جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون أسرة

رقم: .....

إعداد الطالب(ة):
الشين أسماء
بن زطة فاطمة الزهراء

يوم: 2022/06/28

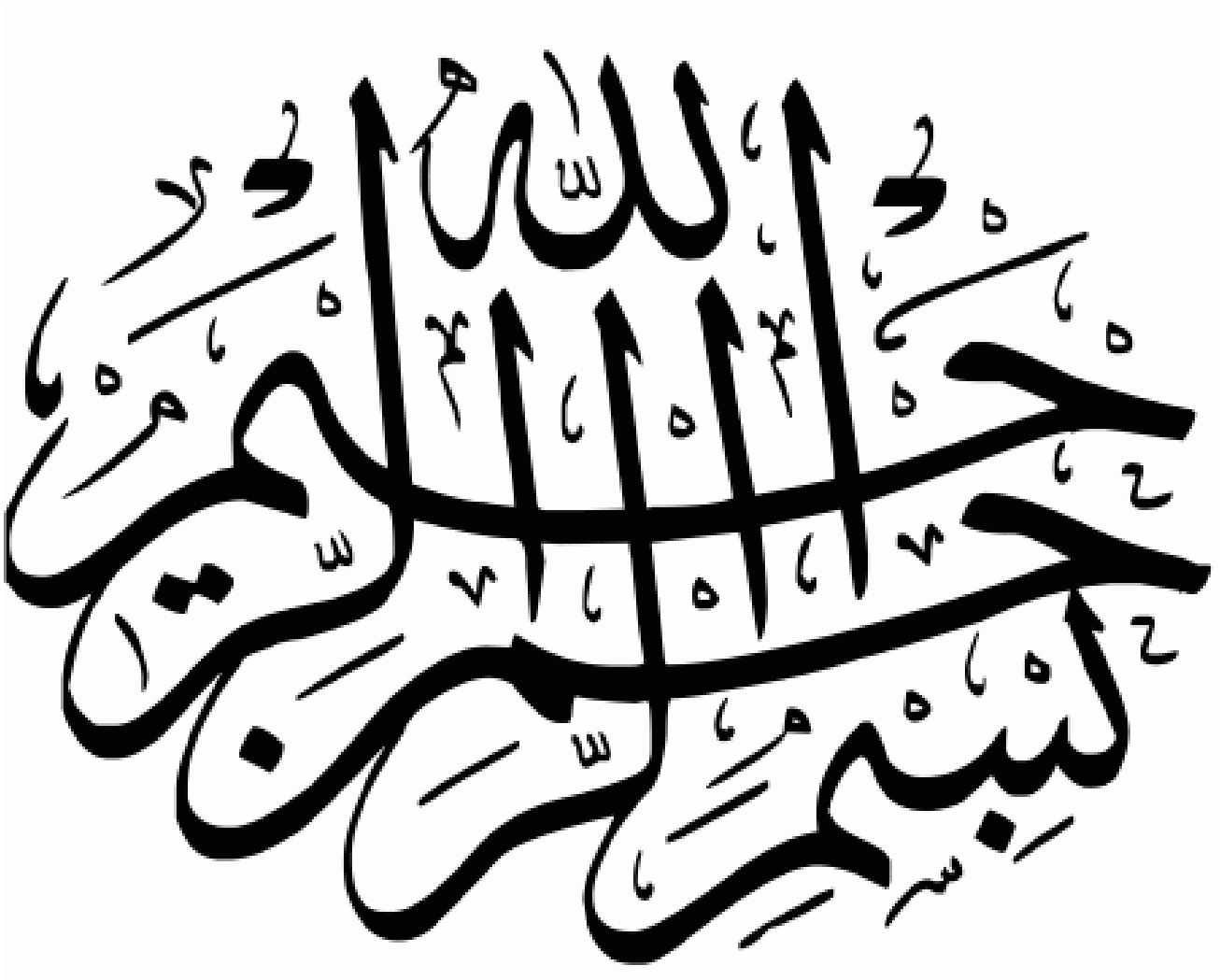
عنوان المذكرة

الاشتراط في عقد الزواج

لجنة المناقشة:

اسم ولقب الأستاذ:	دنش لبنى	أ. مح أ	جامعة بسكرة	رئيسا
اسم ولقب الأستاذ:	دبابش عبد الرؤوف	أ. مح أ	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
اسم ولقب الأستاذ:	مصباح سهام	أ. مح أ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2021 - 2022


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

أحمد الله عز وجل على توفيقه لي لأصل إلى هذه المرحلة التي اكتب فيها الإهداء رسالة تخرجي، فله الحمد والشكر.

إهدائي الأول للوالدين العزيزان –حفظهما الله– اللذيّن بفضلهما أنا هنا الآن، فلقد تعبا واجتهدا على بذل كل الجهود لكي أواصل مسيرة تعليمي حتى وصلت على هذه اللحظة الغالية، لكما مني خالص الحب والاحترام والإجلال.

إلى روح جدتي الطاهرة رحمها الله واسكنها فسيح جناته.

إلى أخويَّ وأخواتي الثلاث سندي في الحياة أدامهم الله ورعاهم.

إلى صديقات العمر ورفيقات الدرب اللواتي قضيت معهن اسعد أوقاتي دمتم لي صحبة صالحة.

وإلى كل من ساندني وساعدني في حياتي ولو بكلمة

اهدي لكم هذا العمل و شكرا لكم جميعا.

أسمـــاء

إهداء

وصلت رحلتي الجامعية إلى نهايتها بعد تعب ومشقة وها أنا ذا أختم بحث تخرجي بكل همة ونشاط. مرت قاطرة البحث بكثير من العوائق، ومع ذلك حاولت أن أتخطاها بثبات بفضل من الله ومني إلى أبوي وخالي وأخوتي فقد كانوا بمثابة العضد والسند في سبيل استكمال البحث. ولا ينبغي أن أنسى أساتذتي ممن كان لهم الدور الأكبر في مساندتي ومدي بالمعلومات القيمة أهدي لكم بحث تخرج داعياً المولى عز وجل أن يطيل في أعماركم ويرزقكم بالخيرات

فاطمة الزهراء

كلمة شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمَّد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد..

فإننا نشكر الله تعالى على فضله حيث وفقنا لإنجاز هذا العمل ، فله الحمد أولاً وآخرًا.

ونتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الدكتور عميد كلية الحقوق جامعة محمد خيضر *دبابش عبد الرؤوف* على قبول الإشراف على هذا العمل، ولما منحه لنا من وقت وجهد وتوجيه وإرشاد وتشجيع.

كذلك نتقدم بجزيل الشكر إلى كل أساتذة الذين عملوا على تكويننا وتأطيرنا طيلة مرحلة دراستنا ، كما نتقدم بخالص الشكر للهيئة المناقشة لقبول مناقشة هذه الرسالة.

كما لا يفوتنا أن أتقدم بالشكر إلى كل من صنع لنا معروف ومد لنا يد العون من قريب أو من بعيد..

مقدمة

مقدمة:

تعتبر الزوجية من سنن الله في الخلق والتكوين، إذ يعد الزواج من أوثق العقود وأقدسها، فيه تتكون اللبنة الأولى التي تقوم عليها دعائم المجتمع و هذا ما يجعله نال اهتماما بالغا في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، حيث تضافرت التوجيهات الربانية والأحكام الشرعية والوضعية للحفاظ على الرابطة الزوجية ويتجلى ذلك من خلال وضع نظام محكم للزواج يقوم على أقوى المبادئ وأمتن الأسس لتعزيز دور إرادة المتعاقدين في إنشاء العقد على أن يكون تحديد أثاره من صنع الشارع صيانة للعقد من جهة وحتى لا تكون العلاقة الزوجية خاضعة لأهواء الناس فتحيد عن مقاصدها وما أحاطها الشارع من رعاية و قداسية من جهة ثانية، فآثار عقد الزواج التي توافق مقصود الطرفين لا تحتاج لتعديل، و لكن قد لا توافق مقاصدهما وفي هذه الحالة يحق إقران عقد الزواج بشروط بما يحقق مصلحة الطرفين أو كلاهما زيادة أو نقصانا شريطة المحافظة عل مقتضيات عقد الزواج .

وقد أبيح الاشتراط في العقود العامة وفي عقد الزواج خاصة تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، غير أن إباحة الاشتراط في عقد الزواج ليست على إطلاقها إذ لابد أن تكون وفق قيود و ضوابط ترجع للمنفعة العامة.

أهمية الموضوع:

- تكمن أهمية موضوع الاشتراط في عقد الزواج انه يتماشى مع تجدد الثقافات وكثرة الاحتياجات والضروريات والمصالح المختلفة، ومسايرة التطورات الحاصلة في الحياة.
- يعد من المواضيع التي تتعلق بأعظم العقود وأخطرها في الوقت ذاته ولا يستغني عن معرفة أحكامه أي فرد في المجتمع، وله تأثير على الحق من حيث الصحة والفساد.
- من شأن هذه الشروط أن تؤسس العلاقة الزوجية على أساس التفاهم، وتعد صمام أمان من النزاعات.

أسباب اختيار الموضوع:

لقد دفعنا لاختيار هذا الموضوع عدة اعتبارات منها:

- الاعتبارات الذاتية: والمتمثلة في الميول الشخصي لهذا الموضوع، باعتباره موضوع من مواضيع القانون الخاص وقانون الأسرة بصفة خاصة، وهو موضوع يمكن استفادة منه في حياتنا الشخصية أيضا.
- الاعتبارات الموضوعية: والمتمثلة في التأكيد على تعظيم الشريعة الإسلامية لعقد الزواج وهذا من خلال ما يتوافق مع شروط مقاصد النكاح وما لا يتوافق معها. وتحديد ومعرفة الآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشرط وكذا الجزاء المترتب عنها، كذلك التعرض لبعض المواد القانونية المعدلة من قانون الأسرة الجزائري.

الدراسات السابقة:

- نجد مذكرة ماستر للطالبة حمودة بدرة تحت عنوان "الاشتراط في عقد الزواج _دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري_"، حيث تناولت فيها مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج وتطرقت إلى أهم القيود والضوابط التي يسير وفقها وذلك طبقا لنصوص الشريعة والقانون.
- وكذلك نجد مذكرة ماستر للطالبة طرشي سمية تحت عنوان " الشروط في عقد الزواج _ الأحكام والآثار_ ، تناولت في موضوعها حقيقة الشرط في عقد الزواج، و بينت كذلك الأحكام المتعلقة بهذه الشروط.
- ونجد أيضا مذكرة ماجستار للطالبة فتيحة بوراق تحت عنوان "الاشتراط في عقد الزواج _ دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي _"، تناولت في موضوعها ماهية الشروط الإرادية لعقد الزواج و تنظيمها لعقد الزواج.

أما بالنسبة لبحثنا فقد حاولنا تسليط الضوء أكثر على الاشتراط في عقد الزواج من منظور المشرع الجزائري والتعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري للمواد القانونية ذات الصلة بالموضوع.

صعوبات الدراسة:

- نقص المراجع المتخصصة، بالنسبة للمراجع العامة توفرت و الحمد لله. إلا أن هذه المراجع تميزت بتكرار المعلومات و عدم توسعها في الموضوع.
- اقتضاب النصوص القانونية المتعلقة بالاشتراط في عقد الزواج.

الإشكالية:

- كيف نظم المشرع الجزائري الاشتراط في عقد الزواج؟

منهج و خطة البحث:

وقصد إيفاء هذا البحث من جميع الجوانب اقتضت طبيعة الموضوع الاعتماد على المنهج التحليلي والمقارن من خلال تحليل ومقارنة موضوع النص واستنباط الأحكام منها ليتم عرض البحث وفق الخطة التالية:

إذ قسمنا البحث لثلاثة فصول في الفصل الأول ماهية الاشتراط في عقد الزواج و ضمناه بمبحثين، المبحث الأول مفهوم الاشتراط والمبحث الثاني أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج ،و خصصنا الفصل الثاني لبيان أحكام الاشتراط في عقد الزواج وثم تقسيمه لمبحثين، المبحث الأول أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج و المبحث الثاني نماذج لبعض المشترطات في عقد الزواج، وتناولنا في الفصل الثالث آثار الاشتراط حيث تضمن مبحثين، المبحث الأول سلطة القاضي والمبحث الثاني جزاء مخالفة الشروط.

الفصل الأول:

ماهية الاشتراط في عقد الزواج

الفصل الأول: ماهية الاشتراط في عقد الزواج

مراعاةً لمصلحة الأفراد و المجتمع وضعت أحكام في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لتنظم مصالح الناس، ولذا جاءت أحكامها على جلب المنافع ودرء المفاسد، ومن بين أهم الأنظمة نظام التعاقدات لذا أحيط بضوابط و معايير على المتعاقدين الالتزام بهم ، حتى يترتب على تلك العقود المصلحة المرجو تحقيقها بين المتعاقدين.

ومن بين أهم العقود التي يمكن أن يبرمها الشخص في حياته هو عقد الزواج، لذا له الحق أن يشترط فيه كل الشروط التي يرى أنها في مصلحته[1]، فالتزام المتعاقدين بالحقوق والواجبات هو الأصل في العقود، التي ترتبها أحكام الشريعة والقانون، فإذا رأى طرفا العقد أن هذه الآثار المترتبة عن العقد تفي بحاجياتهما، فلا حاجة لهما لاشتراط أي شرط خاص يضاف للعقد بالزيادة أو بالنقصان، في هذه الحالة يكون خالٍ من أي شرط.[2]

وفي حالة أن حاجياتهما لم تتم كما يريدان فلهما كل الحق بإضافة أي شرط في العقد من أحد الزوجين أو كلاهما، وهذا ما يسمى بالشروط المقترنة بالعقد والتي نص عليها قانون الأسرة الجزائري، والذي أعطى للزوجين الحق في اشتراط أي شرط يريانه ضروريا في العقد، لكن قيد حريتهما بضوابط و أحكام فلا يجب أن تخالف مقتضيات العقد و الهدف الأساسي من الزواج، فمنها ماهو غير جائز اشتراطه.

وبالتالي نطرح الإشكال التالي: ماهو الاشتراط في عقد الزواج ؟ وماهي أنواعه ؟

للإجابة عن هذا التساؤل قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم الاشتراط في عقد الزواج، والمبحث الثاني أنواع الشروط في عقد الزواج واصل مشروعيتها.

---

[1]– سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد النكاح في سلسلة العلوم الإنسانية، الفقه الإسلامي، العدد 2،المجلد 10، مجلة جامعة الأزهر بغزة، فلسطين، 2008،ص11

[2]– خديجة أبو العطا ، الشروط المشترطة في عقد النكاح، مذكرة ماجستار، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية،غزة ،1428 هـ/2007 م، ص أ .

المبحث الأول: مفهوم الاشتراط في عقد الزواج

الاشتراط في عقد الزواج هوا إضافة طرفي العقد لشروطهما الإرادية، التي يريانها مناسبة وتحقق لهما مصلحة معينة أو لأحدهما، فالشرط المقترن بعقد ليس مرتبط بجوهر العقد، فهو يتم صحيحا ويستوفي جميع شروطه وأركانه فيقترن به الشرط فيقيد أثره أو يلحقه بأمر زاد عن أصل العقد وقد يكون الشرط قبل إبرام العقد أو مزمنا له، أو بعد الإبرام أي في عقد لاحق، وبهذا سنقوم بتقسيم المبحث إلى مطلبين، ونتناول في المطلب الأول تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج، أما في المطلب الثاني سنوضح الفرق بين الشرط وبعض المصطلحات.

المطلب الأول: تعريف الشرط المقترن بالعقد

فسنتناول فيه تعريفا للشرط في اللغة، ثم تعريفه اصطلاحا وأخيرا تعريفه قانونا.

الفرع الأول: تعريف الشرط في اللغة

الشرط بسكون الراء أي بمعنى إلزام الشيء وإلزامه في البيع ونحوه، والشرط جمعه شروط وهو القيد والحكم،[1] والشريطة هي المشروط، والشرط هو العلامة،[2] ومنه قوله سبحانه وتعالى: { فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ }.[3]

أشراطها أي علاماتها. قاله الموفق وغيره. قال في (المصباح): الشرط – مخفف – من الشرط – بفتح الراء، وهو العلامة، وجمعه أشراط، و جمع الشرط – بالسكون – شروط و يقال له شريطة، وجمعه شرائط .[4]

---

[1] _ ابن المنظور، لسان العرب، المجلد السابع، دار بيروت للطباعة والنشر، 1968، ص329.

