وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار –إيليزي (الجزائر)

معهد الحقوق

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون خاص

بعنوان:

الاشتراط في عقد الزواج

إعداد الطالبتين:

. بلخير زينب

. بن حود وهيبة

تتكون لجنة المناقشة من الأساتذة:

		رئسا
د.فاروق عريشة	**المركز الجامعي إيليزي**	**مشرفا ومقررا**
		مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار –إيليزي (الجزائر)

معهد الحقوق

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون خاص

بعنوان:

الاشتراط في عقد الزواج

إعداد الطالبتين:

. بلخير زينب

. بن حود وهيبة

تتكون لجنة المناقشة من الأساتذة:

		رئسا
د.فاروق عريشة	**المركز الجامعي إيليزي**	**مشرفا ومقررا**
		مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

إهداء

الى من كلل العرق جبينه ومن علمني أن النجاح لا يأتي إلا بالصبر والإصرار الى النور الذي أنار دربي والسراج الذي لا ينطفي نوره بقلبي أبدا من بذل الغالي والنفيس واستمديت منه قوتي واعتزازي بذاتي.

{والدي العزيز}

الى من جعل الجنة تحت أقدامها وسهلت لي الشدائد بدعائها الى الإنسانة العظيمة التي لا طالما تمنت أن تقر عينها لرايتي في يوم كهذا.

{أمي العزيزة}

الى ضلعي الثابت وأماني أيامي الى من شذت تعذي بهم فكانوا لي ينابيع ارتوي منها الى خيرتي أيامي وصفوتها الى قرة عيني.

الى "إخواني وأخواتي" الغاليين

لكل من كان عونا وسندا في هذا الطريق للأصدقاء الأوفياء ورفقاء السنين لأصحاب الشدائد والأزمات الى من افاضني بمشاعره ونصائحه المخلصة.

إليكم عائلتي أهديكم هذا الانجاز وثمرة نجاحي الذي لا طالما تمنيته ها أنا اليوم أكملت وأتممت أول ثمراته بفضله سبحانه وتعالى فالحمد لله على ما وهبني وان يجعلني مباركا وان يعينني أينما كنت.

الى من تقاسمت معها الجهد لإتمام هذا العمل "بن حود وهيبة" حفظها الله ورعاها

فمن قال أنا لها نالها فانا لها وان أبت رغما عنها أتيت بها فالحمد لله شكرا وحبا وامتنانا على البدء والختام.

{بلخير زينب}

إهداء

مهما كتبت من عبارات لن أجد اصدق من قوله تعالى:" يرفع الله الذين امنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات "فالحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، والحمد لله الذي لا يضاهي نعمته وفضله أي شيء، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

اهدي ثمرة نجاحي الى:

من قال فيهما الله تعالى: "وقضى ربك إلا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا"

فعلتها لأجل رمش عين أمي وكد يد أبي.

الى تلك الإنسانة العظيمة، قدوتي الأولى ونبراسي الذي ينير دربي الى اليد الخفية " أمي الحنون " يقال إن وراء كل رجل عظيم امرأة وأنا أقول وراء كل امرأة ناجحة أم عظيمة تعبت على كل خطواتي ونجاحاتي وسندي عندي ضعفي أدامك الله لنا

الى الضلع الثابت الذي لا ينحني فخري ومن أزال الأشواك عن دربي ليمهد طريق العلم الى قوتي وملاذي بعد الله ومن انتظر هذا اليوم بفارغ الصبر «أبي الغالي "

الى الأيادي الطاهرة من شد الله بهم عضدي فكانوا خير معين " أخواتي وإخواني "كانوا عونا وسندا حنانا ورفاق في هذا الطريق

إلى شخصي المفضل أبي الثاني أماني ومأمني نور السعادة في حياتي أخي " الحاج محمد"

الى الأخت التي أفضلها على نفسي والرفيقة والضل الذي لم يفارقني أبدا والتي علمتني الصبر وكانت الداعم الأول ويدي اليمنى " أختي جمعة" شفاكي الله

الى صديقة المشوار والتي قاسمتني التعب والتي بفضلها أنا هنا ليوم رفيقة الدرب " زينب "

الى صديق الطفولة ورفيقي أخي الذي لم تنجبه أمي والذي لطالما ساندني في كل مصاعب الحياة " الرفيق عمار"

الى من عشت معهم أجمل اللحظات رفيقاتي وصديقاتي القريبات والبعيدات اللواتي لم يتركني وحدي أبدا

اللهم انه ليس بجهدي واجتهادي إنما بتوفيقك وكرمك جعلنا اليوم من "وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين.

وهيبة

شكر وعرفان

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

أتوجه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان لكل من الدكتور الفاضل " فاروق عريشة " حفظه الله وأطال في عمره لتفضله الكريم بالإشراف على هذا العمل وتكرمه بنصحنا وتوجيهنا حتى إتمام هذا العمل.

وأعضاء لجنة المناقشة حفظهم الله لتفضلهم بقبول مناقشة هذا العمل.

وكل الشكر للعائلة الجامعية وكل من بفضله نحن هنا اليوم.

والى كل من ساعدنا وقدم لنا يد العون وثابر معنا لإتمام هده المذكرة.

قائمة المختصرات

الاختصار:	المعنى:
ص	الصفحة
ط	الطبعة
ع	العدد
ج	الجزء
مج	مجلد

مقدمة

جاءت الشريعة الإسلامية وافية لمصالح المجتمع ومنها الأسرة التي تعتبر اللبنة الأساسية لبناء مجتمع متماسك وهذا نعمة من الله عز وجل حيث يسر لعباده العيش في نطاق أسرى أساسه السكينة لقوله تعالى<< ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون>>سورة الروم الآية 21.

