1995م

13.أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 20071428م.

14.أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، ط3، 1437هـ/1994م.
15.أحمد سيد علي, مدخل للعلوم القانونية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.ر.ط، 2009م.
16.الإمام أبوا زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1958 م.
17.الإمام محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1427هـ/2006م
18.أنور أبو طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني,دار المكتب الجامعي الحديث، (د.ر.ط)، 2001م.
19.بلحاج العربي, النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر، ط1 ، 1999 م.
20.بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط1، 2013م.
21.بن تيمية، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، دار البيان، بيروت، ط1، 1422هـ/2001م.
22.بن قدامة المغني، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د.ر.ط، 1423هـ هـ/2003م .
23.خليل حسن قدادة, الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 1999 م.
24.دربال عبد الرزاق ، الوجيز في أحكام الالتزام، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 1425هـ/2004م.
25.رابح بن غريب، مدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم، جامعة جيجل، الجزائر، ط1، 2002م.
26.رشدي شحاتة ، الاشتراط في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، بيروت، ط 1، 1142هـ/2001م.
27.زكرياء سرايش, الوجيز في مصادر الالتزام, دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر,د.ط، 2013م.

28.السرخسي، أصول السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ج3.
29.سعد الدين التفتزاني ، شرح التوضيح على التلويح، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، 1996 1416م.
30.الشيخ محمد بن إسماعيل، الأمير الصنعاني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1428-2006[1]- الشيرازي، المذهب في الفقه الإمام الشافعي ، دار اكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ/1977م.
31.الشيخ يوسف محمد أبو قرين، الشرح المبسط لأحكام الأسرة، دار الكتاب الوطنية، بنغازي، ليبيا، ط1، د.ت.
32.عبد الحميد الشواربي,الالتزامات والعقود التجارية، منشأ المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، إسكندرية، د.ر.ط، 2001م
33.عبد الرحمان داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، ط1، م2007، ص 125.
34.عبد الرزاق السنهوري,مصادر الحق في الفقه الإسلامي,منشورات الحلبي,الحصرية، بيروت، لبنان، 1998.
35.عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2004.
36.عبد السلام بن محمود، ابن حزم ومنهجيته في أصول الفقه، المكتبة الإسلامية، بيروت، ط1، 1422هـ/2006م .
37.عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، ط2، 2009م، ص91 .
38.عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار هومة، ط1، الجزائر، 1992م.
39.عبد القادر السنهوري، نظرية العقد، دار منشورات الحلبي العصرية، لبنان، ط2، 1998م.
40.عبد القادر داودي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الجامعية، الجزائر، ط1، 2004م.

41.عبد المغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ، دار ابن حزم، القاهرة، ط1، 1429هـ/2002م.

42.عبد المنعم البدوي، النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ط.

43.علاء الدين الحنبلي، التحبير في شرح التحرير في أصول الفقه ، مكتبة الرشد، الرياض، د ط، 1997م.

44.عوض احمد إدريس، الوجيز في أصول الفقه، دار مكتبة الهلال ، بيروت، 2001م

فاروق أبو سراج: الذهب، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البعيدة، للبحوث والدراسات الإنسانية، الجزائر، 2004م، العدد 8.

45.في أصول الآمدي، الإحكام الأحكام ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1، 1403هـ/1983م .

46.محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دارالفكر العربي، القاهرة، د.ر.ط، د.ت.ن.

47.محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، دار السلام للطباعة والنشر، ط1، 1997 م.

48.محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول، دار الكتاب العربي، دمشق، ط1، 1999.

49.محمد بن علي الولوي، شرح سنن النسائيين، دار البروم، المملكة العربية السعودية، ط1، 1424هـ/2003م.

50.محمد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر ، دمشق، سوريا، ط1، 1981م ، ص86-94.

51.محمد علي السرطاوي، قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، عمان، ط1، 1417هـ/1997م.