[2] – ابن المنظور، مرجع نفسه، ص330

[3] – سورة محمد، الآية18

[4] – ابن النجار، شرح الكوكب المنير، المجلد 1، دون دار النشر، المملكة العربية السعودية، 1413ه/ 1993م، ص451

الفرع الثاني: تعريف الشرط اصطلاحا

الشرط هو: " التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائدا عن أصل التصرف، سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا، وسواء أكان منفعة للملتزم أم لغيره أو لا ثبت ذلك بلفظ أم لا ".[1]

وقيل أن الشرط هو:" ما يتوقف عليه حكم وليس بعلة حكم أي ما يلزم من علمه عدم الشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ومثاله الشروط التي يتطلبها المشرع لإبرام فاقد الأهلية، فإنها إلزامية في كل عقد حيث أن فاقد الأهلية كالمجنون لا ينعقد عقده ".[2]

ولقد وردت عدة تعريفات للشرط ، فقد عرفه الشيخ منصور البهوتي " فإن المعتبر من المشروط هوا ما يرد في صلب العقد واتفق عليه قبله ".[3]

وعرفه الجرجاني الشرط هوا تعليق شيء بشيء ، بحيث بوجود الأول وجد الثاني، وقيل أيضا الشرط ما يتوقف وجوده على وجود الشيء ويكون خارج عن ماهيته، ولا يكون مؤثرا بوجوده، وقيل: الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه.[4]

الفرع الثالث: تعريف الشرط قانونا

بعد أن عرفنا الشرط في اللغة ومن ثم عرفناه اصطلاحا نتطرق إلى تعريف الشرط قانونا ، لقد تطرق القانون المدني للشرط في القسم الأول من الفصل الأول في الباب الثالث تحت عنوان الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام وهو ما نص عليه في **المادة 203** على ما يلي: "يكون

[1]– محمد عبد الرحمان محمد الضويني، الشروط المقترنة بعقد النكاح وتطبيقاتها، الطبعة 1، معهد دبي القضائي، الإمارات، 2013، ص19.

[2]– فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج – دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي–، مذكرة ماجستار في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص12.

[3]– منصور البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع مختصر المقنع، دار ركائز للنشر والتوزيع، الجزء 3، الطبعة 1، الكويت، 1438، ص524.

[4]– عبد النور فارح علي، أثر الشروط الجعلية في العقود المالية، الطبعة 1، دار العلم للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، 2021، ص21.

الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على مستقبل وممكن وقوعه"،[1] وقد قارن القانون المدني بين الشرط والأجل، لكن قدم الشرط على الأجل في الدراسة، غير أنه لم يعط تعريفا دقيقا للشرط، وأدرج الشرط في باب الثالث بعنوان الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، وإقرار منه لإدارة المتعاقدين في الاشتراط وهذا لتعديل العقد والتصرف فيه.

فالشرط في الفقه القانوني له ثلاث معاني:

المعنى الأول للشرط "وهو ما يتطلبه المشرع لترتيب أثر قانوني معين، وهذا ما يسمى بالشرط القانوني، كاشتراط المشرع لصحة العقد أن يكون كل من المتعاقدين متمتع بالأهلية اللازمة لإبرام العقد، وأن يكون رضا كل منهما سالما من العيوب، أو اشتراطه لانعقاد بيع العقار أو الرهن التأميني التسجيل في السجل العقاري أو اشتراطه لاستحقاق الإرث موت المورث قبل موت الوارث ونحو ذلك من الشروط التي يكون مصدرها القانون دون أن تكون الإرادة لها دخل في ثبوتها.[2]

المعنى الثاني للشرط: "أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله"، فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط، كان الشرط واقفا. أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط كان الشرط فاسخا.[3]

المعنى الثالث للشرط: "المعنى المتعلق بالأحكام التي يشترطها المتعاقدان في العقد المبرم بينهما أو بعبارة أخرى بكل ما يشترطه الطرفان لتحديد كلاهما المتعاقدين وتعني التزامهما وحقوقهما الناشئة عنها وهذا ما يعرف بالشرط المقترن بالعقد.[4]

---

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

[2]– عز الدين زغدودي، زهير سعيدي، الاشتراط في عقد الزواج – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2021/2019، ص10.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص09.

[4]– صبحي المحمصاني، الطريقة العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، الجزء 2، الطبعة 2، دار العلم الإسلامي، بيروت،1972، ص206.

المطلب الثاني: الفرق بين الشرط وبعض المصطلحات

يمكن أن يختلط عند أي شخص معنى الشرط وغيره من الألفاظ المشابهة له، ولتفادي هذا اللبس والخلط، سنميز بين الشرط وبعض المصطلحات المشابهة له وذلك كما يلي:

الفرع الأول: التميز بين الشرط والركن

الركن هو ما يتوقف عليه وجود الحكم، ويكون جزءا في ماهيته، أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الحكم، ويكون خارج عن حقيقته وماهيته، ويظهر من هذا أن الركن والشرط يتفقان بان كلا منهما يتوقف عليه وجود الحكم، وإذا نقص الركن أو الشرط بطل أو فسد الحكم.[1]

والركن هو جزء من الشيء مثلا الركوع جزء من الصلاة، والسجود جزء من الصلاة، فهذه الأجزاء أركان لأنها جزء من الشيء الذي هو الصلاة.

أما الشرط فهو جزء مستقبل عن الشيء، لكن لا يقبل العمل إلا به مثل الوضوء للصلاة، فالوضوء شرط لصحة الصلاة ولا نقول الوضوء ركن ولكن لا تقبل الصلاة إلا بهذا الشرط فالركن والشرط كلاهما ضروري في صحة قبول العمل، لكن الركن جزء من العمل، والشرط ليس جزء من العمل لكن لا يقبل العمل إلا بهما.[2]

الفرع الثاني: التميز بين الشرط والوعد

الوعد في اللغة :من وعد يعد من باب ضرب يضرب، عدة ووعدا، فأما العدة فتجمع على عدات، وأما الوعد فلا يجمع، والمواعدة مفاعلة وهي ما بين طرفين ولا يجوز في الرأي الجمهور جمع الوعد.[3]

---

[1]– محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي،الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 2006، ص40.

[2]– أبو إسحاق الحويني، دروس للشيخ أبو إسحاق الحويني، https://shamela.ws/book/7693/741 .

[3]– عز الدين زغدودي، زهير سعدي، مرجع سابق، ص13.

أما في اصطلاح الفقهاء، فالوعد معناه الالتزام بما لا يلزم ابتداء. وقد ورد لفظ الوعد في القرآن الكريم في آيات كثيرة، منها قوله تعالى: { وَيَقُولُونَ مَتَىٰ هَٰذَا الْوَعْدُ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ }.[1]

وقال تعالى في مدح وثناء إسماعيل عليه الصلاة والسلام: " وَاذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولًا نَّبِيًّا".[2]

ويتميز الوعد عن الشرط في كونه أن الأصل فيه لايلزم صاحبه القضاء، وإن كان الوفاء به مطلوب ديانة، فلو وعد إنسان شخصا آخر ببيع منزل معين فلا ينشأ بذلك حق للموعود له، وليس له أن يجبره على تنفيذه بقوة القضاء.

إلا إذا صدر الوعد معلقا على شرط، فانه يخرج عن معنى الوعد المجرد ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد فيصبح عند إذن ملزما لصاحبه، كما ذهب إلى ذلك فقهاء الحنفية.[3]

إن الفقهاء وإن كانوا قد فرقوا بين الوعد والشرط من حيث أثر كل منهما فإنهم لم يضعوا ضابطا لتحديد ما يعد شرطا وما يعد وعدا، وتركوا تحديد ذلك إلى أعراف الناس وعادتهم، والى قرائن الأحوال إذا كان الإخبار عن العقد بصيغة المضارع، أما إذا كان بصيغة الماضي فلا يحتاج إلى قرينه.[4]

الفرع الثالث: التميز بين الشرط و السبب

السبب هو كل حادث ربط به المشرع أمر أخر وجودا وعدما، وهوا خارج عن ماهيته،[5] أو هو ما يلزم من وجود الوجود وعدمه العدم، فعلى سبيل المثال يعتبر العمل الضار سببا موجبا للتعويض، طبقا لنص **المادة 124** من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوث

[1]– سورة يونس، الآية 48.

[2]– سورة مريم، الآية 54.

[3]– عز الدين زغدودي، زهير سعدي، مرجع نفسه،ص13

[4]– أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المكتبة الأزهرية للتراث، الجزيرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، 2013، ص215.

[5]– فتيحة بوراق، مرجع سابق، ص14.

بالتعويض"،[1] كما تعتبره القرابة الزوجية سبب للإرث حسب نص المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي : "**أسباب الإرث:** القرابة والزوجية".[2]

فنستخلص من خلال تعريف السبب ومقارنته بالشرط أنهما يتفقان في حالة العدم، أي انه إذا انعدم الشرط انعدم المشروط، ولكنهما يفترقان من حيث أن المسبب متى وجد يلزم وجوده وجود الحكم، ما لم يوجد ما يمنع ذلك، بخلاف الشرط فان وجوده لا يستلزم الحكم المشروط، فلا يلزم مثلا وجود الشاهدين وجود عقد الزواج.

والسبب أيضا هو: "وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه مرفوعا لحكم شرعي، كجعل زوال الشمس أمارة معرفة لدخول صلاة المغرب".[3]

المبحث الثاني: أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج واصل مشروعيتها

لقد سبق وبينا سابقا معنى الشرط و اقترانه بالعقد، فالشروط التي يشترطها الزوجين في عقد الزواج لا تمنع من الانعقاد لأنها شروط تتوافق مع مقتضيات العقد و صيغته فينشأ صحيحا، لكن يمكن أن تأثر بعض الشروط على العقد و مقتضياته، تأثيرا تبعا لصحة هذه الشروط أو عدم صحتها فقد تمس بأصل العقد و مقتضياته، كما أن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد.

اختلف الفقهاء في تبيان الشروط الصحيحة والغير صحيحة، وبين موسع ومضيق في حرية الاشتراط في عقد الزواج، فمنهم من يرى الأصل فيها الإباحة ومنهم من يرى الأصل فيها الحظر.

وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سنوضح أنواع الشروط الواردة في عقد الزواج، أما المبحث الثاني نبين فيه الشروط بين المشروعية و الحظر.

---

[1]– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 6 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعَدل والمتمم بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، جريدة رسمية عدد 44، ص23.

[2]– الأمر رقم 84–11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3]– وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر ، 1986 ص95.

المطلب الأول: أنواع الشروط الواردة في عقد الزواج

توجد عدة أنواع من الشروط، منها ماهو موافق لمقتضى عقد الزواج وهي الشروط الصحيحة، وماهو منافي لمقتضاه وهي الشروط الغير صحيحة، ومنها ما اختلف الفقهاء فيه.

الفرع الأول: الشروط الصحيحة

الشروط الصحيحة هي الشروط التي يقتضيها العقد وتؤكد ما يقتضيها، وهي التي أورد الشرع بها نص أو جرى العرف بها.[1]

فإذا ورد اشتراط المتعاقدين على مقتضى العقد لتأكيد ما يوجبه، فهو اشتراط صحيح معتبر،[2] فهذه شروط تكون ثابتة في العقد سواء اشتراطها أحدهم أو لم يشترطها.

ومثلها أن يفي الزوج بحقوقها كافة، مثل: النفقة ودفع معجل المهر قبل الدخول، وان يحسن عشرتها وان لا تسمح لأجنبي أن يدخل بيته في غيابه، ومثل هذه الشروط يكون كل من الزوجين ملزما بالوفاء بها.[3]

اتفق جمهور الفقهاء على صحة الشروط التي توافق مقتضى العقد ومقاصده لقوله تعالى: { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}.[4] يعني بالعهود ما أحل الله وما حرم وما حد في القرآن كله، ولا تغدروا ولا تنكثوا.[5]

أولا: الشروط الصحيحة عند الحنفية

1. حددوها في أربعة أنواع:أن يكون شرطا يقتضيه العقد ويكون موجبه حكما من أحكامه وأثار من آثاره كان تشترط الزوجة أن ينفق عليها أو يشترط الزوج ألا تخرج من بيته إلا بإذنه.

---

[1]– إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة(الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)،الطبعة 1، دار الحامد للنشر والتوزيع،2008 ، ص807

[2]– محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص158.

[3]– محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، طبعة 8، دار يافا لنشر والتوزيع، 2011، ص147.

[4]– سورة المائدة، الآية 1.

[5]– ابن كثير (أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي)، تفسير القرآن العظيم، طبعة1، دار ابن الحزم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت، 2000، ص570.

2. أن يكون الشرط مؤكدا لمضمون العقد، كأن تشترط الزوجة أن يكون والد الزوج ضامنا لمهر أو يشترط هو أن تكون جميلة.

3. أن يكون الشرط قد ورد الشرع بجوازه وأوجب مراعاته كان تشترط الزوجة أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها متى شاءت.

4. أن يكون من الشروط التي جرى بها العرف، كتعجيل المهر أو نصفه.[1]

ثانيا: الشروط الصحيحة عند المالكية:

الشروط الصحيحة عند المالكية قسمان:

1. شروط صحيحة غير مكروهة: وهي ما يكون حكما من أحكام عقد النكاح أو تكون أثرا له، فالرجل يمكن أن يشترط على الزوجة أن تطيعه لأن هذا الشرط من أحكام عقد الزواج، وللزوجة أن تشترط أن ينفق عليها أو يحسن معاشرتها.

2. شروط صحيحة مكروهة: يقصد بها الشروط التي لا تنافي المقصود من الزواج، ولكن فيها تضييق على الزوج كأن تشترط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها.[2]

ثالثا: الشروط الصحيحة عند الشافعية

اعتبروا الشرط الصحيح هو الشرط الذي يوافق مقتضى عقد النكاح، والشروط الجائزة تدخل في نطاق الحقوق الزوجية لكل منهما.

ومن أمثلتها: كأن يشترط الزوج أن يتزوج عليها أو يسافر بها، أو أن يطلقها إن شاء، وكأن تشترط الزوجة أن يوفر لها صداقها، أو ينفق عليها.

أو أن يشترط الزوج على الزوجة: القرار في البيت، و عدم الخروج إلى بإذنه، أو خلوها من الموانع الشرعية فلا تكون زوجة للغير، أو أن لا تكون في عدتها، و أن لا تصوم تطوعا إلا بإذنه، إذ قال الرسول صلى الله عليه و سلم: "لا يحل للمرأة أن تصوم تطوعا، و زوجها شاهد

[1]– أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للنشر، إسكندرية، 1988، ص102،ص103.

[2]– أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص60، ص61.

إلى بإذنه "فجعل له منعها ما يقربها إلى الله إن لم يكن فرضا عليها لعظيم حقه عليها، و أوجب الله عز وجل له لفضيلة عليها.[1]

رابعا: الشروط الصحيحة عند الحنابلة

هي تلك الشروط التي لا يقتضيها العقد أو التي يقتضيها العقد و يكون فيها منفعة لأحد العاقدين، ولم يرد عن الشارع نهي عنها ما دامت لا تخل بالمقصود من عقد الزواج، مثل اشتراط الزوجة أن ينفق عليها الزوج أو أن يحسن معاشرتها، أو ألا يتزوج عليها واشتراط الرجل أن تكون الزوجة بكرا.[2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وحسب المادة 19 المعدلة بالأمر رقم 05-02 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون "[3]

فنلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري اخذ برأي الفقه، بحيث أعطى للزوجين الحق في اشتراط جميع الشروط التي لها مصلحة ومنفعة لكلاهما أو لأحدهما، لكن مع احترام القانون وأحكامه بعدم اشتراط الشروط المناقضة له أو التي تمس بأصل العقد ومقتضياته، كما نلاحظ أن المشرع الجزائري قد عدل هذه المادة وقام بإضافة نوعين من الشروط هما شرط عمل المرأة و شرط عدم التعدد، وذلك لأهميتهما ولكثرة اشتراطهما في حياتنا الاجتماعية الحالية.