وان البحث في إشكاليات شؤون الأسرة يعد من المواضيع الهامة، نظرا لما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات خاصة في مجال العقود، ويعتبر عقد الزواج من بين العقود التي راعتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، فهو ميثاق غليظ يجمع بين الرجل والمرأة لان فيه حفظ للنسل وحفظ للأخلاق من كل النزوات، فقد يميل الإنسان لغريزته فيقع في المحظور، فشرع له الزواج من اجل تكوين أسرة تعتمد في حياتها على الرحمة والمودة، وتحقيق التعاون والمحافظة على عدم اختلاط الأسباب، كما أضفى على العلاقة الزوجية قدسية خاصة توجب الالتزام بما شرعه الله من أحكام حدد بموجبها الحقوق والواجبات بين الزوجين.

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

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذه الدراسة من عدة نواحي يمكن ذكرها فيما يلي:

- موضوع مرتبط بحياتنا اليومية ارتباطا وثيقا، ومتجدد مع ما يقتضيه الواقع الاجتماعي.
- تبيان قاعدة الالتزام في الشريعة الإسلامية، وتوضيح الاحكام المتعلقة بالشروط المقترنة بعقد الزواج.
- حاجة الأزواج الى المشارطات في عقد الزواج بسبب اتساع مجال الحرية الفردية وتعدد الأعراف ورغبة كل زوج في تأسيس أسرته وفقا لظروفه الخاصة.
- تعلقه بأعظم العقود وأخطرها في الوقت ذاته لان موضوعها الحياة الإنسانية التي لا يستغني عن معرفة أحكامها أي فرد في المجتمع سواءا أكان صغيرا أم كبيرا زوجا أو اعزبا.

أسباب اختيار موضوع الدراسة:

تكمن أهم أسباب اختيار الموضوع فيما يلي:

أولا: الأسباب الذاتية

– الميول الشخصي لهذا الموضوع بحكم انه يدخل ضمن التخصص في القانون الخاص، وكثرة طرح تساؤلات المجتمع حوله.

ثانيا: أسباب الموضوعية

- إزالة المشقة للمقبلين على عقد الزواج في معرفة ما يصلح لهم، وما لا يصلح لهم من شروط.
- الرغبة في معرفة أحكام الاشتراط في عقد الزواج.
- محاولة استجلاء بعض الجوانب المتعلقة بالموضوع التي لم تتطرق لها بعض الدراسات.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة الى بيان حكم هذه الشروط في القانون وخاصة قانون الأسرة الجزائري والذي تعد فيه الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس نظرا لسعة الفقه الإسلامي وغزارة إنتاجه الفكري واثبات مرونته وقابليته لمواكبة التغيرات الاجتماعية والاقتصادية وخاصة ما تعلق بالأحوال الشخصية، وكذا الوقوف على أهم الشروط الشائع اشتراطها بين الزوجين ومدى تعامل المشرع الجزائري مع هذه الحالات التي أصبحت تتم في عقود الزواج.

الدراسات السابقة:

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

1. الاشتراط في عقد الزواج . دراسة مقارنة . بين القانون الجزائري والقانون المغربي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تلمسان 2014/2015، بوراق فتيحة، حيث كانت إشكالية البحث تتمحور حول ماهية الشروط المقترنة بعقد الزواج؟ مع وضعه بعض الإشكاليات الفرعية.

2. الاشتراط في عقد الزواج وأثره بين الشريعة والقانون . دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران 2012/2011، سي ناصر بوعلام حيث كانت إشكالية البحث هل على القول بان الأصل في الاشتراط الجواز يبيح للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج ما بدا لهما؟ أم لابد هناك من ضوابط يجب أن يلتزم بها الزوجين عند الاشتراط؟ وما اثر ذلك على عقد الزواج؟.

3. الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر 2014/2013، إيمان لعريبي، حيث كانت إشكالية البحث ما حكم الاشتراط في عقد الزواج فقها وقانونا؟ وما هي مستجدات الأمر 05. 02 المعدل لقانون الأسرة بخصوص الشروط المقترنة بعقد الزواج؟ وما مدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية، وتوفيرها للحماية القانونية لعقد الزواج وحقوق الزوجين المالية وغير المالية؟.

4. الاشتراط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بشار، الجزائر،2007، مسعودي يوسف، حيث كانت الإشكالية هل عقد الزواج بكل ما يحمله من قيم نبيلة يجيز للزوجين إملاء شروطهما وترتيب ما يشاؤون من حقوق وفقا لرغباتهم وأهوائهم التي لا تنتهي عند حد دون الأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة للمجتمع وإرادة الشارع في ترتيب اثأر العقود؟

5. طرشي سمية، الشروط في عقد الزواج . الاحكام والآثار، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، 2014/2015.

6. طاهر فاطمة الزهرة، الشروط التقييدية في عقد الزواج، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم . الجزائر. 2020/2019.

صعوبات الدراسة:

تجدر الإشارة الى انه قد واجهتنا أثناء إعدادنا للبحث بعض الصعوبات أهمها:

- اقتضاب النصوص القانونية المتعلقة بالاشتراط في عقد الزواج.
- نقص المراجع المتخصصة وحتى وان وجدت تتضمن نفس المعلومات وتكرارها.
- ندرة الكتب الناطقة باللغة الأجنبية التي تطرقت الى الموضوع.

منهج الدراسة:

لمعالجة هذه الإشكالية قد اعتمدنا على المنهج الاستقرائي الذي يجمع بين المنهج الوصفي والتحليلي، حيث يظهر المنهج الوصفي من خلال تحديد مختلف المفاهيم المتعلقة بالاشتراط وتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له، أما المنهج التحليلي يظهر من خلال الاحكام القانونية المنظمة للاشتراط خاصة فيما يتعلق بضوابط الاشتراط وكذا المنهج المقارن الذي اعتمدناه في حدود ضيقة من خلال المقارنة بين مختلف الآراء الفقهية وموقف المشرع الجزائري.