52.محمد فهد شفقة، شرح الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دمشق، سوريا ، د.ر.ط، د.ت.ن.

53.محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط1، 1403هـ/1983م.

54.مسعودي رشيد ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري ، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق ، تلمسان .

55.مصطفى الزرقاء، مدخل للفقه العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ/2004م.

همام ذياب، التعليق وآثاره على التصرفات، دار النفائس، الأردن، ط1، 1429هـ /2009م.

56.وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر، دار الحكم الطيب، دمشق، د.ط، 1431-2010م.

57.وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1406هـ/1986م.

58.ياسين محمد الجبوري, المبسوط في شرح القانون المدني,دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع, عمان، ط 1، 2002م.

**ب-الرسائل الجامعية:**

59.احمد ابن مشعل الغامدي، مفهوم الشرط عند الأصوليين، مذكرة دكتورة، المملكة العربية السعودية، 1429/1428هـ.

60.براكتة مسعود، الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماستر جامعة محمد خيضر، بسكرة2014م.

61.بن صغير محفوظ: الاجتهاد في الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (أطروحة دكتوراه)، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1430هـ/2009م.

62.سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة وهران.

63.طرشي سامية، الشروط في عقد الزواج الأحكام والآثار)، مذكرة ماستر، تخصص ق اسرة، جامعة بسكرة، 2014م/2015م.

64.محمد عبد الله علي طلاحفة، (التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية)، رسالة دكتورة، جامعة الأردن، 2004م.

**المقـالات:**

65.سامي محمد أبوا عرجة، (الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي)، مجل الأزهر، العدد2، 2008م.

**المجلات القضائية:**

66.المجلة القضائية، قرار رقم 75588 ، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1992/02/02 ، العدد4.

67.المجلة القضائية، 12244 نشرة القضاة، العدد15.

68.المجلة القضائية،غرفة القانون الخاص ،المؤرخ في 03-03-1971 نشرة القضاة ، العدد02.

69.المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية، المؤرخة في 20-06-1988 ،1991م، العدد02.

**النصوص القانونية:**

70.الامر75-58المؤرخ في 26سبتمبر1975المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالامر 07-05المؤرخ في 13مايو2007، الجريدة الرسمية، العدد31.

71.الأمر07-05المؤرخ في13ماي2007، الجريدة الرسمية، العدد31.

72.الأمر 84-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27فبراير 2005.

73.القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

74.قانون87لسنة 2005المؤرخ في 15اوت2005المتعلق بتنظيم مجلة الموافقات والعقود التونسية، الرائد الاسمي، العدد68.

**القواميس والأعاجم:**

75.ابن منظور، لسان العرب، بيروت، ط1، ج8 .

76.التعريفات الجرجاني: دار الفضيلة، القاهرة، ط1، 2007م.

77.الفيروز آبادي، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 2005م- 1426هـ.

**المواقع الالكترونية:**

78.www.lawja.net./vb/showtheread.php!11635الشرط.

**فهرس المحتويات :.....**

شكر وعرفان..... صفحة
مقدمة .....أ– د
الفصل الأول:تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج.....6
المبحث الأول:تعريف الشرط والضمائم الاسمية .....7
المطلب الأول:تعريف الشرط المقترن بالعقد.....7
الفــرع الأول:التعريف اللغوي.....7
الفرع الثاني:التعريف الاصطلاحي.....7
الفرع الثالث:تعريف الشرط عند الأصوليين.....8
المطلب الثاني:التمييز بين الشرط وببعض المصطلحات.....16
الفرع الأول:الفرق بين الشرط والركن.....17
الفرع الثاني:الفرق بين الشرط والسبب.....18
الفرع الثالث:الفرق بين الشرط والمانع.....19
المبحث الثاني:خصائص الشرط وأقسامه.....19
المطلب الأول :خصائص الشرط.....19
الفرع الأول: أمر زائد على أصل العقد.....19
الفرع الثاني:أمر مستقبلي.....20
الفرع الثالث:أمر محتمل الوقوع.....20
المطلب الثاني:أقسام الشرط.....21
الفرع الأول:من حيث المصدر .....22
الفرع الثاني:من حيث الموضع.....23
الفصل الثاني:ضوابط وآثار الاشتراط في عقد الزواج .....28
المبحث الأول:الضوابط والآثــار. .....29
المطلب الأول:ضوابط الاشتراط في الفقه الإسلامي.....30
الفـــرع الأول:مسلك المضيقين.....30
الفرع الثاني:مسلك المجيزين.....34