الفرع الثاني: الشروط غير الصحيحة

وهي الشروط التي تناقض عقد الزواج والأصل الذي جاء به، أو ورد نهي الشارع عنها، اتفق العلماء وأهل العلم على عدم صحة هذه الشروط التي تخالف ما أمر به الله أو نهى عنه، أو تخل بمقصود النكاح الأصلي، ومنها أن تشترط المرأة على زوجها ألا تطيعه أو يشترط عليها

[1]- محمد بن إدريس الشافعي، موسوعة الإمام الشافعي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة 1، لبنان، 2000، ص 218.

[2]- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص61.

[3]- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ألا مهر لها. و مثل ذلك أن تشترط عليه ما يخل بالمقصود الأصلي للنكاح، المعاشرة الزوجية.[1]

ونهى الرسول(صلى الله عليه وسلم)عن بعض الشروط التي يكون فيها إثم وقطيعة رحم، مثل: أن تشترط المرأة طلاق ضرتها فهذا شرط باطل،[2] فقد ثبت أن عليه الصلاة والسلام قال: { لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ ما بصفحتها، فإنما لها ما قدر لها }.[3]

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية– رحمه الله :–" مَنْ اشْتَرَطَ فِي الْوَقْفِ، أَوْ الْعِتْقِ، أَوْ الْهِبَةِ، أَوْ الْبَيْعِ، أَوْ النِّكَاحِ، أَوْ الْإِجَارَةِ، أَوْ النَّذْرِ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ شُرُوطًا تُخَالِفُ مَا كَتَبَهُ اللَّهُ عَلَى عِبَادِهِ، بِحَيْثُ تَتَضَمَّنُ تِلْكَ الشُّرُوطُ الْأَمْرَ بِمَا نَهَى اللَّهُ عَنْهُ، أَوْ النَّهْيَ عَمَّا أَمَرَ بِهِ، أَوْ تَحْلِيلَ مَا حَرَّمَهُ، أَوْ تَحْرِيمَ مَا حَلَّلَهُ، فَهَذِهِ الشُّرُوطُ بَاطِلَةٌ بِاتِّفَاقِ الْمُسْلِمِينَ فِي جَمِيعِ الْعُقُودِ".[4]

بالنسبة للمشرع الجزائري هذه الشروط لا خلاف في طلانها، فبعضها يؤثر في صحة العقد كاشتراط عدم المعاشرة الزوجية، حيث تقضي المادة 32 قانون الأسرة ببطلان العقد في هذه الحالة بالنص على انه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".[5]

وفي حالة اشتراط الزوجة تطليق ضرتها، أو يشترط الزوج عدم الإنفاق عل زوجته، فتبطل هذه الشروط ويصح العقد لأنها لا تأثر في العقد، وذلك ما أشار إليه المشرع في المادة 35 قانون الأسرة التي تنص على: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".[6]

---

[1]– عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة 8، دار النفائس لمنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص181.

[2]– الأمين الحاج محمد أحمد، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط2 ، د د ن، د ب، 2008، ص36

[3]– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، حديث رقم 2140، دار ابن كثير، دمشق–بيروت، 1423هـ/2002م، ص514.

[4]– ابن تيمية، الفتاوى الكبرى للإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية، 1–6 ج4، ت ح عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، 1971، ص 248.

[5]– قانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[6]– قانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حال كون الشرط ينافي أصل العقد كأن يكون شرط توقيت الزواج بمدة محددة.[1]

في الأخير نستنتج أن الشروط نوعين:

- الشروط الصحيحة منها التي تكون مؤكدة لمقتضى العقد ومنها التي تكون ليست بمقتضى العقد ولا منافية له.
- الشروط غير الصحيحة والتي تكون منافية لمقتضى العقد وتأثر في صحته.

المطلب الثاني: الشروط بين المشروعية والحظر

إن إباحة الاشتراط في عقد الزواج لا تكون مطلقة، فلقد حدد الشارع لهذه الشروط قيودا لا يجب على المتعاقدان تجاوزها وإلا كانت باطلة، واختلف الفقهاء في استنباط هذه القيود بين موسع و مضيق، فهناك من يقول بأن الأصل في الاشتراط الإباحة و هناك من يقول أن الأصل في الاشتراط الحظر و هو ما سنبحثه في هذا المطلب.

الفرع الأول: الأصل في الشروط الإباحة

و به قال جمهور الفقهاء، و مفاده أن الأصل في الاشتراط في عقد الزواج هو الإباحة و الجواز، لكن ليسوا على درجة واحدة و هو ما روي عن عمر بن الخطاب و بعض الصحابة و التابعين و هو مذهب الحنابلة والأوزاع وإسحاق وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية و تلميذه ابن القيم.

إن الاجتهاد الحنبلي لم يفرق بين عقد الزواج و غيره من العقود فيما يتعلق بحرية إنشاء الشروط متى تم ذلك ضمن الحدود الشرعية، فأجاز للزوجين أن يتشرطا في عقد الزواج كل الشروط التي من شأنها أن تحقق مصلحة أو منفعة لكلا الزوجين أو لأحدهما، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية من عقد الزواج، و من أمثلة الشروط الجائزة عند الحنابلة اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدتها، أو اشتراط أحد الزوجين في الآخر صفة مقصودة كالجمال أو أن يشترط الرجل البكارة، و بخصوص هذا الشرط فقد

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 ،ص82 .

سئل الشيخ أحمد حماني عن حكم الشريعة في الرجل الذي يتزوج امرأة على أساس أنها بكر و أثناء الزفاف يجدها خلاف ذلك، فأجاب بأنه إذا كان الزوج قد شرط لها أن تكون عذراء، فوجدها غير ذلك ثبت له الخيار بشرطه.[1] و زيادة على هذه الشروط أجاز للمتعاقد المشترط فسخ النكاح متى خالف الزوج الآخر الشرط المتفق عليه، على أن الحنابلة يمنعون من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص، أو ما ينقص الحقوق و الواجبات التي تعد من النظام الشرعي في النكاح، كما لو اشترط الزوج تأقيت النكاح، أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية، أو اشترطت الزوجة عدم استمتاع الزوج بها.[2]

أدلة هذا الرأي:

استدل المبيحون للشروط في عقد الزواج بأدلة و حجج و ذلك من الكتاب و من السنة فيما يلي:

أولا :من الكتاب

استدل أصحاب هذا الرأي بالآيات الكريمة التالية:

قال الله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...}.[3]

يعني ما أحلا الله وما حرم وما فرض وما حد في القرآن كله، ولا تغدروا ولا تنكثوا.[4]

وقوله تعالى: {....وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُلاً...}.[5]

[1]– أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج1 ، منشورات قصر الكتاب، د س ن، ص533

[2]– مصطفى الزرقاء، مدخل للفقه العام، جزء1، الطبعة2، دار القلم، دمشق، 2004، ص488.

[3]– سورة المائدة، الآية 01.

[4]– ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ص570.

[5]– سورة الإسراء، الآية 34.

أي الذي تعاهدون عليه الناس والعقود التي تعاملونهم بها، فإن العهد والعقد كل منهما يُسأل صاحبه عنه.[1]

تدل الآية دلالة واضحة وصريحة على وجوب الوفاء بالعهود والعقود التي يقطعها الإنسان على نفسه فقد عد الوفاء بالعهد من صفات عباده المؤمنين، والشروط الواردة على العقود بمثابة العهود التي يجب الوفاء بها مادامت لا تناقض التشريع الإسلامي، وطالما هي في نطاق ما أجازه الشرع فيكون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة.[2]

ثانيا: من السنة

قوله صلى الله عليه وسلم: {المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما}.[3]

ووجه الدلالة من الحديث، أن الأصل في الشروط الإباحة والصحة ما لم يرد ما يمنعها شرعا، وقد اخبر عليه الصلاة والسلام بوجوب وقوف المسلمين على شروطهم، وأنه يجب الوفاء بما شرطوه على أنفسهم فيما بينهم.[4]

وما أخرجه البخاري عن عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: { أحق الشروط التي توفوا به استحللتم به الفروج }[5]، ووجه الدلالة من الحديث انه اوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج، ولم يكن له نص خاص، أو دليل عموم لفظه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به.[6]

---

[1]– ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ص1117.

[2]– خديجة أبو العطا، مرجع سابق، ص09.

[3]– الترمذي (أبي عيسى)، الجامع الصحيح سنن الترمذي، ت ح محمد فؤاد عبد الباقي، ج2 ، لبنان، دار الكتب العلمية، د س، ص 416.

[4]– سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد النكاح في سلسلة العلوم الإنسانية، مرجع سابق، ص20.

[5]– البخاري، حديث رقم 5151، مرجع سابق، ص1313.

[6]– محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص249.

الفرع الثاني: الأصل في الشروط الحظر.

في مقدمة هذا الاتجاه الظاهرية، فيذهب الظاهرية إلى أن الأصل في الشروط المنع، فكل شرط لم يأت في الكتاب والسنة فهو شرط باطل، لان أحكام العقود وآثارها وما يترتب عليها هي من عمل الشارع لا من عمل العاقد.[1]

يتفق الحنفية والمالكية والشافعية مع الظاهرية في أن الأصل في الشروط هو الحظر، غير أن الحنفية اتفقوا مع الشافعية في استثناء الشرط الملائم لمقتضى العقد، ويختلفون معهم في توجيه ذلك التصحيح. فإن كان الشافعية يستندون في توجيهه على القياس والمصلحة، فإن الحنفية يصححونه على أساس الاستحسان.

أما المالكية فلم يشترطوا في الشرط الصحيح أن يكون من مقتضيات العقد، وإنما قرروا أمرا مغايرا وهو تصحيح كل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين شريطة أن لا يكون مناقضا لمعقد. يقول ابن تيمية في بيان هذا الاختلاف ذلك " أن نصوص أحمد تقتضي أنه جوز من الشروط في العقود أكثر مما جوزه الشافعي، فقد يوافقونه في الأصل ويستثنون للمعارض أكثر مما استثنى، كما قد يوافق هو أبا حنيفة أكثر مما يستثنى للمعارض، وهؤلاء الفرق الثلاثة يخالفون أهل الظاهر ويتوسعون في الشروط أكثر منهم، لقولهم بالقياس والمعاني وآثار الصحابة رضي الله عنهم، ولما قد يفهمونه من معاني النصوص الأصلية التي ينفردون بها عن أهل الظاهر ويتوسعون في الشروط أكثر منهم".[2]

وقد استدل هذا الاتجاه كذلك بأدلة وحجج من القرآن والسنة.

أولا: من القرآن

قال تعالى: {...وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ}.[3] وقوله أيضا: { وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ}.[4]

---

[1]– عز الدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، الطبعة1، مجموعة دله البركة، د م ن، 1993، ص104.

[2]– احمد شامي، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص118.

[3]– سورة البقرة، الآية 229.

[4]– سورة الطلاق، الآية1.

ووجه الدلالة من الآيتين: أن الله يخبر أن من يتعدى حدود الله يعد ظالما، ومن ثم فإن من اشترط شروطا لم يرد فيها دليل عمى جوازها يكون تخطي لحدود الله ومخالفة لشرعه .فهذه الشروط لا يجب الوفاء بها.

ثانيا: من السنة

قوله صلى الله عليه وسلم: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد".[1]

فهو يدل على بطلان كل شرط ليس فهو دليل على جوازه، وأنه إذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها، يكونون قد احلوا أو حرموا غير ما شرع الله وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع.

وعن عائشة رضي الله عنها أن الرسول صل الله عليه وسلم قال: " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق".[2]

ومنه فإن قوله (صلى الله عليه وسلم): كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، يقصد به عموم العقود، فبطلان الشرط يقصد به الشرط في أي عقد كان سواء عقد معاملة كبيع أو إيجار أو عقد زواج فلم تحدد طبيعة العقد.[3]

أما بالنسبة للحديث الثاني فقد خصص الشروط في عقد الزواج بالوفاء أوجب الوفاء بها، وبذلك يكون قد قيد العام بالخاص.

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

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

---

[1]– الإمام مسلم، صحيح مسلم مع شرح النووي، كتاب الأقضية، الحديث رقم 1718، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1929، ص722.

[2]– البخاري، كتاب البيوع، حديث رقم 2168، مرجع سابق، ص519.

[3]– سمية طرشي، الشروط في عقد الزواج– الأحكام والآثار–، شهادة نيل الماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014، ص26.

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

بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال نصوص قانون الأسرة التي تنص على الشروط المقترنة بالعقد نرى أن المشرع قد سار عمى خطى المذهب الحنبلي في إباحته للشروط الصحيحة والتي لا تخالف مقتضى العقد وأوجب الوفاء بها، كما أنه أجاز الشروط المعتبرة والتي تكون فيها منفعة للطرفين أو لأحدهما من خلال نصه في المادة 19 من قانون الأسرة على نوعين من هذه الشروط وهما، شرط عدم التعدد، وعمل المرأة.

الفصل الثاني:

أحكام الاشتراط في عقد الزواج

الفصل الثاني: أحكام الاشتراط في عقد الزواج

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة هو جائز لكن يجب عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: {المسلمون عند شروطهم، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا}.[1] وذلك يعني أن المتعاقدين لهم كامل الحرية أن يشترطوا ما يشاءون في العقود، لكن مع تقييد الحرية في ذلك فهي ليست مطلقة في هذا الباب بل يجب مراعاة ماهو مباح وماهو محرم من الشروط، وهو ما يعبر عنه في لغة القانون بالنظام العام.

فالزواج أحله الله لنا ليجعله مخرجا لنا من المعصية والرذيلة، فهو عقد مقدس يقدم عليه الإنسان بنية التأبيد، فلا يمكن اشتراط شروط تمس بهذا الأصل، كان يشترط التأقيت في الزواج أو غيره من المشارطات التي تخرج العقد من معناه الحقيقي .

فهذا الفصل يخصص لدراسة الأحكام المترتبة على عاتق طرفي العقد ومدى إلزامية الوفاء بهذه الشروط، فقسمناه إلى مبحثين تنولنا في المبحث الأول حكم كل من الشروط الصحيحة وغير الصحيحة، وبينا في المبحث الثاني بعض المشارطات في عقد الزواج .

المبحث الأول: أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج

إن اقتران صيغة عقد الزواج في هذه الشروط تحت إرادة ورضا الطرفين وذلك لتحقيق مصالحهم ومنافعهم، يختلق أحكام تقع على العقد وذلك بثبوت الالتزام على كل طرف، فكل واحد منهما يصبح ملزم ويقع على عاتقه تنفيذ التزامه بهذه الشروط. وعلى الزوجين معرفة الشروط الصحيحة من الشروط الفاسدة، فكل منها له حكمه وتأثيره على العقد.

وهذا ما سنتطرق إليه في المطلبين التاليين: سنوضح في المطلب الأول حكم الشروط الصحيحة، أما المطلب الثاني نوضح فيه شروط غير الصحيحة.

[1]– الترمذي، باب ما ذكر في الصلح بين الناس، حديث رقم 1352.

المطلب الأول: حكم الشروط الصحيحة

من خلال هذا المطلب سنبين حكم الشروط الصحيحة سواء كانت مما يقتضيه العقد، أو مما لا يحتويه العقد ولا تأثر فيه، وذلك من خلال رأي الفقه و القانون.

الفرع الأول: موقف الفقهاء

اتفق الفقهاء أن الشروط الصحيحة هي مكان عقد الزواج يقتضيه ولا يضر بأصله، كما اتفقوا على وجوب الوفاء بها، كالإنفاق على الزوجة أو دفع المهر لها.[1]

فهذه الشروط يكون كل واحد من الزوجين ملزما بالوفاء بها وان لم تشترط في العقد، لذا فان حكم هذه الشروط الصحيحة وجوب الوفاء بها وأدائه على أتم وجه.

لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }،[2] وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: {أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج }.[3]

كما أن من الشروط ما يعود نفعه وفائدته للمرأة، وهي الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد ولم ينص الشارع عليها. مثل: أن تشترط عليه ألا يخرجها من دارها أو بلدها أو يسافر بها، أو يتزوج عليها ونحوا ذلك.