إشكالية البحث:

ما مصير عقد الزواج الذي تخلف فيه شرط من الشروط المتفق عليهما بين الزوجين؟

الأسئلة الفرعية:

- هل كل ما اشترطه الزوجين صحيح؟
- . فيما تثمتل الآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشرط؟
- ما حكم الاشتراط في عقد الزواج فقها وقانونا؟

تقسيمات الدراسة:

للإجابة على الإشكالية المطروحة قد اعتمدنا على خطة مقسمة الى فصلين وكل فصل الى مبحثين، فقد تطرقنا في الفصل الأول الى ماهية الاشتراط في عقد الزواج، وذلك من خلال التطرق الى مفهوم الاشتراط في عقد الزواج في المبحث الأول، والشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون المقارن في المبحث الثاني، أما الفصل الثاني خصصناه لدراسة أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج وتنظيم الشروط الإرادية والذي قسمناه الى مبحثين حيث تناولنا أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج في المبحث الأول، ومدى مراقبة وتعديل وإلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج في المبحث الثاني.

الفصل الأول

ماهية الاشتراط في عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج من أسمى العقود التي عرفتها البشرية منذ الأزل، ولقيام هذا النوع من العقود لابد له من شروط وضوابط، التي وضعت سواء من قبل الفقه الإسلامي أو قانون الأسرة الجزائري كما انه يمكن للزوجين وضع بعض الشروط التي لا تكون مخالفة للشريعة الإسلامية ولا للقانون، وكأي موضوع وجب التطرق إلى ماهية الاشتراط في عقد الزواج، وذلك من خلال تحديد مفهوم الاشتراط في عقد الزواج وهو ما سنتناوله في المبحث الأول، ففي المبحث الثاني فسنتطرق إلى الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، وفيما يلي تفصيل ذلك.

المبحث الأول: مفهوم الاشتراط في عقد الزواج

يأخذ الاشتراط في عقد الزواج مفهوما خاصا سيتم تحديده من خلال التعريف به في المطلب الأول، وبيان أقسامه وخصائصه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الاشتراط المقترن بالعقد

لتبيان تعريف الاشتراط المقترن بالعقد، نقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في الفرع الأول تعريف الاشتراط في اللغة وفي الفرع الثاني تعريف الاشتراط في القانون والفقه الإسلامي.

الفرع الأول: تعريف الاشتراط في اللغة

يقصد بالاشتراط إلزام الشيء والتزامه في البيع جمعه شروط.[1]

الاشتراط:العلامة التي يجعلها الناس بينهم [2] والشروط مفردها شرط، ويجمع على شروط واشراط لقوله تعالى (فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء اشراطها فأنى لهم إذا جاءتهم ذكراهم)[3]وتعني اشراطها علاماتها وعلى شرح ابن كثير : أمارات اقترابها فكيف للكافرين بالتذكير إذا جاءتهم القيامة حيث لا ينفعهم ذلك[4].

والشرط عند النحاة: ترتيب أمر على أمر آخر بأداة من أدوات الشرط، مثل: إن وإذا ومهما[5]

1/ التعريف الاصطلاحي للاشتراط:

هو مايتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده وقيل: الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه.[6]

ومن ذلك الشروط في عقد البيع وفي عقد النكاح، هي الشروط التي توضع في العقد ليتم الالتزام بها من أطراف العقد فلا بد من مقارنة الشروط للعقد لترتب الحكم عليها، وبناء على ما سبق فالمراد بالشرط هو إلزام احد المتعاقدين الأخر بسبب العقد ما له فيه منفعة.[7]

---

[1] ابن المنظور، لسان العرب، ج1، مجلد4، دار المعارف، مصر، ص2235.

[2] ابن المنظور، المرجع نفسه، ص2235.

[3] سورة محمد، الاية18.

[4] ابن كثير، تفسير **القران العظيم**، الجزء 04، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 1999، ص457.

[5] رشدي شحاته أبو زيد، **الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 2001، ص28.

[6] حسن عبد الغني أبو غدة، **حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها**، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، 2005، ص23.

[7] عبد الله بن فهد بن إبراهيم الحيد، **اشتراط عدم الإنجاب في عقد النكاح**، مجلة العدل، المجلد/15، العدد/57، 2012، ص125.

وعرفه مصطفى الزرقاء بقوله:" الشرط في اصطلاح الفقهاء والأصوليين، كل أمر ربط به غيره عدما لا وجودا وخارج عن ماهيته أي أن عدم الشرط يستلزم عدم الأمر المشروط له، أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط".[1]

عرفه القرافي ـ رحمه الله ـ بأنه:"ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"[2]

وقيل إن الشرط هو"ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة الحكم، أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط" ومثال ذلك الشروط التي يتطلبها المشرع لإبرام العقود، كشرط الأهلية فإنها إلزامية في كل عقد، حيث أن فاقد الأهلية كالمجنون لا ينعقد عقده. [3]

الفرع الثاني: تعريف الاشتراط في القانون والفقه الإسلامي

بعد أن تعرضنا الى تعريف الشرط لغة واصطلاحا، نتطرق في هذا الفرع للتعريف القانوني للاشتراط (أولا)، ثم التعريف الفقهي للاشتراط (ثانيا).

أولا: التعريف القانوني:حتى نضبط تعريفا للشرط عند القانونيين، نعرج على بعض نصوص القوانين العربية الخاصة بالشرط.

1. الشرط في القانون المدني الجزائري:

نصت المادة 203منه على ما يلي:"يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه".[4]

أي أن في نص المادة 203 يتحدث المشرع الجزائري عن الالتزام الموصوف وفي هذه الحالة يحدد الالتزام المعلق على شرط فيرتبط الالتزام في وجوده أو زواله بالشرط وما يميزه انه أمر مستقبليا يمكن وقوعه أو عدم وقوعه.

2. قانون المعاملات المدنية الإماراتي:

نصت المادة 420من هذا القانون على ما يلي:"الشرط أمر مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه".[5]

---

[1] كريمة محروق، **قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد دراسة تحليلية مقارنة**، الطبعة الأولى، ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، 2019، ص47.