**فهرس المحتويات :.....**

المطلب الثاني:ضوابط الاشتراط في القانون.....39
الفرع الأول:عدم مخالفة النظام العام.....40
الفرع الثاني:عدم مخالفة الآداب العامة.....42
الفرع الثالث:عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة.....43
المبحث الثاني:آثار الاشتراط في الفقه والقانون.....45
المطلب الأول:آثار الاشتراط في الفقه الإسلامي.....45
الفرع الأول:الشروط الموافقة لمقتضى العقـد.....46
الفرع الثاني:الشروط المناقضة لمقتضى العقد.....47
الفرع الثالث:الشـــــــــروط المختلف فيها.....51
المطلب الثاني:آثار الاشتراط في القانون.....52
المطلب الثالث:الجزاء المترتب على عدم الوفاء.....54
المطلب الرابع:بعض التطبيقات.....54
الفرع الأول:عدم تعدد الزوجات.....57
الفرع الثاني:عدم منع المرأة من العمل.....57
الخاتمة.....60
قائمة المصادر والمراجع.....63

**ملخص:**

إن الشرط باعتباره آلية قانونية ،فهو يسعى إلى تكييف إرادة المتعاقدين مع الحاجة والضرورة أو المصلحة، التي تسدعي وجوب تعليق العقود بالشروط وربط آثارها بالمستقبل، وعليه فقد حاولت من خلال دراستي للشرط التطرق إلى حقيقة الشرط، من خلال ذكر تعريف الشرط لغة واصطلاحا، وكذلك ذكر بعض الألفاظ المشابهة له ،كما عمدت إلى ذكر أهم الخصائص التي يتميز بها الشرط في كونه أمر محتمل الوقوع، وأمر مستقبلي،بالإضافة إلى ذلك حاولت التطرق إلى أنواع وأقسام الشرط ،فيما خصصت الفصل الثاني التطرق أهم الآراء المؤيدة والمعارضة للاشتراط في عقد الزواج بين موسع ومضيق، وقمت أيضا بذكر أهم الضوابط التي يجب على المتعاقدين التقيد بها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وكما قمت بذكر بعض الأمثلة عن أهم الشروط التي يمكن أن يشترطها المتعاقدين في عقد الزواج والآثار المترتبة عن العقود .

**الكلمات المفتاحية :** دراسة، الاشتراط ، المقارنة .

**Résumé:**

La condition, qui est un outil légal, vise à adapter la volonté des contracta deux ou différentes avec le besoin, l'obligation ou internet appelant l'obligation de lier les contractas avec les conditions et lier ses effets avec l'avenir.

Par cette étude de la condition, on a voulu faire la lumière sur la vivacité de la condition en citant sa définition selon et la langue et la terminologie, en plus de quelque termes proches, on aussi volontairement cité les importances caractéristiques spécifique à la condition en étant probable et future en plus les types et les catégories.

Alors que dans le second chapitre retrouve les plus importants des opinions pour et contre la conditionnalité dans l'acte de mariage entre larges et limitées en citant l'essentiel des opinions des préceptes de la législation islamique, on a aussi cité les conditions principales dans les contractants doivent s'y fier que ce soit du coté de la religion ou celui e la loi Islamique et l'organisation générale et les mœurs communes. Ensuite, j'ai cité quelques exemples sur les conditions essentielles que les contractants prouvent citer dans l'acte de mariage et les effets résultant des contrats.

**Mots-clés**: étude, exigence, comparaison