فمن العلماء من رأى أن الزواج صحيح، وان هذه الشروط ملغاة ولا يلزم الزوج بالوفاء بها.

ومنهم من ذهب إلى وجوب الوفاء بما اشترطت المرأة، فان لم يفي لها فسخ الزواج.[4]

أصحاب الرأي الأول وهم جمهور الحنفية والشافعية والمالكية وكثير من أهل العلم، فيرون أن الشرط فاسد ولا يلزم الوفاء به، ولكن فساد الشرط لا يؤثر في العقد، بل يفسد الشرط وحده ويبقى العقد صحيحا.[5]

---

[1]– محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والفقه) ،الطبعة 1، دار الفكر، الأردن،2008، ص87.

[2]– المائدة، الآية 1.

[3]– البخاري، صحيح البخاري، باب الشروط، حديث رقم 5151، مرجع السابق، ص1313.

[4]– سيد السايق، فقه السنة،ج10، م ج 2، ط 4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1983، ص44.

[5]– سمية طرشي، مرجع سابق، ص31.

يرى المالكية أن الشروط غير المؤثرة في عقد النكاح كالتي تؤثر في جهالة المهر ولا تغير مقتضى العقد، مثل أن يشترط عليه ألا يتزوج عليها ولا يخرجها من بلدها ونحو ذلك من الشروط، فهذه لا يبلغ من كراهية أهل العلم لها أن تكون حراما أو يفسخ بها النكاح.[1]

أما أصحاب الرأي الثاني وهو الحنابلة والظاهرية والشيعة، فيرون أن الشروط الصحيحة يلزم الوفاء بها، فإذا لم يفي الزوج بها كان للزوجة حق الفسخ.

وقال الشيعة الإمامية، الإتيان ليلا أو نهارا لأنه شرط لا ينافي العقد لجواز غرض الاستمتاع في وقت دون آخر فهو شرط صحيح.[2]

أما الحنابلة فقد استدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: { أحق الشروط التي توفوا به استحللتم به الفروج}[3]، ووجه الدلالة من الحديث انه اوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج، ولم يكن له نص خاص، أو دليل عموم لفظه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به.[4]

من أدلة الجمهور قول الرسول صلى الله عليه وسلم: { كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط }. وقوله: { المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حرام أو حرم حلالا }[5]

ومن ذلك يتبين لنا أن كل شرط لم يقم دليل من المشرع على صحته فهو باطل لا يلزم الوفاء به، لأنه ليس في كتاب الله تعالى.

---

[1]– محمد علوشيش الورثاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الإسلامية فيها، الطبعة 1، دار الأمة للطباعة والترجمة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1997، ص163.

[2]– محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دار اليازوري العلمية للنشر وتوزيع، الأردن، 2010، ص163.

[3]– البخاري، حديث رقم 5151، مرجع سابق، ص1313.

[4]– محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص249.

[5]– الترمذي، باب الأحكام، ج4، مرجع سابق، ص635.

ورد الجمهور على دليل الحنابلة في حديثه صلى الله عليه وسلم: انه في حديثه إنما أراد شرط الصداق الجائز الذي أمرنا الله به وهوا الذي استحل به فروج مالا سواه.[1]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

يرى المشرع الجزائري أن الشرط الصحيح قد أصبح جزء من مقتضى العقد، إذ لا يتم التراضي بين العاقدين إلا على أساسه، فيلزم الوفاء به، وفي هذا المعنى جاء في القانون المدني الجزائري في المادة 204 :"لا يكون الالتزام قائما إذا علق عل شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط فاسخا فهوا نفسه الذي يعتبر غير قائم، غير انه لا يكون الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هوا الموجب للالتزام ".[2]

إما في قانون الأسرة الجزائري وفي موضوع الاشتراط في عقد الزواج فقد نص المشرع على ذلك في نص المادة 19 من قانون الأسرة انه:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشوط التي يريانها، ما لم تتنافى مع هذا القانون".[3]

وكما نرى تتضمن أحكام غير محدودة وعامة جدا، في منتهى التعميم والشمولية وذلك نظرا إلى أن الجزء الأول منها ورد في صيغة تحمل قاعدة عامة تبيح للزوجين أن يرفقا بالعقد أو يضمناه أي شرط من الشروط التي تكون فيها مصلحة لأحدهما وان الجزء الثاني جاء في صيغة استثناء فيد العموم السابق ويجعل من الجزء الثاني شرطا يجب توافره لاستعمال أحكام الجزء ومع ذلك هو أن قانون الأسرة قد سمح لكل واحد من الزوجين أن يشترط في العقد على الزوج الآخر ما يشاء من الشروط بما يتضمن مصلحته الخاصة أو المشتركة، إلى جانب هذا

[1]– ابن الحزم(أبو أحمد)، المحلى بالآثار، ج9، ت ح محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرة، مصر، دون سنة، ص518.

[2]– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 6 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعَدل والمتمم بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، جريدة رسمية عدد 44، ص23.

[3]– الأمر رقم 84–11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

السماح أو هذه الإباحة فانه قد حصر هذه الشروط فقد في الشروط التي لا تخالف أو تعارض أو تنافي معنى ما ورد في قانون الأسرة من قواعد وأحكام ملزمة.[1]

من خلال نص المادة السابقة نلاحظ انه لم تحدد أي نوع من الشروط التي يمكن أن يشترطها الزوج والزوجة، واكتفى بضابط واحد لهذه الشروط وهو عدم مخالفتها لأحكام الشرع والقانون، غير أن التعديل الأخير وبموجب الأمر رقم 05-02 أضاف بعض المعطيات الجديدة لم ينص عليها النص القديم، أضاف نوعين من الشروط على سبيل المثال بنظر على أهميتهما، وبهدف هذا التعديل إلى تمكين الزوجين من حل ما يطرأ بينهما بعد الزواج لاسيما ما يتعلق بعمل الزوجة وتعدد الزوجات.[2]

وعليه فإن الاتفاق على أن الزوج مثلا يسمح لزوجته بالعمل أو عدم التعدد، وأخل الزوج بالتزاماته التعاقدية فانه واستنادا لأحكام الفقرة 9 من المادة 53 قانون أسرة من الأمر رقم 05-02 فان الزوجة تقيم ضد زوجها دعوة قضائية تتضمن طلب تطليقها، حيث جاء في المادة 53 من قانون الأسرة فقرة 9: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية .....، مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج".

والشروط المقصودة هي ما جاء به المادة 19 بالإضافة إلى حقها بالمطالبة بالتعويض، إذا أصابها ضرر مادي أو معنوي بسبب عدم الوفاء بالشرط، كما إذا تزوج عليها بعد أن اشترطت غير ذلك.

وكان المشرع في التعديل الجديد أن يتطرق إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ أولا تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات والاتفاقيات المبرمة بين المتعاقدين.[3]

أما على المستوى التطبيقي فنجد قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/02/20 ، جاء فيه: " من المقرر قانونا انه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ولاسيما عند المخالفة شروط تعدد الزوجات أو توقف عن النفقة، أو أي ضرر أخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية، ولما

---

[1]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 3، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1996، ص 146.

[2]- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ، مرجع سابق، ص126.

[3]- الرشيد بن شويخ، مرجع نفسه، ص137.

كان من الثابت في قضية الحال، أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي مزوجة ولاهي مطلقة، باعتبارها خرجت بيت الزوجية و أخذت كل أثاثها منه، واستحالت الحياة الزوجة فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[1]

إن إعطاء المشرع الجزائري مكنة الاشتراط للزوجين من خلال عقد الزواج نفسه الذي جمع بينهما أو من خلال عقد رسمي لاحق، تأكيدا لضرورة الالتزام بالشروط المقيدة لكلا الزوجين، وواجب الوفاء بها شريطة إثباتها، على أن إثبات هذه الشروط ليس عسيرا باعتبار أن وضعها إما أن يكون أثناء الزواج، ومعلوم أن من شروطه حضور شاهدين حسب المادة 09 مكرر من القانون نفسه، وإما عقد رسمي لاحق، ولا يختلف اثنان حول ما لهذا العقد من حجية إثبات عند النزاع.[2]

إضافة إلى هذا فالشخص له حرية الاختيار في جهة إبرام عقد الزواج أمام الموظف المؤهل قانونا أو الموثق، إلى أن الكثير من الناس يلجئون إلى الموظف(ضابط الحالة المدنية) لتفادي المصاريف.[3]

المطلب الثاني: حكم الشروط غير الصحيحة

من خلال هذا المطلب سنتناول فيه حكم الشروط الغير صحيحة المنافية مقتضى العقد وتأثيره في صحة إذا تم مع نص هذا الشرط في متنه من خلال رأي الفقهاء القانون.

الفرع الأول: موقف الفقهاء

اتفق أهل العلم على عدم صحة الشروط التي تخالف ما أمر الله به و نهى عنه، أو تخل بمقصود النكاح الأصلي، ومن هذه الشروط أن تشترط المرأة على زوجها ألا تطيعه، أو أن تخرج من غير إذنه.[4]

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/02/20، رقم 75588، المجلة القضائية، العدد 4،1993، ص 78.

[2]– أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات)، مرجع سابق، ص135.

[3]– عيسى حداد، عقد الزواج(دارسة مقارنة)، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006 ،ص 201.

[4]–عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص181.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية– رحمه الله :–" مَنْ اشْتَرَطَ فِي الْوَقْفِ، أَوْ الْعِتْقِ، أَوْ الْهِبَةِ، أَوْ الْبَيْعِ، أَوْ النِّكَاحِ، أَوْ الْإِجَارَةِ، أَوْ النَّذْرِ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ شُرُوطًا تُخَالِفُ مَا كَتَبَهُ اللَّهُ عَلَى عِبَادِهِ، بِحَيْثُ تَتَضَمَّنُ تِلْكَ الشُّرُوطُ الْأَمْرَ بِمَا نَهَى اللَّهُ عَنْهُ، أَوْ النَّهْيَ عَمَّا أَمَرَ بِهِ، أَوْ تَحْلِيلَ مَا حَرَّمَهُ، أَوْ تَحْرِيمَ مَا حَلَّلَهُ، فَهَذِهِ الشُّرُوطُ بَاطِلَةٌ بِاتِّفَاقِ الْمُسْلِمِينَ فِي جَمِيعِ الْعُقُودِ".[1]

ومن هذه الشروط إن اشترطت أن يطلق ضرتها، لم يصح الشرط لنهي الشرع عنه، لما روي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تشترط المرأة طلاق أختها، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته فلم يصح، وعليه فإننا نرى كل شرط يحرم حلالا أو يحل حراما، فهو شرط باطل، كأن يشترط الزوج ألا مهر لها وهذا يعتبر إسقاط حق من الحقوق التي تجب بمجرد انعقاد العقد، غير أن الخلاف بين الفقهاء كان حول معرفة حكم العقد الذي يشترط في هذه الشروط الفاسدة، وكان ذلك على ثلاث أقوال:

أولا: ذهب جمع من أهل العلم إلى بطلان العقود التي اشترطت فيها، وهذا هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية.

ثانيا: ذهب الحنفية إلى أن الشروط الفاسدة لا تبطل النكاح إلا إذا اشترط التأقيت في العقد، يقول الكاساني:(النكاح المؤبد الذي لا توقيت فيه لا تبطله الشروط الفاسدة).[2]

وعلى هذا فإن الأنكحة المنهي عنها كالشغار والتحليل، تصح إذا أبطلت منها الشروط الفاسدة، إلا نكاح المتعة لأنو اشترط فيه التأقيت فلا تصح، لأنها تجعل الصيغة غير صالحة للإنشاء، وهي التي تجعل صيغة العقد دالة بصريحها على توقيته بزمن، وتنحصر في اقتران اللفظ بذكر مدة معينة.[3]

وحجة الحنفية أن عدم تعيين المهر وتقديره والاتفاق عليه عند العقد، لا يبطل العقد بإجماع أهل العلم، فاشتراط عدمه لا يبطل النكاح، ومثل ذلك غيره من الشروط، فإذا أبطلت هذه الشروط كان العقد صحيحا.

---

[1]– ابن تيمية، الفتاوى الكبرى للإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية، مرجع سابق، ص248.

[2]– عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص182.

[3]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق ، ص 157

وقالوا إن الشرع يجوز خيار الشرط لأجل المغابنة، والمغابنة في باب النكاح أكثر من باب البيع فيجوز بشرط الخيار فكذلك في النكاح.[1]

ثالث: وذهب جمع من الشافعية والحنابلة والمالكية إلى أن من شروط النكاح ما يبطل الشرط ويصح العقد، ومنها ما يبطل العقد من أصله.

1. ضابط النوع الأول أن يكون مخلا بمقصود النكاح، ومثل له باشتراطهفي العقد طلاقها، أو عدم وطئها، ومنه أيضا شرط التأقيت والخيار وشبهه في عقد النكاح. وأضاف المالكية أن من الشروط التي يبطل بها العقد أن تشترط المرأة على الرجل أن يكون أمرها بيدها، تطلق نفسها متى شاءت، إلا إذا علق أمر طلاقها بيدها على سبب، حينئذ لا يبطل العقد بل الشرط جائز ولازم، مثل أن يشترط له أنه متى ضربها أو سافر عليها فأمرها بيدها.[2]

2. أما ضابط النوع الثاني وهي الشروط الباطلة التي يصح العقد مع بطلانها فهي الشروط التي لا تخل بالمقصود الأصلي للنكاح، ومثل لها باشتراطها خروجها متى شاءت، أو أن تشترط طلاق ضرتها، أو يشترط عليها أن لا قسمة لها ولا نفقة.[3]

ونلاحظ من هذا أن أساس الخلاف بين الفقهاء هو حكم العقد الذي تم متضمنا الشروط التي اتفق الفقهاء على فسادها وبطلانها، فكان هناك من الفقهاء من أوجب إبطال هذه الشروط وإبقاء العقد صحيحا ،مع استثناء شرط التأقيت وهو ما ذهب إليه الحنفية.

وأما الشيخ ابن تيمية فأبطل العقد دون النظر إلى كون هذه الشروط تؤثر في مقاصد العقد أو لا.

أما الرأي الثالث فقد فرق بين هذه الشروط، فرأى أصحابه أن هناك شروطا تبطل ويبطل معها العقد، وهناك شروطا تبطل مع بقاء العقد صحيحا، وهو ما أقره الشافعية والحنابلة والمالكية. [4]

---

[1]– إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة(الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)، مرجع سابق، ص108.

[2]– محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، مرجع سابق، ص164.

[3]– عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص182

[4]– محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، مرجع سابق، ص164

وعليه نرى أن الرأي الراجح هو الرأي القائل بوجوب الوفاء بالشروط، وذلك لأن العاقدين تراضا على هذه الشروط إذا كان فيها مصلحة ما لم تكن مخالفة للشرع.

وانه عدم الوفاء بالشروط كان للمشارط حق الفسخ، ولأنه لم يرضى بالعقد إلا باستيفاء الشرط الذي اشترطه، ولأن الرضا يعتبر ركنا أساسيا في العقد، وهو أساس نجاح واستمرار الحياة بينهم.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

إذا كانت الشروط المشترطة في العقد تتنافى و طبيعة عقد الزواج، تكون باطلة ولا يعتد بها، كاشتراط ألا مهر لها، أو اشتراط عدم النفقة عليها، فقانون الأسرة الجزائري المادة 14 منه أوجبت على الزوج الإنفاق على الزوجة، و يؤكد على أحقية الزوجة للصداق في نص المادة 16منه[1].

لقد تعرض قانون الأسرة لمسألة الشروط المنافية لعقد الزواج في جملة من النصوص التالية:

المادة 32: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد."
المادة 35: إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا و العقد صحيحا."

ونلاحظ من خلال استقراء هذه النصوص أن نص المادة 32 قد أخلط بين المانع من الزواج، الذي يؤدي إلى عدم مشروعية العدة وبالتالي بطلانه. وبين الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض ومقتضيات العقد، و التي لا تؤثر على صحة العقد. وإنما يجب إلغاؤها. وهو ما نص عليه في المادة 35 التي تؤكد على صحة العقد و بطلان الشرط. مع أن هذه الحالة الأخيرة هي التي يبطل بها العقد.