[2] علي بن حمد الصالحي المقعدي، **الشرط المخالف لمقتضى العقد: حقيقته وحكمه وتطبيقاته المعاصر<<عقود المعاوضات المالية أنموذج>>**، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، مصر، المجلد45، العدد3، 2022، ص1443.

[3] فاطمة حداد وحجاب ياسين، **الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدوديته الممارسة**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد02، العدد05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف ـ المسيلة ـ الجزائر، 2017، ص242.

[4] الأمر 75 ـ 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[5] قانون المعاملات المدنية، الإمارات، (1985/05).

المشرع الإماراتي أكثر وضوحا في نص المادة 420 أي انه إذا توقف الشرط على إنشاء الالتزام فهو واقف وإذا توقف على زواله فهو فاسخ.

3. مجلة الالتزامات والعقود التونسية:

جاء في الفصل 116 من هذه المجلة ما يلي:"الشرط تصريح بمراد المتعاقدين وبموجبه يعلق وجود الالتزام أو انقضاؤه بأمر مستقبل غير متحقق الوجود والأمر المتحقق الوجود وقت التعاقد أو قبله لا يعد شرطا ولو جهل المتعاقدان وجوده".[1]

المشرع التونسي أيضا تحدث عن الالتزام الموصوف في المادة 116 وفي هذه الحالة يحدد الالتزام المعلق على شرط فيرتبط الالتزام في وجوده أو زواله بالشرط وما يميزه انه أمر مستقبليا يمكن وقوعه أو عدم وقوعه.

ثانيا: تعريف الاشتراط في الفقه الإسلامي:

الشرط هو مالا يوجد المشروط مع عدمه ولا يلزم أن يوجد عند وجوده.[2]

أي أن المشروط لا يمكن أن يوجد دون الشرط، ولكن وجود الشرط لا يعني وجود المشروط، أي أن وجود الشرط لا يؤثر في وجود المشروط فالفقهاء كثيرا ما يتطرقون إلى حقيقة الشرط عند ذكر شروط عبادة أو معاملة ما، كشروط الصلاة مثلا وشروط البيع، لان غايتهم في ذلك ليس ضبط حقيقة ومفهوم الشرط بقدر ما يعنيهم تطبيقه على فروع الفقه.[3]

المطلب الثاني: أقسام الاشتراط وخصائصه.

استنادا إلى ما سبق من تعريف للشرط يمكننا استخلاص المقومات الأساسية التي يقوم عليها الشرط من خلال دراستنا لأقسام الاشتراط، في الفرع الأول والخصائص المميزة له في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أقسام الاشتراط:

الشرط في الفقه الإسلامي يؤثر في التصرف الإرادي وبالتالي تعالج أحكامه من خلال أحكام العقود، على أساس انه وصف للتراضي، ولما كانت الشروط أنواعا متعددة لزم الحديث عن أنواع هذه الشروط في الفقه الإسلامي .[1]

أولا: من حيث المصدر: أن هذا المنهج اخذ به الأصوليين، والذين قسموا الشرط من حيث مصدره إلى عدة أقسام هي:

---

[1] قانون عدد87 لسنة 2005مؤرخ في 15 أوت 2005 يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي، عدد68 المؤرخ في: 15 أوت 2005م.

[2] موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي، **روضة الناظر وجنة المناظر**، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق ـ سوريا، 2009، ص84.

[3] سي ناصر بوعلام، **الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية**، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السانية، الجزائر، 2012/2011، ص17.

1. الشرط القانوني والشرعي: أن الشرط القانوني في اصطلاح القانون الوضعي، هو الشرط الذي يكون اشتراطه بحكم نص قانوني[2]، كشرط الأهلية الذي نص عليه كل من المشرع الجزائري في المادة 78من القانون المدني الجزائري[3].

والشرط الشرعي هو ما اشترطه الشارع للأحكام والتصرفات مثل الشروط التي وردت في المعاملات وإقامة الحدود كالطهارة والصلاة[4]

فالشرط الشرعي هو ما يتوقف عليه وجود الشيء في الواقع أو بحكم الشارع حتى لايصح الحكم بدونه، وهذا كالشهود للنكاح، فقد أراد الله تعالى أن يحوط عقد النكاح بضمانات تكفل استقراره وتضمن عدم إنكاره نظرا لما لهذا العقد من أهداف كبيرة تتمثل في الحفاظ على الأنساب وكرامة الأسرة، فجعل الشارع الحكيم الشهادة شرطا لصحة عقد النكاح، فإذ لم يوجد الشهود لا يصح عقد النكاح، وهذا الارتباط بين الشهود وعقد النكاح ارتباط أوجبه الشارع وأراده لمصلحة الجماعة وهو ارتباط شرعي[5].

2. شرط التعليق (الشرط الجعلي): يطلق عليه الشرط اللغوي، نظرا لما احتوى عليه من الشرط والجزاء، كما يطلق عليه الشرط الجعلي، لان المكلف هو الذي جعله شرطا وعلق قيام العقد عليه، كما يسمى العقد المعلق على شرط عقدا معلقا.

وهذا الشرط هو:"أمر يعتبره المكلف ويعلق عليه تصرفا من تصرفاته"والتعليق إما أن يكون بكلمة الشرط (كان وإذا، وإذا ما، وكل، وكلما ...الخ) أو بدلالة كلمة الشرط.

المثال الأول: أن يقول إن سافرت إلى الخارج فقد وكلتك في بيع داري، فقد علق المكلف في هذا المثال بفعله وإرادته الوكالة على سفره إلى الخارج، وهو أمر اعتبره وعلق على حدوثه صدور العقد الذي أراده، مستعملا في ذلك كلمة الشرط "أن"، فإذا حدث هذا الأمر الذي اعتبره، وهو سفره إلى الخارج تمت الوكالة للشخص في بيع هذا الدار

---

[1]رشدي شحاته أبو زيد، المرجع السابق، ص51.

[2]بوراق فتيحة، **الاشتراط في عقد الزواج ـ دراسة مقارنة ـ بين القانون الجزائري والمغربي**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ـ تلمسان ـ الجزائر، 2016/2015، ص22.

[3]الأمر رقم 58.75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني (الجريدة الرسمية عدد78 لسنة 1975).

[4]فاطمة بنت عبد الله عبد الرحمن التميمي، **الشرط لجعلي حقيقته وأنواعه وشروطه**، مجلة الدراسات العربية، المجلد/44، العدد03، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، مصر، 2021، ص1222.

[5]سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص24.

المثال الثاني: أن يكون التعليق بدلالة كلمة الشرط، وذلك بان يدل الكلام على التعليق دلالة كلمة الشرط عليه، كقوله المكافأة التي أنالها هذا العام صدقة على الفقراء، فقد علق الحكم هنا وهو الصدقة على نيل المكافأة هذا العام، وترتب على الحكم تعليق له بهذا الوصف كالشرط، كأنه قال إن نلت مكافأة في هذا العام فهي صدقة على الفقراء[1].

ثانيا:من حيث مشروعيته:

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

ب . شرط غير ملائم للمشروط بل هو مناف لمقتضاه: كما لو اشترط الزوج في عقد الزواج أن لا ينفق على الزوجة.[2]

ج . **شرط لا ينافي مقتضى العقد ويحقق مصلحة احد المتعاقدين أو كلاهما** : وهذا الشرط لا يقتضيه العقد أي لا يعرف مدى ملاءمته للعقد، كاشتراط المرأة على زوجها مزاولة عملها[3].

3. الشرط العرفي: هو ما يتقيد به التصرف بناء على ما اعتاده جمهور الناس وما ألفوه من قول أو فعل، تكرر مرة بعد أخر، حتى تمكن أثره في نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول، ومن أمثلة ذلك العرف الذي تعرفه بعض البلدان الإسلامية بتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل بنسبة يختلف مقدارها من بلد إلى أخر، ويشترط العرف حتى يكون معتبرا في نظر الشرع توافر بعض الشروط نذكر من بينهما ما يلي:

. أن يكون العرف مطردا أو غالبا.

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

. ألا يعارض العرف نصا شرعيا ولا نصا قانونيا[4].

ولقد اختلف الفقه في مدى تقييد العقود والتصرفات بالشرط العرفي بين مؤيد ومعارض، أما القانون الوضعي فقد حسم الأمر بقاعدة إجرائية مفادها انه لا يؤخذ بأي شرط إلا إذا كان مقيد في العقد أو عقد رسمي لاحق، فمن يحرص على شرط معين فيجب عليه أن يحرص على كتابته في العقد، إذا كان راغبا فعلا في أن لا يفوته مضمون الشرط[5].

---

[1] حسن علي الشاذلي، **نظرية الشرط في الفقه الإسلامي**، الطبعة الأولى، دار كنوز اشبيليا، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص60.

[2] نشوة العلواني، **عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد**، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت . لبنان، 2003، ص46.

[3] بوراق فتيحة، المرجع السابق، ص22.

[4] نشوة العلواني، المرجع نفسه، ص89.

[5] مسعودي يوسف، **الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة بشار، الجزائر، 2007، ص17.

ونظرا لأهمية هذه القاعدة الإجرائية في ضمان استقرار المعاملات والعقود، ولتفادي المنازعات أمام الساحات القضائية، فقررت معظم التشريعات العربية الأخذ بهذه القاعدة ومثاله المادة 19من قانون الأسرة الجزائري [1].

ثالثا: من **حيث وظيفته**

1 اشتراط التعليق: وهو ربط حصول أمر بحصول أمر أخر، وهذا النوع من الشروط لا يوجب تكليفا زائدا على مقتضى العقد، وإنما يقيد تعليق التصرف على حصول أمر في المستقبل محتمل الحدوث بأداة من أدوات التعليق، بان يقول مثلا :"إذا جاء زيد من سفره فقد بعتك داري بثمن قدره كذا "، ويسمى هذا النوع من الشروط بالشروط الجعلية وهو يقابل الشرط الشرعي، وسمي جعليا لأنه من جعل المكلف ووضعه فهو الذي اعتبره وعلق عليه تصرفاته بأدوات الشرط ونحوها[2].

2 اشتراط التقييد: ويسمى بالإلزامي، ومعناه التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة.

أي التزام المتصرف في تصرفه أمر زائدا على أصل ذلك التصرف، سواء كان هذا الالتزام مما يقتضيه ذلك التصرف بان كان أثرا من أثاره أم لم يكن كذلك، وسواء أكان فيه منفعة لمن التزم به أو لغيره، أو ما يكن فيه منفعة لأحد.

ويصاغ الشرط المقترن بالعقد عادة بكلمة (على أن)، (أو على شرط أن) وغيره من الصيغ التي تفيد معنى تقييد العقد بهذا الشرط[3].

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن الشرط يوجب تكليفا في تصرف قولي، سواء أكان عقدا بين طرفين من عقود المبادلات المالية أم غير المالية، أم كان تصرفا انفراديا كالهبة والوصية[4].

3. اشتراط الإضافة:هو الشرط الذي يقصد به تأخير سريان أحكام العقد إلى زمن المستقبل، كالاتفاق على بدء الإجازة من يوم معين. وحكمه: أن العقد ينعقد في الحال سببا للحاكم في المستقبل، فهو عقد قائم بين المتعاقدين منذ إنشاء الإضافة.[5]

الفرع الثاني:خصائص الاشتراط.

للشرط المقترن بالعقد خصائص هي:

1. انه أمر زائد على أصل التصرف.

وهذا يعني أن العقد يتم ما دام قد استوفى أركانه وشروطه بدون هذا الشرط الذي اقترن به طالما انه أمر زائد**1**.