وبالتالي ينبغي تصحيح النص بحذف عبارة (مقتضيات) في المادة 32 و إضافة هذه العبارة للمادة 35، بحيث يصبح النص في هذه المادة كالتالي: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا " ومثال ذلك كأن يشترط ألا مهر لها أو لا ينفق عليها.

[1]– يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار، الجزائر، 2007/2006، ص72.

أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حالة كون الشرط ينافي أصل العقد كأن يكون شرط توقيت الزواج بمدة محددة.

كذلك عند استقراء النصوص نجد أن معضمها 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 أنو يقضي ببطلان الشرط وصحة العقد في حالة اشتماله شرط ينافيه حيث كان من المفروض أن تكون هذه الحالة في المادة 32. [1]

المبحث الثالث: صور بعض المشارطات في عقد الزواج

تعد المشارطات بين الزوجين من أهم العوامل التي تؤدي إلى اجتناب النزاعات والخلافات التي من شأنها أن تمس العلاقة الزوجية مستقبلا.

أجازت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري حق الاشتراط في عقد الزواج، ومن هنا نتطرق إلى تبيان حكم كل شرط في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: اشتراط صفة معينة في احد الزوجين

قد يشترط أحد الزوجين صفة معينة في أحدهما في عقد الزواج، كأن يشترط الرجل في المرأة البكارة، أو تشترط هي فيه السلامة من الشلل أو غيره من العيوب، ويعقدان النكاح على هذا الشرط، فما أثر هذا الشرط في عقد النكاح، ولهذا سنبين في هذا المطلب موقف كل من الفقهاء والمشرع الجزائري تجاه هذا الشرط.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من اشتراط صفة معينة

لقد اختلف الفقهاء حول جواز ثبوت خيار الفسخ التخلف الوصف في النكاح، فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه إذا اشترطت الزوجة صفة معينة في الزوج كالجمال والنسب أو أن يكون غنية أو ذا حرفة معينة، وتبين أنه بخلاف ذلك فالعقد صحيح و الشرط باطل ولا تملك الزوجة

[1]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، مرجع سابق، ص129.

خيار الفسخ، وذهب رأي آخر إلى القول بثبوت الخيار للزوجة في فسخ النكاح لتخلف الوصف، وهذا هو ظاهر مذهب الإمام مالك وبعض فقهاء الشافعية.[1]

بينما يرى الحنابلة بأنه متى تزوجت امرأة رجلا واشترطت فيه وصفا معينا وظهر خلاف ذلك، فلا خيار لها في الفسخ إلا في شرطي الحرية والنسب.[2]

أما إذا كان الشرط من قبل الزوج، كما لو اشترط أن تكون الزوجة جميلة أو متعلمة أو ذات بشرة بيضاء، فظهرت الزوجة على غير ما اشترط يحق للزوج طلب فسخ النكاح و إذا وقع الفسخ قبل الدخول فلا تستحق المرأة المهر، وإن كان بعد الدخول فلها المهر، وفي هذا يقول ابن تيمية: " ... وأما إذا اشترط السلامة أو شرط الجمال فبانت شوهاء، أو شرطها شابة حديثة السن فبانت عجوز شمطاء، أو شرطها بيضاء فبانت سوداء، أو بكرا فكانت ثيبا، فله الفسخ في ذلك كله. فإن كان قبل الدخول فلا مهر، وإن كان بعده فلها المهر وهو غرم على وليها إن كان غره، وإن كانت هي الغارة سقط مهرها أو رجع عليها به إن كانت قبضته ".[3]

بينما قال الحنفية والشافعية بعدم ثبوت خيار الفخ للزوج مطلقا حتى ولو تخلف الوصف الذي اشترطه، لأنه يملك فراقها بالطلاق.[4]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من اشتراط صفة معينة

من الناحية القانونية، فقانون الأسرة الجزائري لم ينص على مثل هذه المسألة وهي كأن يشترط أحد الزوجين صفة معينة في الآخر،بينما في الاجتهاد القضائي نجد في القرار الصادر بتاريخ2009/02/11، حين أعتبر البكارة يجب أن تدون كشرط في عقد الزواج، وأن عدم اشتراطها لا يوقع المسؤولية على عاتق الزوجة، وهذا ما أوضحه القرار الذي جاء فيه ما يلي: "بدعوى إن قضاة المجلس رفضوا الشهادة الطبية التي تثبت عذريتها، وصدقوا المطعون ضده رغم أن إثبات العذرية من عدمه أمر في لا يثبت إلا بأهل الاختصاص فهي غير مشروطة في العقد طبقا للمادة 19 من قانون الأسرة، وطبقا للمبدأ الشرعي بأنه في حال وجود طلاق حول

---

[1]– علي محمد قاسم، مرجع سابق، ص90، ص91.

[2]– محمد بن إبراهيم النيسابوري، الاشراف على مذاهب العلماء، المجلد4، دار طيبة، بدون سنة، ص78

[3]– ابن القيم الجوزي، زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد 1، دار الكتاب العربي، لبنان، بدون سنة، ص31

[4]– علي محمد قاسم، مرجع سابق، ص94.

البكارة يصدق قول المرأة مع يمينها وبما أن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في العقد فإن البناء و الدخول بما ينهي كل دفع بعدم العذرية مما ينجر عنه النقض".

وفي إجابة عن الوجه المتعلق بالقصور في التسبيب جاء ما يلي: "حيث لا يتبين من وقائع الدعوى ولا من أوراق الملف ما يفيد اشتراط البكارة في عقد الزواج طبقا لما توجبه أحكام المادة19 من قانون الأسرة ومن ثم فإن قضاة الموضوع مجلس قضاء قالمة لما حملوا الطاعنة مسؤولية الطلاق و حرمانها من التعويض المترتب عنه يكونون قد خالفوا القانون و جانبوا الصواب ".[1]

فقد اعتبر هذا القرار بأن طلاق الزوج لسبب البكارة هو طلاق تعسفي، ويعد مخالفا للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن هذا الطلاق، مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة فالطلاق لفقدان عذرية الزوجة لا يعد مبررا كافيا للزوج في إحداثه، فقد يلجأ الزوج إلى استخدام حقه في الطلاق بحجة زوجته ليست عذراء.

وأمام الحرج الكبير و النزاعات الكثيرة المطروحة على المحاكم حول مسائل متعلقة بالعذرية، فالمشرع الجزائري أكد في تعديله بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، و بالضبط في المادة 07 مكرر ما يلي: " يجب على طالي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية و من علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطر يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط و كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم ".[2]

فقد أضافت المادة 07 مكرر كفقرة أخيرة أن شروط كيفيات تطبيق هذه المادة تحدد عن طريق التنظيم، وحتى التنظيم الصادر لم يشر في حقيقة الأمر إلى تعريف هذه الأمراض التي

[1]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 480264، مؤرخ في العليا، 2009، العدد 01، ص284، ص 285.

[2]- أضيفت بالأمر 05-02 المؤرخ في 7 فبراير 2005

تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، فعدا الأمراض المتنقلة عبر الدم، المقصودة مباشرة في هذه المادة فإن باقي الأمراض لم تحدد حصريا، وأن مسألة فقدان العذرية من عدمها قبل البناء لا تدخل ضمن خانة المرض الذي يشكل خطرا يتعارض مع الزواج بحسب تفسير المادة والخلاصة أن المادة 07 مكرر من قانون الأسرة وإن شرعت حماية للزوجين من الوقوع في غلط أو تدليس بعد الزواج، فإنما بالمقابل لم تلب بمفرداتها وأسلوبها الحاجة في طلب هذه الحماية، لأن المادة تتحدث فحسب عن الأمراض المشكلة للخطر المتعارض مع الزواج، في الوقت أن واقع المحاكم ومبررات الأطراف في فك الرابطة الزوجية يتعدى ما هو منوه في المادة 07 مكرر إلى جوانب أخرى تبقى في نظرهم بنفس خطورة الأمراض المشكلة للخطر المتعارض مع الزواج .[1]

المطلب الثاني: شرط عمل المرأة.

يعد عمل المرأة من أكثر المواضيع إثارة للجدل باستمرار في المجتمع،فمنهم من يؤيد عمل المرأة، ومنهم من يعارضه لاستصعابه لإمكانية الزوجة الجمع بين مسؤوليتين، عليه سنعالج هذا الشرط.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من شرط عمل المرأة

أولا: رأي الحنفية

أجاز الحنفية للمرأة الخروج للعمل متى اقتضت الظروف ضرورة ذلك، أو إذا كانت تحترف عملا من فروض الكفاية الخاصة بالمرأة.

غير ان متى اشترطت الزوجة على الزوج الخروج للعمل من غير ضرورة، أو اشترطت عليه البقاء في عملها فهذا الشرط فاسد ملغى عند الحنفية، والعقد صحيح، وللزوج أن يمنعها من العمل.

فيفهم من كلامه هذا أنه إذا كان لم يمنعها من ذلك فإن عصته وخرجت بدون إذنه كانت ناشزة مادامت خارجة، وإن لم يمنعها لم تكن ناشزة، حتى لو كان العمل الذي تشغله الزوجة من

[1]– باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2007، ص 18 .

الأعمال الضرورية كالطبيبة و القابلة وغيرها، لأن الخروج إلى مثل هذه الأعمال هو فرض كفاية.[1]

ثانيا: رأي الشافعية

يرى الشافعية أن مثل هذا الشرط لا قيمة له، لأن النفقة عندهم تحب بالتمكين لا بالعقد ولأن للزوج على زوجته حق الحبس في مقابله وجوب النفقة، فإذا نشرت عليه سقط وجوب النفقة، وعمل الزوجة خارج البيت دون إذن الزوج تكون في حكم الناشرة.[2]

ثالثا: رأي المالكية

يعتبر المالكية أن اشتراط المرأة العمل من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، والتي في الأصل يجب الوفاء ليس من باب الإلزام، وإنما من باب الاستحباب.[3]

رابعا: رأي الحنابلة

يرى الحنابلة أن هذا الشرط ملزم للزوج، بناء على أصلهم في لزوم الوفاء بالشروط التي لا تناقض مقتضى العقد، لأن مثل هذا الشرط يجري على مسألة إذا اشترطت أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها، ولأنه شرط ما فيه منفعة و مقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازما، كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير نقل البلد.[4]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من شرط عمل المرأة

موقف القانون الجزائري من عمل المرأة بالنسبة للمشروع الجزائري فقد سلك مسلك الشريعة الإسلامية، حيث نص في المادة 19 من قانون الأسرة إلى جواز اشتراط المرأة على الرجل عند إبرام عقد الزواج خروجها إلى العمل، فإذا قبل الزوج بهذا الشرط و أخل به يجعل للزوجة الحق

---

[1]– محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008 م/2009 م، ص466 .

[2]– شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، د ت علي محمد معوض–عادل أحمد عبد الموجود، بيروت – لبنان، 1427هـ/2006م، ص530، ص531.

[3]– عبد الدائم عز الدين، حكم النفقة الزوجية للمرأة العاملة، الطبعة1، دار كردادة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص121.

[4]– بن قدامة المقدسي، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، 1403هـ/ 1983م، ص449

في طلب التطليق عند وفقا للمادة 53 فقرة 9 من قانون الأسرة، و قد ذهب إلى أبعد من ذلك، عندما لم يجعل عمل المرأة سببا كافيا لسقوط حقها في الحضانة طبقا للمادة 67 فقرة 2 من قانون الأسرة.[1]

كما من جهة أخرى لم يوضح المشرع الجزائري المركز القانوني للزوج عند مخالفة المرأة | لإحدى الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج، ومنه فهل يكون طلبه للطلاق طلبا تعسفيا، ومن ثم يلزم بالتعويض، أم أن المرأة في هذه الحالة تعتبر ناشزا، وعليه يسقط حقها في التعويض .[2]

المطلب الثالث: شرط عدم تعدد الزوجات

يعد من الشروط التي تشترطها المرأة الأكثر اشتراطا في مجتمعنا ، وسنبين في هذا المطلب موقف كل من الفقه و المشرع الجزائري.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي:

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 الشروط أن العقد لا يتأثر بمثل هذه الشروط، فيلغو الشرط ويبقى العقد صحيحا ومن ثم لا يلزم وفاء الزوج بهذا الشرط.[3]

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.[4]

---

[1]– محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص456.

[2]– محفوظ بن صغير، مرجع نفسه، ص470.

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

[4]– أبو الوليد الباجي، شرح الموطأ لمالك، جزء 1، طبعة1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995، ص68

أما المالكية، فيرون أن الشرط مما لا يقتضيه العقد وإن كان لا ينافيه، وبالتالي يكون مكروها ولا يلزم الوفاء به.[1]

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.[2]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

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 19، ولكنه لم يرتب على تخلف تلك الشروط أي أثر على صحة عقد الزواج واعتبره صحيحا ونافذا ومرتبا لآثاره ولكنه رتب على تخلف تلك الشروط حق الزوجة في أن تطلب التطليق نظرا لتضررها من ذالك.[3]

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

في الأخير نستخلص من هذا الفصل أن الاشتراط حق لكل زوج يمارسه بحرية إلا أن ذلك يكون في إطار الشروط التي لا تتنافى مع مقتضى العقد والأهداف الأصلية التي يحققها الزواج ومع أحكام الشرع والقانون.

---

[1]– محمد ابن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج5، ط1، دار السلام للطباعة والنشر، 1997، ص 225.

[2]– ابن قدامة، مرجع سابق، ص487.

[3]– عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص91.

الفصل الثالث:

آثار الاشتراط في عقد الزواج

الفصل الثالث: آثار الاشتراط في عقد الزواج

غالبا ما تدرج الاشتراطات في عقد الزواج ثم لا توفي العهود، مما يؤدي إلى خلق عدة مشاكل و كثرة الشقاق بين الزوجين الأمر الذي يلزم اللجوء إلى القضاء باعتباره الجهة المسئولة عن اقتضاء الحقوق المهضومة، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المبحثين حيث خصصنا المبحث الأول إلى سلطة القاضي إزاء الشروط المقترنة بعقد الزواج أما المبحث الثاني مخصص لجزاء مخالفة الشروط المقترنة بالعقد.

المبحث الأول: سلطة القاضي تجاه الشروط المقترنة بعقد الزواج

نظرا لاتساع مجال الحرية الفردية، و رغبة كل إنسان في تأسيس حياته وفقا لظروفه، وكثرة المشارطات في العقود وفق الميادين القانونية المدعمة لها، ولهذه الاشتراطات عدة مزايا إلا أنه كثيرا ما تضيق على طرق لحساب الطرف الثاني. مما يوجب ضرورة إعادة النظر فيها إما بتعديلها، أو إنهائها، وهذا ما سنعالجه من خلال هذا المبحث، حيث سنتناول في المطلب الأول الأصل في تعديل وإنهاء الشرط في عقد الزواج وفي المطلب الثاني سنرى دور القاضي عند تعذر الوفاء بالشرط المقترن بالعقد لأسباب قاهرة.

المطلب الأول: الأصل في تعديل أو إنهاء الشرط

إذا تم التعاقد بتوافر إرادتين متطابقتين وفقا لقواعد القانون فان العقد يعتبر ملزما للمتعاقدين ويصير بمثابة قانون ثاني بالنسبة للطرفين، فلا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد أو إنهائه.[1]

إذ أن القوة الملزمة للعقد توجب في الأصل، أن لا يتم تعديل الالتزامات التعاقدية، إلا بموجب اتفاق الطرفين.

ومن ثم فإنه يمتنع على القاضي أن يستقل بإرادته المنفردة بتعديل العقد أو إنهائه، فلا مناص لتدخله كأصل عام، ولذا فأي تدخل للقاضي يعتبره البعض قيدا على حرية المتعاقدين،

[1]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الطبعة 4، دار الهدى، الجزائر،2007، ص47.