---

[1]الأمر رقم05. 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[2]علي بن حمد الصالحي المقعدي، المرجع السابق، ص1445.

[3]فاطمة بنت عبد الله عبد الرحمن التميمي، المرجع السابق، ص29.

[4]سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص27.

[5]وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار الفكر، الجزائر، 1986، ص102.

فلو اشترطت المرأة في عقد الزواج كفيلا لضمان المهر وقبل بذلك الزوج، فان اشتراط الكفيل لضمان المهر أمر زائد عن عقد الزواج لأنه ينعقد بدون هذا الشرط، ولا يتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط، ونفس الحكم ينطبق على بقية أنواع العقود.[2]

2. انه يرد في صلب العقد.

الشرط إما أن يذكر في أثناء العقد مقترنا بالصيغة الدالة على إنشائه، وفي هذه الحالة يسمى شرطا مقارنا. وإما أن يحصل الاتفاق عليه قبل إنشاء العقد وإبرامه ولا يرد له ذكر في أثناء العقد لا بالإثبات أو بالنفي ويسمى شرطا سابقا.

وإما أن يحصل الاتفاق عليه بعد إنشاء العقد وإبرامه ويقال له الشرط اللاحق أو المتأخر.

وحتى يمكن النظر في مدى صحة الشرط المقترن بعقد النكاح والاعتداد به من عدمه يجب أن يرد ما يشترطه أحد الزوجين على الأخر من شروط في صلب العقد أو يتفق عليه الزوجان قبل العقد. أماما يشترطه احد الزوجين من شروط بعد انعقاد العقد ولزومه فلا يعتد به ولا يلزم الطرف الأخر لفوات محله[3].

3. انه أمر مستقبل.

يجب أن يكون الشرط المقترن بالعقد متضمن لالتزام أمر سيوجد في المستقبل وغير موجود في الماضي ولا في الحال. وذلك حتى يتمكن الطرف الملتزم من الوفاء به نحو الطرف الأخر وهو المشترط، فإذا كان الأمر المشترط واقعا بالفعل، لم يكن في اشتراطه فائدة أو مصلحة، بل أن شرطه يكون نوعا من العبث لأنه تحصيل حاصل.

فلو قال رجل لأخر زوجني ابنتك، فقال زوجتها من فلان، قبل هذا، فكذبه الخاطب فقال إن لم أكن زوجتها من فلان، فقد زوجتها منك، وقبل الأخر فظهر كذبه فان العقد ينعقد في الحال، إذ التعليق بشرط كائن تحقيق. وكذلك لو قال لزوجته أنت طالق أن كانت السماء فوقنا والأرض تحتنا، فإنها تطلق في الحال[4].

4. الشرط أمر محتمل الوقوع:

يصرح الفقهاء بأنه يلزم أن يكون الشرط مقدورا على القيام به، أي: ممكن الوقوع في المستقبل، لان الشرط إذا كان مستحيل الوقوع كان اشتراطه دليلا على عدم الرغبة في إتمام التصرف.

---

[1] شمس الدين محمد حامد، **حكم اشتراط المرأة عدم الزواج عليها: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية**، مجلة الأمن والقانون، المجلد/23، العدد/02، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات، دبي، 2013، ص105.

[2] فاطمة حداد وحجاب ياسين، **المرجع السابق**، ص243.

[3] رشدي شحاته أبو زيد، المرجع السابق، ص46.

[4] رشدي شحاته أبو زيد، المرجع نفسه، ص48.

وفي هذا الشأن يقول العاملي في مفتاح الكرامة(730/4):"... الإجماع على صحة اشتراط ما يمكن تسليمه..." ثم يقول:" لا خلاف في انه يجوز أن يشترط الإنسان على البائع شيئا من أفعاله إذا كانت مقدورة له".[1]

5. يمكن أن يجعله أحد الزوجين بيده أو بيد غيره:

فكل شرط يجعله احد الزوجين بيده، أو يجعله احدهما بيد غيره، فان كان سبب ذلك فعلا يفعله الزوج فهو جائز لازم للزوج، مثل أن يشترط لها انه متى سافر بها فأمرها بيدها، أو بيد أبيها، وان كان سببه فعل غير الزوج، لم ينفذ ولم يلزم الزوج.[2]

6. يجب أن يكون المشروط مشروعا:

وهذا الأمر لا شك فيه فان الشريعة الإسلامية التي تقضي بالوفاء بالشروط لا تسمح بصحة شرط يخالف ما شرعه الله، وكيف تصون الشريعة شرطا لا يصون تعاليمها ولا يحافظ على ما جاءت به من أحكام؟

قال عليه الصلاة والسلام:<<المؤمنون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو احل حراما >> فكل شرط يقضي بتحليل ما حرمه الشارع أو بتحريم ما حلله الشارع لا يصح ويكون باطلا، والعبرة في الحل والحرمة بما يكون كذلك في أصل الشرع دون النظر إلى العقد على ما سيأتي إيضاحه.[3]

7. انه أمر إرادي:

فالشرط المقترن بالعقد يشترطه العاقد بإرادته واختياره، على العكس من الشرط الشرعي الذي يقضي به الشارع. [4]

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون المقارن.

بعد تناولنا لمفهوم الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون كمبحث أول، سندرج كمبحث ثاني الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون المقارن من خلال مطلبين، جاء المطلب الأول متناولا تصنيفات الشروط وضوابط اشراطها، أما الثاني فقد جاء ليبين مضمون الشرط المقترن بعقد الزواج.

المطلب الأول: تصنيفات الشروط وضوابط اشراطها.

أجاز المشرع الجزائري كما هو الحال بالنسبة للتشريعات العربية الشروط المقترنة بعقد الزواج حفاظا على العلاقة شريطة إن تكون في إطار الشرع والقانون، وعليه انطلاقا من نص المادة 19 من قانون الأسرة سأركز على بيان حكم هذه الشروط في

[1] حسن علي الشاذلي، المرجع السابق، ص63.

[2] شمس الدين محمد حامد، المرجع السابق، ص106.

[3] حسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص66.

[4] شمس الدين محمد حامد، المرجع نفسه، ص107.

عقد الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة[1]وهذا ما لا يتضح إلا من خلال بيان تصنيفات الشروط في الفرع الأول وضوابط اشتراطها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تصنيفات الشروط.

من خلال هذا الفرع سنتعرف على حكم الشرط المقترن بعقد الزواج (أولا) والرأي القائل بان الأصل في الاشتراط الإباحة (ثانيا).

أولا: حكم الشرط المقترن بعقد الزواج.

للفقه الإسلامي اتجاهات بشأن هذه المكنة في الاتصال بآثار العقد عن طريق الاشتراط، فمنهم المضيق المانع لأي تعديل للعقد عن طريق الاشتراط ما لم يرد بذلك نص أو انعقد عليه إجماع، وأنصار هذا الاتجاه هم الظاهرية وقد قالوا بالحظر في باب الاشتراط، وضيقوا كثيرا في تعاملهم مع الحرية التعاقدية، مما جعل قولهم هو الأكثر تشددا مقارنة بباقي المذاهب الإسلامية.[2]

1. الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الحظر.

يمثل هذا الرأي مذهب الظاهرية المتمثلون في إتباع داوود بن علي وابن حزم الأندلسي، إضافة إلى رأي كل من الحنفية والمالكية والشافعية الذين يتمسكون بظاهر النصوص ويقفون عندها، فإرادة الإنسان حسب هذا الرأي لا تنشا من العقود والشروط إلا ما نص الشارع على إباحته، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك إنشاؤه، وان فعلته كان باطلا فهذه المذاهب تتفق مبدئيا على أن الأصل في الاشتراط الحظر يتمسك أصحابها جميعا بهذا المبدأ إجمالا، وان اختلفوا في التفصيلات.[3]

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الأصل في العقود والشروط هو الحظر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان على الإباحة، ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه وصحته.[4] فالشروط الجائزة هي التي توافق مقتضى العقد وتلائم حكمه، أو التي يدل على مشروعيتها دليل معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية. واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: "ومن يتعدى حدود الله فأولئك هم الظالمون"،

---

[1] إيمان لعريبي، **الشروط المقترنة بعقد الزواج، قانون الأسرة**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014/2013، ص34.

[2] كريمة محروق، المرجع السابق، ص48.

[3] عبد الكريم زيدان، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة، دار عمر بن الخطاب، بيروت، لبنان، 2002، ص393.

[4] فاطمة حداد وحجاب ياسين، المرجع السابق، ص245.

[1] ووجه الدلالة من هذه الآيات إن الله سبحانه وتعالى بين لنا الحدود التي لا يصح لعباده أن يتجاوزوها، ومن تم فإن كل شرط لم يرد به دليل معين يكون تعديا لحدود الشريعة لا يجب الوفاء به .[2]

وتقوم نظرية مقتضى العقد على أساس إن إرادة الزوجين لا تنشا عقدا بقدر ما تحقق انضمامها إلى نظام قانوني، بحيث تقتصر إرادتهما في الرغبة والاتجاه نحو إبرام عقد الزواج وليس لهما مناقشة أو تعديل أثاره، وفي هذا تغليب لمصلحة المجتمع على المصالح الخاصة للأفراد وتحقيق استقرار النظام العام.[3] لقد أغلق أصحاب هذا الرأي باب الشروط، ولم يفتحوه إلا بقدر معلوم مختلف سعة وضيقا تبعا واختلاف نظرته بالأخذ بالأدلة الشرعية، وتبعا لاختلاف نظرتهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد وملاءته لحكمته وانتفاء ذاك.[4]

ثانيا: الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة

يمثل أصحاب هذا الرأي مذهب الحنابلة، وعلى رأسهم ابن تيمية و تلميذه ابن القيم [5]وطائفة من فقهاء المالكية، وهو الرأي ذاته القائل بحرية التعاقد في الفقه الإسلامي، بان حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد والعقود مركبة على الشروط. وحسب أنصار هذا الرأي، فإن للإفراد أن يبتعدوا صورا جديدة من العقود والشروط على إن يكون ذلك في دائرة معينة هي دائرة الحلال والمباح ولا تمتد هذه الحرية إلى دائرة الحرام. لان الإرادة في نظرهم كافية لتحقيق الالتزامات، فالله تعالى أمر بالوفاء بالعقود والنذور والعهود على وجه العموم ولم يستثني منها إلا ما كان محرما بنصوص الكتاب والسنة، بل إن الله تعالى أمر المسلمين بالوفاء بعهودهم حتى مع المشركين، وهذا كله دليل على أن إرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حرة في تصرفاتها. [6]واستدلوا على ذلك في الآية الكريمة التي أوجبت الوفاء بالعقود، وهي قوله تعالى:"يأيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود".[7]

استنادا إلى ما سبق قسم الفقهاء هذا المذهب إلى تقسيمات مختلفة وهي كالتالي:

الشروط الصحيحة والشروط الباطلة وشروط لايقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وبها منفعة.

1. الشروط الصحيحة:

تقسم الى الشروط الصحيحة وموقف قانون الأسرة الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج والشروط التي جرى بها العرف.

---

[1] سورة البقرة، الاية227.

[2] نشوة العلواني، المرجع السابق، ص95.

[3] محمد كمال الدين إمام، **الزواج في الفقه الإسلامي، منشاة المعارف**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1998، ص72.

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

[5] رشدي شحاته أبو زيد، المرجع السابق، ص94.

[6] فاطمة حداد وحجاب ياسين، المرجع السابق، ص246.

[7] سورة المائدة، الاية1.

ا. الشروط الصحيحة

حتى يكون الشرط صحيحا عند الحنابلة لابد من أن يتوفر في ثلاثة أمور جوهرية:

. عدم وجود نهي من الشارع.