لأنه إذا أسقط شرطا فإنه يكون بذلك قد ألغي جزءا من العقد، لأن الشرط عقد كما يقولون، وبالتالي يكون عمله تعديلا للعقد الذي انعقدت عليه رضائية أطرافه.[1]

وحسب القاعدة العامة في العقود وفقا للمادة 106 من القانون المدني تنص على ما يلي " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقرها القانون" وانطلاقا من هذا نقول إنه متى تبين للزوجين بعد اتفاقهما على شروط معينة في عقد الزواج التي تم اشتراطها سابقا، أنها أصبحت لا تحقق مصلحة لأحدهما أو كليهما أو غير ممكن تنفيذها، جاز لهما في هذه الحالة الاتفاق على تعديل الشروط المدرجة فيه. أو إنهائها باعتبار أن الأصل في تعديل هذه الشروط الاتفاقية أو إنهائها يرجع بالدرجة الأولى إلى الزوجين في حدود ما اتفقا وتراضيا عليه إذ لا يحق للقاضي أن يقوم تلقائيا بإعفاء أحد الزوجين من شرط اتفقا عليه لكن ما يثبته الواقع كثيرا ما يتعنت أحد الطرفين و يتمسك بشرطة مما يؤدي للتضييق على الأخر حتى مع توفر الظروف السابق ذكرها والتي تقتضي ضرورة التنازل بعض الشيء و التعديل دون أن يشكل تضييقا بحق الطرف الثاني فحينها لا يبقى للزوجين سوى اللجوء إلى القاضي لتعديل الشرط وان كان للقضاء دور محدود انطلاقا مما تفرضه القوة الملزمة للعقد لأن ترك الحرية للطرفين في ترتيب ما يريدون من أثار على العقود قد يدي إلى الإخلال بالمساواة بين حقوق الطرفين و عليه فان كان الأصل أن القاضي لا يتدخل في تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج دون طلب من الزوجين، إلا أن القانون منحه حالات يتدخل فيها و ذلك لتعديل العقد من خلال تعديل الشرط أو إنهائه خروجا عن إرادتهما معا، و إن كان الأصل يبقى على لزوم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج بالدرجة الأولى.

المطلب الثاني: دور القاضي عند تقدر الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج لأسباب قاهرة:

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يحدد في نصوص قانون الأسرة سلطة القاضي بصورة دقيقة باستثناء إعطائه للزوجة التي تم الإخلال بما اشترطته كجزاء على هذا الإخلال حق طلب التطليق. إذ أن أحكامه لم تتناول إطلاقا دور القاضي في مجال الشروط المقترنة بعقد الزواج، فنجد أن قانون الأسرة سواء قبل التعديل، أو بعده جاء خاليا من هذه المسألة مما

[1]- فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، 2004، مصر، ص336.

يحيلنا لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة المطبقة على باقي العقود كاستثناء يرد الحقد شريعة المتعاقدين الذي يعتبر قاعدة عامة في كل العقود أهمها ما تقضي به نظرية الظروف

الطارئة أين تكون القوة الملزمة للعقد محدودة بضرورة خدمة التوازن التعاقدي، فسلطة القاضي في هذا الخصوص مطلقة في ترشيد العقد، وتعديله إلى الحد المعقول الذي يقدم الفرد والمجتمع بالنظر الاعتبارات العدالة والصالح العام من خلال تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج.[1]

الفرع الأول:مفهوم نظرية الظروف الطارئة

قد تطرأ عند تنفيذ العقود المستمرة حوادث مفاجأة لم تكن في الحسبان، تجعل الوفاء بالالتزام مرهقا في حين أن تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تؤدي إلى فرض تنفيذ الالتزام بالرغم من حدوث هذه الظروف غير المتوقعة، غير أن العدالة تقضي أن يتحمل الطرفان معا هذا الظرف الطارئ، فيتدخل القاضي ليعدل الالتزامات الناشئة عن العقد بما يتناسب مع الحادث المفاجئ، وهذا هو مضمون نظرية الظروف الطارئة. وهذه النظرية أخذت بها جل القوانين العربية مستمدة إياها من الشريعة الإسلامية.[2]

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في عقد الزواج

كما هو معلوم بالضرورة أنه في مجال العقود كثيرا ما تطرأ حوادث غير متوقعة، تؤدي إلى الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد بما فيها الشروط الاتفاقية في عقد الزواج وعليه يمكن إعمال أحكام نص المادة 107 فقرة 3 التي تنص ما يلي: "غير أنه إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها،وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا .....جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد القاضي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

وحتى يتضح أكثر إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة على الشروط المقترنة بعقد الزواج لا بأس أن ندرج أمثلة في هذا الصدد مثلا:

---

[1]– إيمان عريبي، نور لمطاعي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،2013/2014، ص67.

[2]– فؤاد محمد معوض، مرجع سابق، ص443.

1. اشترط الزوج على الزوجة عدم نقلها من عاصمة البلد، في حين أنه وبحكم عمل الزوج، وإثر حلول ظروف استثنائية لم تكن في الحسبان للبلد كحالة قيام حرب تم نقل كل الموظفين العاصمة البلد لولاية أخرى بموجب أمر إداري لمدة معينة، وكل موظف خالف ما أمر به تعرض للفصل من الوظيفة، وفي المقابل إذا لم يوف بالشرط فقد يؤدي إلى طلب التطليق وبالتالي يكون مصير الحياة الزوجية التفكك وضياع الأولاد. في هذه الحالة يجد الزوج نفسه أمام وضعين كل منهما أمر من الثاني لصعوبة الاختيار بينهما ، هل يختار المحافظة على الرابطة الأسرية من التفكك؟، أم المحافظة على مصدر رزقه؟، ففي هذه الحالة يبرز دور القاضي والذي يمكنه أن يعدل من الشرط أو يعفيه منه كأن يؤخر تنفيذ الشرط حتى زوال الظرف الطارئ بما خوله القانون من سلطة.

2. اشتراط الزوجة على الزوج شرط عدم التعدد ثم يتضح أن الزوجة عقيمة لا تنجب الأولاد في حين أن الزوج يرغب في الإنجاب وعلى هذا الأساس يكون عدم الالتزام بالشرط سببه موضوعي لا ذاتي لأنه راجع إلى الزوجة لا إلى الزوج،إذ في هذه الحالة يحق للزوج أن يطلب من القاضي أن يعفيه من الشرط ، إن كان الظرف في هذه الحالة ليس عاما وإنما خاصا إلا أنه يمكن للقاضي التدخل من خلال إقناع الطرفين.

3. اشتراط الزوجة مساهمتها في بناء القطعة الأرضية الممنوحة للزوج من الدولة بشرط أن تكون الملكية مشتركة بينهما إلا أن السكن انهار جراء زلزال أو حريق....أو غير ذلك ،أو تم استلام على الأرض من الدولة في إطار نزع الملكية للمنفعة العمومية ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يطلب تعديل الشرط الصعوبة التنفيذ العيني ،و باعتبار أن يترتب عن ذلك تعويض قبلي عادل ومنصف من الدولة في هذه الحالة يمكن للقاضي أن يحكم للزوجة بالتعويض بموجب مبالغ تعادل مساهمتها مثلا.[1]

وعليه نخلص إلى القول أن تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج، أو الإعفاء منه في هذه الحالات لا ينبغي أن يفهم على أنه إخلال بالالتزام بالشروط و سهولة التحلل منها باعتبار أن إلزامية الوفاء بالشرط المدرج في عقد الزواج هي الأصل إلا أن تدخل القاضي في هذه الحالات ينبغي أن يكون مبنيا على دوره الفعال في إقناع الزوجين، أو أحدهما بضرورة تعديل الشرط أو

[1]– إيمان عريبي، نور لمطاعي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مرجع سابق، ص63.

إعفاء الطرف الآخر منه محافظة على قداسة الرابطة الزوجية مع إقرار التعويض للمشترط ،أو وقف تنفيذ الشرط حتى يزول الحادث الطارئ، إذا كان هذا الأخير وقتي يمكنه الزوال بعد فترة من الزمن، مادام الأمر يتعلق بحادث طارئ، وليس بقوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ الشرط المدرج في عقد الزواج، خاصة في الحالات التي قد تستعجل المرأة طلب التطليق لمجرد عدم الوفاء بالشرط في حين أن ظروف الزوج لا تسمح له بالوفاء كما بينا سابقا، و لهذا نجد أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بحث قاضي شؤون الأسرة على ضرورة مراعاة تأسيس الطلب و كذا مراعاة الظروف المقدم فيها طلب التطليق مما يعزز دور القاضي.

المبحث الثاني: الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط

يتمثل الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط في الدفع بعدم التنفيذ، وهذا الجزاء خاص بالشروط المؤثرة في المهر؛ حيث يجوز للزوجة أن تحبس نفسها عن زوجها، وتستعمل ذلك كوسيلة ضغط منها لاستيفاء معجل مهرها.

وإذا لم يفلح الدفع بعدم التنفيذ في إلزام الزوج بالوفاء، فيكون للمشترط اللجوء إلى طلب الفسخ أمام القضاء، وأخيراً طلب التعويض إذا ثبت الضرر، وسنتطرق في المطالب التالية إلى كل هذه الجزاءات المختلفة.

المطلب الأول: الدفع بعدم التنفيذ

يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ في كونه ينحصر أثره في وقف تنفيذ الالتزامات المستمدة من العقد الملزم للجانبين، وعلى ذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يؤدي إلى انقضاء الالتزامات التعاقدية.[1]

ولقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتطرق في الفرع الأول إلى دراسة شروط الدفع بعدم التنفيذ، ونتناول في الفرع الثاني الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ، وأخيراً خصصنا الفرع الثالث لدراسة حق الزوجة في حبس نفسها لاستيفاء معجل مهرها.

[1]– أحمد شوقي، النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص240.

الفرع الأول: شروط الدفع بعدم التنفيذ

لكي يرتب الدفع بعدم التنفيذ أثرة المتمثل في تعطيل نفاذ العقد دون فسخه، مع بقاء العقد قائماً وواجب النفاذ، يجب توافر الشروط الآتية:

1. أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين.
2. أن يكون الالتزام المحبوس التزاما يتأخر تنفيذه عن الالتزام المقابل، حتى يستطيع المتعاقد الأول أن يوقف تنفيذ التزامه دون أن يتحلل منه، وإنما يستعمل ذلك كوسيلة ضغط ليستوفي حقه في ذمة المتعاقد الآخر.[1]

الفرع الثاني: الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ

إن عقد الزواج عقد معاوضة، ولكنه يختلف عن باقي عقود المعاوضات المالية فهو ينطوي على مبادلة البضع بالمهر، وعلى هذا الأساس فإن ارتباط الالتزامين المتقابلين في عقد المعاوضة هو الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي، أي أن عدم تنفيذ أحد الالتزامين يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام المقابل، بخلاف الفسخ الذي هو أشد خطورة من الدفع بعدم التنفيذ.

إن أساس فكرة المعاوضة في الفقه الإسلامي هو تحقيق المساواة في هذه العقود بين العاقدين، واحتراما لهذا المبدأ فلا يجبر أحد العاقدين على تنفيذ التزامه طالما أن المتعاقد الآخر لم يقم بتنفيذ الالتزام المقابل.[2] وعلى هذا يكون من حق الزوجة أن ترفض الذهاب إلى مسكن الزوجية إذا لم يدفع لها الزوج صداقها أو جزءاً منه.

الفرع الثالث: حبس الزوجة نفسها عن زوجها لاستيفاء معجل مهرها

إذا كان حق الحبس في الفقه الإسلامي مبدأ ثابتاً في عقود المعاوضات المالية، فإنه يجد تطبيقاً له في عقد الزواج، فلو أن الزوجة اشترطت على زوجها تعجيل صداقها، ولكن الزوج لم يحترم هذا الاتفاق؛ فقد احتاط الفقه الإسلامي لحفظ حق الزوجة في مهرها، وأجاز لها حق

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 1998، ص241.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 243

حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المعجل من المهر؛[1] وهذا يعني أنه بإمكان الزوجة أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها ما اشترطت تعجيله من المهر، مع ثبوت هذا الحق لها حتى لو كانت قد انتقلت إلى بيت زوجها.

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

ولقد أقرت الشريعة الإسلامية بحق الزوجة في النفقة حتى في مدة حبس الزوجة نفسها عن زوجها، وليس بوسع الزوج أن يتذرع بسقوط حقها في النفقة بداعي نشوزها، فهي لا تعد ناشزا طالما لم يفي لها بما اشترطته من تعجيل مهرها.[3]

ويعلل الفقهاء حق الحبس باستيفاء المستحق وهو المهر، فطالما لم تستوفي الزوجة مهرها، فليس للزوج استيفاء حقه منها في منافع البضع. ومتى أوفاها مهرها كاملاً كان له الحق في منعها من الخروج من بيته، وله أن يحبسها لاستيفاء حقه منها وهو منفعة البضع.

كما أجاز الفقهاء للزوجة حق حبس نفسها لاستيفاء الجزء المتبقي من المهر المعجل حتى ولو كان جزءاً قليلاً، وهذا يعتبر تطبيقاً لحق من حقوق الحابس، فحق الحبس ينظر إليه على أنه كتلة واحدة غير قابلة للتجزئة، لأن الشيء المحبوس يقابل كل أجزاء الحق المقابل.[4]

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

[1]– أبي الفرج عبد الرحمان، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، لبنان، بدون سنة، ص 301.

[2]– عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة الإشعاع، الإسكندرية، 2001، ص54، ص 55.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 239.

[4]– رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص من 430، إلى ص437.

حقها في الحبس، وهذا رأي ضعيف لأن رضا الزوجة بتأجيل المهر سقوط حقها في الحبس قياساً على سقوط حق البائع في الحبس إذا بادر بدفع المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن.

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

المطلب الثاني: الفسخ

يعرف الفسخ في نظرية الالتزام بأنه: " حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم للجانبين لإخلال العاقد الآخر بالتزامه.[2] فالفسخ يفترض قيام عقد صحيح تتوافر فيه الأركان والشروط، ولكن أحد المتعاقدين لا يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية.[3] فلو أن الزوجة هي التي اشترطت على الزوج شرطاً لمصلحتها، لكن الزوج أخل بهذا الشرط، فيكون للزوجة طلب فسخ العقد لإخلال الزوج بالتزامه العقدي،[4] ولها عليه سائر حقوق الزوجية من نفقة في زمن العدة ومؤجل الصداق إن وجد.

وبالمثل لذلك فإذا كان الزوج هو الذي اشترط على الزوجة شرطاً لمصلحته، وأخلت به الزوجة، فيكون للزوج حق فسخ العقد ويعفى من دفع مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها.[5]

ولقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني الذي يقوم عليه الفسخ، فذهب جانب من الفقهاء إلى أن الفسخ قائم على وجود شرط فاسخ ضمني، يفهم منه اتجاه نية المتعاقدين إلى فسخ العقد الملزم للجانبين في حالة عدم الوفاء بالشرط. وذهب اتجاه فقهي آخر إلى اعتبار أن الفسخ مبني على أساس نظرية السبب التي توجب على المتعاقد الأخر تنفيذ التزامه المقابل،

---

[1]– رشدي شحاتة، المرجع السابق ، ص 434، ص 435، ص 436.

[2]– أحمد شوقي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 241.

[3]– توفيق حسن فرج، النظرية العامة للتزام، الدار الجامعية، 1988، ص 233.

[4]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص172.

[5]– محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1996، ص126.

وقد انتقد هذا الاتجاه بأن الجزاء المترتب على تخلف السبب هو البطلان وليس الفسخ، فضلاً عن وجوب توافر السبب عند إبرام العقد باعتباره أحد أركان العقد الأساسية.

والراجح من هذين الاتجاهين هو أن الفسخ قائم على أساس الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين؛ ولتحقيق هذا الترابط ينبغي تنفيذ العقد واحترام بنوده بغرض تحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية.[1]

ولكن الإشكال الذي يثار بصدد الحديث عن الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط يتمحور حول ما إذا كان يتعين على الزوج المشترط – الذي له حق الفسخ– أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم الفسخ، أم أنه لا يحتاج إلى ذلك؟ وإذا وقع نزاع بين الزوجين بصدد الوفاء بالشرط فهل يكون للقاضي الاجتهاد في ثبوت الفسخ؟ أم يكتفي بمجرد الحكم به والإعلان عنه؟

الرأي الراجح في هذه المسالة هو أنه لابد من رفع دعوى الفسخ إلى القضاء لفسخ النكاح لعدم الوفاء بالشرط، حتى ولو لم يكن هناك نزاع قائم بين الزوجين حول مشروعية الشرط. ثم أن مسألة تحديد الشروط المشروعة وغير المشروعة مسألة خلافية بين الفقهاء، ولا شك أن حكم القاضي هو الذي يرفع الخلاف في مثل هذه الأمور، ثم أنه لا يجوز للزوجة التي اشترطت على زوجها شرط معين ولم يوفي به أن تكون هي الخصم والحكم في هذا النزاع، بل لابد أن ترفع أمرها إلى القضاء وتثبت ما ادعته؛ لأن القاضي أقدر من غيره على تحديد مشروعية الشرط أو عدم مشروعيته.[2]

ويجمل بنا أن نشير بخصوص هذه المسألة إلى موقف الدكتور محمد أبو زهرة المتمثل في اعتراضه على ما ذهب إليه مؤتمر تنظيم الأسرة من أن للمرأة حق فسخ عقد الزواج من غير الالتجاء إلى القضاء، وهذا لأن تخلف الشرط أو عدم تخلفه يحتاج إلى نظرة ومعرفة لسبب التخلف، ولا يكون ذلك إلا من اختصاص القضاء، هذا فضلاً عن أن كل أسباب الفسخ التي يقرها الشارع تحتاج إلى صدور حكم بالقضاء، ولهذا فلا يكون للزوج المشترط في حالة تخلف الشرط إلا حق تقديم طلب الفسخ.

---

[1]– احمد شوقي، مرجع سابق، ص242، ص243.

[2]– علي محمد قاسم، المرجع السابق، ص167، ص 168.

وطالب أيضاً بتقييد الحق في طلب الفسخ إلى ما قبل الدخول، وتحديد مجاله في كل اشتراط يخص حالة الزوج المالية والاجتماعية، لأنه قبل الدخول تكون هناك فرصة للتحري.[1]

والحقيقة أن تحديد الحق في طلب الفسخ بالفترة السابقة على الدخول، قد يقلل من أهمية الوفاء بالشروط في عقد الزواج، خصوصاً وأن حق الاشتراط ليس مقصوراً على الشرط المقترن بالعقد، بل يمتد إلى الفترة اللاحقة على إبرام عقد الزواج أو ما يعرف بالشرط اللاحق، فالشروط تتجدد وتتغير تبعاً للتغيرات والتطورات الاقتصادية والاجتماعية. وقد يدفع ذلك بالزوجين إلى الاتفاق على شروط جديدة في عقد رسمي لاحق. كما أنه لا يمكن تحديد مجالات معينة يسمح للزوجين بالاشتراط فيها دون غيرها، فحرية الاشتراط مطلقة ما لم يرد الدليل الشرعي على المنع والحظر كما قال بذلك الحنابلة.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد نص المادة 53 يمنح للزوجة الحق في طلب التطليق لعدم وفاء الزوج بالشرط. وبهذا فقد أضاف التعديل الأخير لقانون الأسرة سبباً آخر من أسباب التطليق التي يجوز للمرأة أن تستند إليها في طلب التفريق القضائي.

وهذا يعني أنه يتعين على المرأة اللجوء إلى القضاء من أجل طلب التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

هذا ويفترق الفسخ لعدم الوفاء بالشرط باعتباره فسخاً للعقد عن التفريق بين الزوجين بالطلاق في عدة أمور نشير إلى أهمها في الفرع الأول من هذا المطلب، على أن نخصص الفرع الثاني لدراسة مسقطات حق الزوجة في الفسخ.

[1] – محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص87، ص88.

الفرع الأول: التمييز بين الطلاق والفسخ لعدم الوفاء بالشرط

يتضح الفرق بين الطلاق والفسخ لعدم الوفاء بالشرط من خلال دراسة الآثار المترتبة على كل منهما، وهذا ما سنتولى توضيحه فيما يلي:

1. إن التفريق بين الزوجين عن طريق الطلاق يحسب من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته؛ وهذا يعني أنه لو راجع الزوج زوجته فترجع إليه بما بقي من الطلقات،[1] بخلاف التفريق بالفسخ لعدم الوفاء بالشرط فإنه لا يحتسب من عدد الطلقات إذا تزوجها الزوج من جديد.

2. لا يحتاج الزوج إلى سبباً معين لإيقاع الطلاق، أما الفسخ لعدم الوفاء بالشرط فلا بد من أن يكون له سبب وهو إخلال الزوج بالشرط.

3. الأصل في الطلاق أن الزوج هو الذي يملكه، ولكن قد ينتقل هذا الحق إلى الغير عن طريق التوكيل أو تفويض الزوجة. بينما الفسخ لعدم الوفاء بالشرط فهو من حق من اشترطه منهما من الزوجين.

4. تستحق الزوجة نصف المهر عند الطلاق قبل الدخول، وتوجب لها المتعة بالخلوة الصحيحة. بينما في حالة الفسخ لعدم الوفاء بالشرط إذا وقع قبل الدخول فلا يترتب عليه شيئاً من المهر للزوجة.[2]

5. إن أهم أثر للتفريق بين الطلاق والفسخ لعدم الوفاء بالشرط هو أنه ليس للمرأة التي فسخ نكاحها لعدم الوفاء بالشرط متعة ولا سكن ولا نفقة، إلا أن تكون حاملاً فتجب لها نفقة الحمل. ولقد برر جمهور الفقهاء ذلك بأن السكن والنفقة إنما يوجبان للمرأة التي يملك زوجها مراجعتها، واستدلوا على سقوط حقها في المتعة بقوله تعالى: { وللمطلقات متاع

[1]– الشافعي عبد الرحمان، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، مطبعة نفرتيتي، القاهرة، 1984، ص 78؛ محمد عبد الهادي، وعاشروهن بالمعروف، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، 1985، ص67.

[2]– علي محمد قاسم، المرجع السابق، ص172 ، ص173.

بالمعروف حقاً على المتقين}.[1] فدلت الآية الكريمة على أن المتعة خاصة بالمطلقة دون غيرها ممن فسخ نكاحها.[2]

لقد أراد الحنابلة من خلال ترتيب الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشروط في عقد الزواج التأكيد على أهمية الوفاء بهذه الشروط. بالرغم مما قد يترتب على ذلك من آثار سلبية على الأسرة، فقد يؤدي تمسك الزوج برأيه في عدم الوفاء بالشرط وإصرار زوجته على الفسخ إلى تدمير كيان الأسرة وتشريد الأطفال. وهنا تبرز أهمية الدور الذي يجب أن يقوم به القاضي في الموازنة بين هذه المصالح المتعارضة بما يحفظ للزوجين حقوقهم ويحمي المصلحة العامة للمجتمع.

الفرع الثاني: مسقطات حق الزوجة في الفسخ

تطبيقاً لما قضى به الحنابلة من وجوب خيار فسخ النكاح أو إمضائه، فإن الأصل في هذا الحق أنه يبقى قائماً على التراخي ولا يلزم العمل به فور مخالفة الشرط، واستثناءا من ذلك توجد حالات خاصة يسقط فيها حق الزوجة في الفسخ.

وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

1. الرضا بإخلال الزوج بالشرط:

متى رضيت الزوجة بإخلال زوجها بالشرط الذي اشترطته عليه، يسقط حقها في فسخ النكاح؛ وسواء كان هذا الرضا بالقول أو بالفعل كأن تمكنه من نفسها بالوطء مع علمها بعدم وفائه بالشرط.

أما إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من بلدها، ولكنه تزوج عليها أو أخرجها من بلدها، ثم قبل أن تطلب الفسخ طلقها، فلا تملك الزوجة هنا حق الفسخ.

2. زوال سبب الشرط:

ويسقط حق الزوجة في الفسخ إذا زال سبب الشرط ولم يعد له موجب، كما لو توفي والدي

[1]– سورة البقرة، الآية 241.

[2]– علي محمد قاسم، المرجع السابق، ص 165.

الزوجة، وكانت الزوجة قد اشترطت على زوجها ألا يخرجها من بلدها.[1]

3- استحالة تنفيذ الشرط:

إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن يسكنها بمنزل والديها، ثم تعذرت سكنى المنزل لسبب طارئ كحدوث زلزال أدى إلى انهيار المنزل، فإن الوفاء بالشرط يكون متعذراً.[2]

وقد تشترط الزوجة على زوجها أن يسكنها بمفردها، ثم يعجز الزوج عن الوفاء بالشرط لعدم كفاية موارده المالية أو نظرا لفقره المفاجئ، فهل يجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط؟ وهل للزوجة أن تفسخ النكاح إذا أخل الزوج بالوفاء بهذا الشرط؟

برر الفقهاء سقوط حق الزوجة في الفسخ في هذه الحالة بأن الشرط أمر عارض، وباستحالة تنفيذه يزول حق الزوجة في الفسخ.[3]

المطلب الثالث: التعويض

إذا لم يكن التنفيذ العيني للعقد ممكناً، أولم يبدي المدين استعداده للتنفيذ العيني، وطلب الدائن التعويض فيحكم القاضي في هذه الحالة بالتعويض كجزاء مترتب على قيام المسؤولية العقدية.

وتتمثل أركان المسؤولية العقدية في الخطأ العقدي الذي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي سواء كان عن قصد أو إهمال، وكذلك الضرر الذي لحق الدائن والذي يقع عليه عبء إثباته، وأخيراً يجب توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر بأن يكون الخطأ العقدي هو السبب المباشر في وقوع الضرر.

إن التعويض هو الأثر الذي يترتب على تحقيق المسؤولية، ومتى تحقق ذلك كان للمضرور رفع دعوى المسؤولية العقدية تجاه الشخص المسؤول للمطالبة بالتعويض

وتستند دعوى المسؤولية العقدية على إخلال المتعاقد المسؤول بمصلحة مشروعة للمتعاقد

[1]- علي محمد قاسم، المرجع السابق، ص174، ص175.

[2]- عبد الرحمان سعدي، الفتاوى السعدية، عالم الكتب، 1995، دون م ن، ص363.

[3]- علي محمد قاسم، مرجع نفسه، ص176

المضرور. ولا يجوز للقاضي أن يحكم بأزيد مما طالب به المضرور وإن كان يصح أن يحكم بأقل منه.[1]

إن الغرض من التعويض هو حماية المضرور من الضرر الذي أصابه، إذ تندرج قاعدة التعويض عن الضرر تحت ثبوت العوض بالإتلافات، وسواء كان هذا الإتلاف للنفس أو المال، وقد صرح الفقهاء أيضاً بأن إتلاف البضع- الوطء- موجب للضمان أي التعويض، فمن فوت على امرأة منفعة بضعها بنكاح فاسد أو وطء شبهة فيجب عليه مهر مثلها.[2]

وباعتبار أن وعاء الشروط هو العقد، فإن الشروط في عقد الزواج تخضع لأحكام القواعد العامة في التعويض إلا ما استثني منها بأحكام خاصة. وتطر بيقاً لذلك فإنه يكون للمرأة التي تضررت من جراء مخالفة شرطها في عقد الزواج كفقدانها لمنصب عملها بسبب إخلال الزوج بالشرط الذي وافق عليه والذي يسمح للزوجة بمزاولة عملها. أن تلجأ إلى القضاء وتطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء ذلك، وتأسس دعواها على أساس أحكام المسؤولية العقدية.

وسنشير فيما يلي إلى أهم هذه الأحكام بما يفيدنا في موضوع بحثنا، وذلك بالتطرق إلى شروط الضرر الموجب للتعويض في فرع أول، على أن نخصص الفرع الثاني لدراسة أنواع التعويض. أما الفرع الثالث فنتناول فيه كيفية تقدير القاضي للتعويض.

الفرع الأول: شروط الضرر الموجب للتعويض

إن الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية، والذي ينجم عن إخلال العاقد ببنود وشروط العقد. وإذا انتفى الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض، هذا وقد نصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري بأن: " كل عملاً أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض ".

[1]- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص400.

[2]-- نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، 2003، ص123، ص124.

ويعرف الضرر بأنه ما يصيب المتعاقد في حق من حقوقه من جراء إخلال المتعاقد الآخر بمصلحة مشروعة، وسواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية.[1]

ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا بأن الضرر ينقسم إلى قسمين: ضرر مادي وضر معنوي أو أدبي، فالضرر المادي هو ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله. أما الضرر الأدبي فهو ما يلحق بالشخص في كرامته أو شرفه، وبصفة عامة في غير حقوقه المالية.

ويشترط في الضرر حتى يكون موجباً للتعويض توافر الشروط التالية:

1. المساس بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور. أما إذا كانت غير مشروعة فلا مجال لتعويضها.
2. أن يكون الضرر محققاً، بأن يكون حالاً وليس مفترضاً أو محتملاً.
3. أن يكون الضرر شخصياً .[2]
4. ألا يكون قد سبق تعويضه، إذ لا يجوز للمضرور أن يحصل على أكثر من تعويض لإصلاح ضرر واحد، وإلا كان ضرره سبباً في إثرائه على حساب المتعاقد المسؤول.

الفرع الثاني: أنواع التعويض

يجب على القاضي أن يعين طريقة التعويض تبعاً لظروف النزاع الذي يثار أمامه، فقد يكون التعويض عينا عن طريق إعادة الحال إلى ما كان عليه بشرط أن يكون ذلك ممكناً.

ولكن الغالب أن يكون التعويض نقدا؛ أي عبارة عن مبلغ من النقود يعطى دفعة واحدة، ويصح أن يكون مقسطا، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً.

[1]– بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص68

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص79.

ويقع التعويض العيني كثيراً في الالتزامات التعاقدية، وهو أفضل طرق التعويض؛ لأنه يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً. ويكون القاضي ملزماً بالتعويض العيني إذا كان ممكناً وطلبه الدائن.[1]

وبناءاً على هذا فإذا اشترط الزوج على زوجته في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ألا تمارس عملاً وظيفياً أو مهنياً إلا بإذنه أو ألا تسافر وحدها، فإن هذه الشروط تكون ملزمة ويجب على الزوجة الوفاء بها. أما إذا أخلت الزوجة بهذه الشروط فإنها تتحمل مسؤولية ذلك وحدها، ويمكن أن يحكم عليها بالتعويض[2]؛ الذي يمكن أن يكون عيناً بإيقافها عن ممارسة وظيفتها، أو منعها من السفر لوحدها

وفي المقابل لذلك فإذا اشترطت الزوجة على زوجها السماح لها بمزاولة عملها وأخل الزوج بذلك، فيكون للزوجة أن تطلب التعويض النقدي من أجل جبر الضرر اللاحق بها من جراء مخالفة الزوج للشرط المتفق عليه.

الفرع الثالث: تقدير التعويض

يقدر التعويض كأصل عام على أساس مقدار الضرر الذي لحق بالمدعي، ويشمل ذلك ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب. ويقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم.

كما ينشأ الالتزام بالتعويض في ذمة المدين من وقت وقوع الضرر. ويقدر القاضي التعويض بناءاً على الضرر الذي لحق بالمضرور وقت صدور الحكم القضائي، كما يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض الإجمالي عن الأضرار التي أصابت المضرور، ولكن بشرط أن يحدد عناصر الضرر ومدى أحقية التعويض عنها.[3]

---

[1]– محمد صبري السعدي،النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، (مصادر الالتزام)، دار الكتاب الحديث، 2003، ص185

[2]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص173

[3]– أحمد شوقي، المرجع السابق، ص353.

وبالنسبة للضرر الأدبي أو المعنوي فيعود للقاضي تقدير مدى هذا الضرر، وإن كان يصعب تحديد التعويض عن الضرر المعنوي بالنقود، لأن الشرف والمكانة الاجتماعية لا يقدران بالمال، وإنما يأتي التعويض عنهما كوسيلة إرضاء وتطييب لخاطر الشخص المضرور.[1]

وأخيراً نخلص من خلال دراستنا لهذه القواعد العامة التي تحكم التعويض عن الضرر، أنه بإمكان الزوج المشترط والمتضرر من جراء عدم وفاء الزوج الآخر بالشرط المتفق عليه في عقد الزواج اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر، ومتى ثبت للقاضي تحقق الضرر وتوافر شروطه، حكم بالتعويض على الزوج المخالف للشرط التعاقدي بين الزوجين.

[1]- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء 3،الطبعة2، (المسؤولية المدنية) منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص64.

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع الاشتراط في عقد الزواج، والإحاطة به من جميع الجوانب بشكل مبسط، استطعنا الخروج بنتائج توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، واتبعها ببعض التوصيات والاقتراحات التي أسال الله أن تكون سديدة ونافعة.

1. نتائج البحث:

- إن الاشتراط في عقد الزواج لا شك فيه جائز، شرعا وقانونا، وهو حق لكل زوج يمارسه بحرية وفي إطار الشروط التي لا تتنافى مع هذا العقد ومع الأهداف التي يحققها، والآثار التي يرتبها وليس فيها ما يخالف النظام العام والآداب العامة.
- إن الشروط في عقد الزواج أحق بالوفاء من غيرها، لأنها تتعلق بأعظم وأقدس عقد ممكن أن يبرمه الشخص في حياته.
- اخذ المشرع الجزائري برأي الحنابلة باعتبارهم المذهب الأكثر قبولا للمشارطات في عقد الزواج ضمن قواعد تحقيق المصلحة العامة مراعاة لما يقتضي به التطور الزمني والاجتماعي تيسيرا للحياة الهادئة.
- أعاد المشرع النظر في المواد القانونية الخاصة بالاشتراط في عقد الزواج، وأضاف مواد جديدة بموجب الأمر 05-02 بغية مواكبة التطورات والتغييرات التي طرأت على المجتمع في حدود أحكام الشريعة الإسلامية.
- أكد المشرع الجزائري علي حرية الاشتراط في عقد الزواج من خلال المادة 19 من قانون الأسرة كما وضح مثالين من الشروط التي يمكن اشتراطها تندرج تحت الشروط التي فيها مصلحة للزوجة وهما شرط عدم التعدد وشرط العمل.
- قد منح المشرع للزوجة حق التطليق في حالة الإخلال بهذه الشروط من طرف الزوج في الفقرة التاسعة من المادة 53.
- التناقص الموجود بين نص المادتين 32و35 قانون الأسرة في المادة 32 غلب الشرط على العقد والمادة 35 غلب قوة العقد على الشرط مما يجعل الجمع بينهما متعذرا.

2. الاقتراحات:

وعليه نخرج من خلال هذا بحثنا هذا بالاقتراحات التالية:

- إبراز دور الاجتهاد القضائي ومبادئ المحكمة العليا، حول ما يستجد من اشتراطات نظرا لظهور اشتراطات جديدة.
- يجب تعديل نص كل من المادتين 32 و 35 من قانون الأسرة الجزائري و إزالة التناقض والغموض القائم بينهما، ويكون ذلك بالتمييز بين الشروط التي تبطل العقد أصله كشرط عدم الإنجاب فيجب إن تخضع هذه الشروط لأحكام نص المادة 32 أما الشروط التي تؤثر في العقد ولا تبطله و إنما يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا كشرط ألا مهر أو لا نفقة فيجب تخضع لأحكام نص المادة 35.
- بالنسبة لشرط السكن المنفرد، حبذا لو أدرج المشرع الجزائري هذا الشرط في المادة 19 من قانون الأسرة صراحة، بالنظر لكونه من أكثر الشروط التي يتم اشتراطها في المجتمع الجزائري.
- تعديل المادة 19 من قانون الأسرة بإدراج معايير واضحة، للتميز بين الشروط الصحيحة والشروط الغير صحيحة عند توثيقها عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق
- تعديل المادة 53 في شقها المتعلق بالسماح للزوجة أن تطلب التطليق لمجرد مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، كونه يتعارض مع أحكام الشريعة السامية وفي تعدي على قداسية الزواج.
- إضافة مادة تخص إعطاء إمكانية الملزم بالشرط طلب التعديل الشرط أو الإعفاء منه إعمالا لنظرية الظروف الطارئة خاصة عندما يصبح تنفيذ الشرط مرهقا أو مستحيلا.

ختاما آمل أن أكون قد وفقنا ولو بقدر بسيط في الإحاطة بجوانب الموضوع الذي كان إضافة لجهود سبقت، ونحمد الله عز وجل أن وفقنا إلى انجاز بحثنا، فان أصبنا فبتوفيق من الله سبحانه وتعالى، وان أخطانا فبتقصير منا.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

أولا: كتب التفسير

1. ابن كثير (أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي)، تفسير القرآن العظيم، طبعة1، دار ابن الحزم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت، 2000،

ثانيا: كتب الحديث النبوي

2. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، حديث رقم 2140، دار ابن كثير، دمشق-بيروت، 1423هـ/2002م.
3. الإمام مسلم، صحيح مسلم مع شرح النووي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1929.
4. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى للإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية، 1-6 ج4، ت ح عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1971.

ثالثا: النصوص القانونية

5. الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
6. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
7. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، المتضمن القانون المدني.

رابعا: قواميس ومعاجم

8. ابن المنظور، لسان العرب، المجلد السابع، دار بيروت للطباعة والنشر، 1968.

خامسا: الكتب

9. ابن الحزم(أبو أحمد)، المحلى بالآثار، ج9، ت ح محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرة، مصر، دون سنة.
10. ابن القيم الجوزي، زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد 1، دار الكتاب العربي، لبنان، بدون سنة.
11. ابن النجار، شرح الكوكب المنير، المجلد 1، دون دار النشر، المملكة العربية السعودية، 1413هـ/ 1993م.
12. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى للإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية، 1-6 ج4، ت ح عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1971.
13. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1414هـ/1993م.
14. أبو الوليد الباجي، شرح الموطأ لمالك، جزء 1، طبعة1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995.
15. أبي الفرج عبد الرحمان، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، لبنان، بدون سنة.
16. أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المكتبة الأزهرية للتراث، الجزيرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، 2013.
17. أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج1 ، منشورات قصر الكتاب، د س ن.
18. احمد شامي، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
19. أحمد شوقي، النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية،2004.
20. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للنشر، إسكندرية، 1988.
21. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
22. إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة(الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)،الطبعة 1، دار الحامد للنشر والتوزيع،2008 .

23. الأمين الحاج محمد أحمد، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط2 ، د د ن، د ب، 2008.
24. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2007.
25. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
26. بن قدامة المقدسى، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، 1403هـ/ 1983م.
27. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للتزام، الدار الجامعية، دون م ن، 1988.
28. رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001.
29. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 .
30. سيد السايق، فقه السنة،ج10، م ج 2، ط 4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1983.
31. الشافعي عبد الرحمان، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، مطبعة نفرتيتي، القاهرة، 1984، ص 78؛ محمد عبد الهادي، وعاشروهن بالمعروف، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، 1985.
32. شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، د ت علي محمد معوض–عادل أحمد عبد الموجود، بيروت – لبنان، 1427هـ/2006م
33. صبحي المحمصاني، الطريقة العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، الجزء 2، الطبعة 2، دار العلم الإسلامي، بيروت،1972.
34. صبحي المحمصاني، الطريقة العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، الجزء 2، الطبعة 2، دار العلم الإسلامي، بيروت،1972.
35. عبد الجليل أحمد علي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مكتبة الإشعاع، الإسكندرية، 2001.

36. عبد الدائم عز الدين، حكم النفقة الزوجية للمرأة العاملة، الطبعة1، دار كردادة للنشر والتوزيع، الجزائر.
37. عبد الرحمان سعدي، الفتاوى السعدية، عالم الكتب، دون م ن، 1995.
38. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
39. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 1998.
40. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 3، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1996.
41. عبد النور فارح علي، أثر الشروط الجعلية في العقود المالية، الطبعة 1، دار العلم للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، 2021.
42. عز الدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، الطبعة1، مجموعة دله البركة، د م ن، 1993.
43. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة 8، دار النفائس لمنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
44. عيسى حداد، عقد الزواج(دارسة مقارنة)، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.
45. فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، 2004، مصر.
46. محمد ابن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج5، ط1، دار السلام للطباعة والنشر، 1997.
47. محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.
48. محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
49. محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

50. محمد بن إبراهيم النيسابوري، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد4، دار طيبة، بدون سنة.
51. محمد بن إدريس الشافعي، موسوعة الإمام الشافعي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة 1، لبنان، 2000.
52. محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، طبعة 8، دار يافا لنشر والتوزيع، 2011.
53. محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دار اليازوري العلمية للنشر وتوزيع، الأردن، 2010.
54. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الطبعة 4، دار الهدى، الجزائر، 2007.
55. محمد عبد الرحمان محمد الضويني، الشروط المقترنة بعقد النكاح وتطبيقاتها، الطبعة 1، معهد دبي القضائي، الإمارات، 2013.
56. محمد علوشيش الورثاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الإسلامية فيها، الطبعة 1، دار الأمة للطباعة والترجمة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1997.
57. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي،الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 2006.
58. محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1996.
59. محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والفقه) ،الطبعة 1، دار الفكر، الأردن،2008.
60. مصطفى الزرقاء، مدخل للفقه العام، جزء1، الطبعة2، دار القلم، دمشق، 2004.
61. منصور البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع مختصر المقنع، دار ركائز للنشر والتوزيع، الجزء 3، الطبعة 1، الكويت، 1438.
62. نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، دون م ن، 2003
63. وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر ، 1986 .

سادسا: الرسائل العلمية

64. إيمان عريبي، نور لمطاعي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2013/2014.
65. خديجة أبو العطا ، الشروط المشترطة في عقد النكاح، مذكرة ماجستار، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية،غزة ،1428 هـ/2007 م.
66. سمية طرشي، الشروط في عقد الزواج- الأحكام والآثار-، شهادة نيل الماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014.
67. عز الدين زغدودي، زهير سعيدي، الاشتراط في عقد الزواج – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2021/2019.
68. فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج – دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي-، مذكرة ماجستار في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.
69. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008 م/2009 م.
70. يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار، الجزائر، 2007/2006.

سابعا: الاجتهاد القضائي

71. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 480264، مؤرخ في العليا، 2009، العدد 01.
72. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/02/20، رقم 75588، المجلة القضائية، العدد 1993،4.

ثامنا: المقالات

73. سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد النكاح في سلسلة العلوم الإنسانية، الفقه الإسلامي، العدد 2،المجلد 10، مجلة جامعة الأزهر بغزة، فلسطين، 2008.

تاسعا: المواقع الالكترونية

74.أبو إسحاق الحويني، دروس للشيخ أبو إسحاق الحويني، https://shamela.ws/book/7693/741 .

الفهرس

الفهرس:

مقدمة:..... 1
الفصل الأول: ماهية الاشتراط في عقد الزواج..... 4
المبحث الأول: مفهوم الاشتراط في عقد الزواج..... 5
المطلب الأول: تعريف الشرط المقترن بالعقد..... 5
الفرع الأول: تعريف الشرط في اللغة..... 5
الفرع الثاني: تعريف الشرط اصطلاحا..... 6
الفرع الثالث: تعريف الشرط قانونا..... 6
المطلب الثاني: الفرق بين الشرط وبعض المصطلحات..... 8
الفرع الأول: التميز بين الشرط والركن..... 8
الفرع الثاني: التميز بين الشرط والوعد..... 8
الفرع الثالث: التميز بين الشرط و السبب..... 9
المبحث الثاني: أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج واصل مشروعيتها.....10
المطلب الأول: أنواع الشروط الواردة في عقد الزواج.....11
الفرع الأول: الشروط الصحيحة.....11
الفرع الثاني: الشروط غير الصحيحة.....13
المطلب الثاني: الشروط بين المشروعية والحظر.....15
الفرع الأول: الأصل في الشروط الإباحة.....15
الفرع الثاني: الأصل في الشروط الحظر.....18
الفصل الثاني: أحكام الاشتراط في عقد الزواج.....19
المبحث الأول: أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج.....19

المطلب الأول: حكم الشروط الصحيحة 20
الفرع الأول: موقف الفقهاء.....20
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.....22
المطلب الثاني: حكم الشروط غير الصحيحة.....24
الفرع الأول: موقف الفقهاء.....24
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.....27
المبحث الثالث: صور بعض المشارطات في عقد الزواج.....28
المطلب الأول: اشتراط صفة معينة في احد الزوجين.....28
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من اشتراط صفة معينة 28
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من اشتراط صفة معينة.....29
المطلب الثاني: شرط عمل المرأة.....31
الفرع الأول: الموقف الفقه الإسلامي من شرط عمل المرأة 31
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من شرط عمل المرأة.....32
المطلب الثالث: شرط عدم تعدد الزوجات.....33
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي:.....33
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.....34
الفصل الثالث: آثار الاشتراط في عقد الزواج.....36
المبحث الأول: سلطة القاضي تجاه الشروط المقترنة بعقد الزواج.....36
المطلب الأول: الأصل في تعديل أو إنهاء الشرط.....36
المطلب الثاني: دور القاضي عند تقدر الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج لأسباب قاهرة: 37
الفرع الأول:مفهوم نظرية الظروف الطارئة.....38

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في عقد الزواج.....38

المبحث الثاني: الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط.....40

المطلب الأول: الدفع بعدم التنفيذ.....40

الفرع الأول: شروط الدفع بعدم التنفيذ 41

الفرع الثاني: الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ.....41

الفرع الثالث: حبس الزوجة نفسها عن زوجها لاستيفاء معجل مهرها 41

المطلب الثاني: الفسخ.....43

الفرع الأول: التمييز بين الطلاق والفسخ لعدم الوفاء بالشرط.....46

الفرع الثاني: مسقطات حق الزوجة في الفسخ.....47

المطلب الثالث: التعويض.....48

الفرع الأول: شروط الضرر الموجب للتعويض.....49

الفرع الثاني: أنواع التعويض.....50

الفرع الثالث: تقدير التعويض 51

الخاتمة:.....52

قائمة المصادر والمراجع:.....54

الفهرس:.....61

ملخص البحث :

إن الاشتراط في عقد الزواج أمر جائز شرعا وقانونا، يخضع لإرادة الزوجين و اختيارهما، إذ يحق لهما سواء في الفقه الإسلامي أو في قانون الأسرة الجزائري، أن يشترطا كل الشروط التي يريانها على إطلاقه، بل وضع له الفقه الإسلامي قيود، و كذلك فعل المشرع ضرورية، إلا أن هذا الحق ليس على عدم مخالفة الشروط لأحكام قانون الأسرة، و يمكن إدراج هذه الشروط في عقد الجزائري حين نص الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق.

يرى الفقه الإسلامي أن تكون الشروط متماشية و مقتضى عقد الزواج، و إلا اعتبرت باطلة بينما رتب لها قانون الأسرة جزاءين، الجزاء الأول إبطال عقد الزواج إذا كان الشرط يتافى و مقتضيات العقد، أما الجزاء الثاني اعتبر الشرط باطل و العقد صحيح.

الكلمات المفتاحية : عقد، زواج، اشتراط، شرعا أو قانونا، ضوابط، رسمي، أثر.

Résumé:

L'exigece dans un contrat de mariage est légalement autorisée, sous réserve de la volonté et du choix des conjoints, car il leur est permis, que ce soit dans la jurisprudence islamique ou dans le droit algérien de la famille, de stipuler toutes les clauses qu'ils jugent nécessaires, mais ce droit ne doit pas être libéré, car la jurisprudence islamique impose des contrôles et des restrictions, tout comme le législateur algérien lorsqu'il stipule que les conditions des dispositions du droit de la famille ne doivent pas être violées. Ces clauses peuvent être incluses dans le contrat de mariage lui-même ou dans un contrat authentique ultérieur.

La jurisprudence islamique considère que ces conditions sont conformes à l'exigence du contrat de mariage, sinon il est considéré comme nul, alors que le droit algérien de la famille prévoit deux sanctions, la première sanction est déclaré nul le contrat de mariage si la condition contredit les exigences du contrat, tandis que la deuxième sanction est considérée comme déclaré nulle mais le contrat reste

Mot clés : contrat, mariage, exigence, légale, restriction, authentique, effet