. أن يحقق الشرط منفعة مشروعة.

. ألا يكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد.

وما نلاحظه أن الحنابلة وسعوا مجال الشروط مقارنة بالحنفية، لكونهم قد أجازوا الشروط التي سكت عنها الشارع طالما أنها لا تعارض مقتضى العقد، ومثالها: اشتراط الزوج أن يكون له الحق في طلاق الزوجة، واشتراط المرأة تعجيل بعض المهر، واشتراط الزوجة أن يكون الزوج شابا جميلا صحيحا، فهي شروط صحيحة ومتفرعة إلى شروط معتبرة بدليل دال عليها، وإما شروط سكت الشارع عنها وان تنوعت وتعددت فان اشترطت وجب الوفاء بها، وأساسهم في ذلك ارتباط الشرط برضا المتعاقد المشترط، فإذا لم يوف بالشرط فات الرضا.

وفي هذا يستدل الحنابلة بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:<<إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج >>[1].

الرأي الراجح

إن الأخذ برأي الحنابلة في حرية الاشتراط في عقد الزواج يكون هو الرأي الأرجح، بشرط الا يتنافى ذلك مع مقتضى عقد الزواج. وهكذا نجد إن حرية الإرادة في اشراط الشروط في عقد الزواج تنعدم عند مذهب الظاهرية، فالأصل عندهم هو المنع التام، لأنهم حصروا الاستدلال بالأدلة الشرعية بالكتاب والسنة، تم تخف درجة التقييد من حرية الإرادة عند كل من فقهاء المذهب الحنفي والشافعي والمالكي، وهذا لإقرارهم الأخذ ببعض الأدلة الشرعية كالمصالح المرسلة والاستحسان والعرف، إلى أن تتسع دائرة الإباحة عند جمهور الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، حيث أجاز الحنابلة للزوجين اشتراط الشروط التي تحقق منفعة مقصودة، ولا تتعارض مع مقتضى عقد الزواج ونصوص الشريعة، وراع الحنابلة في إباحة هذه الشروط ما للزواج من جانب كبير من القدسية، وكذلك الدور الذي تقوم به هذه الشروط في الحفاظ على

[1] فتيحة يعقوبي وربيعة حزاب، **الشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري دراسة نقدية تحليلية للمادة 19**، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد/20، العدد/01، 2019، ص 548.

استقرار الأسرة لذلك كانت رعاية الشروط التي ترد في عقد الزواج وفيها منفعة للزوجين أو احدهما اوجب وألزم من العقود الأخرى.[1]

ب . موقف قانون الأسرة الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج.

لا يختلف موقف المشرع الجزائري عما ذهب إليه الفقه الحنبلي من أن الأصل في الاشتراط الإباحة ما لم يقم الدليل على المنع وهذا ما يبدو واضحا من أحكام نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على انه:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أطلق السلطان لإرادة الزوجين اشتراط الشروط التي تحقق مصالحهم، ما لم تتعارض هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة. وباستقرار نص المادة 19 نجد المشرع الجزائري أكد على شرطي عدم تعدد الزوجات، وشرط عما المرأة، حيث اعتبرت المادة 67من قانون الأسرة انه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وهذه دلالة واضحة من المشرع في التأكيد على أحقية المرأة في العمل.

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

1. تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخروج للعمل كأن تظهر بمظهر المتبرجة أو بصورة تدعو إلى الفتنة.

2منافاة خروج المرأة للعمل مع مصلحة الأسرة وهي مسالة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، يراعي في ذلك مدى تأثير المرأة على صحة الزوجة وأيضا مدى تأثير عملها على أداء واجباتها الزوجية.[2]

ج . الشروط التي جرى بها العرف

إن الشروط العامة التي وضعها الفقهاء لانعقاد صحة ونفاذ ولزوم الزواج هي ذاتها الشروط اللازمة لصحة وانعقاد الزواج العرفي تتمثل في:

1: شروط الإيجاب والقبول

يشترط لكي يكون الزواج العرفي صحيحا من حيث الانعقاد أن تتوفر فيه الشروط العامة الأساسية لانعقاد أي عقد من العقود وتلك الشروط تتمثل في توافر الإيجاب والقبول الصحيحين اللازمين لأي عقد من العقود.

ويشرط في الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد العقد توافر الشروط الآتية:

ا. أن يكون كل من العاقدين مميزا

[1] فاطمة حداد وحجاب ياسين، المرجع السابق، 247.

[2] فاطمة حداد وحجاب ياسين، المرجع نفسه، ص250.

فلا يكون أيا منهم فاقد للأهلية مثل الصغير غير المميز أو المجنون، أما ناقص الأهلية فان عقد الزواج بالنيابة عن غيره صحيح أما عقده لنفسه موقوف على إيجازه من يملك الإجازة.

ب ـ اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ج ـ عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل القبول.

د ـ موافقة القبول للإيجاب.[1]

2: ألفاظ الإيجاب والقبول:

كما ينعقد الزواج باتفاق فقهاء بلفظ النكاح أي ينعقد بلفظ الزواج وفيما عدا ذلك فقد اختلف الفقهاء وذلك على النحو التالي:

أ. إذا كانت لغة أحد الزوجين غير العربية أو لغة كلاهما فان الزواج ينعقد باللغة العربية.

ب ـ يجوز العقد بالإشارة المفهمة لمعنى الزواج إذا كان أحد الطرفين لا يستطيع الكلام ولا يعرف الكتابة.

3. يصح الإيجاب والقبول بالمكاتبة أو بالرسول إذ لم يكن العاقدان في مكان واحد، ويشترط إن يكون الإيجاب بالقبول على أن يكون ذلك بحضور شهود يعلمون مضمون الكتاب ويشهدون على الإيجاب بان تقول الزوجة مثلا: زوجت نفسي منه أو قبلت.

3: شروط الصيغة

أ. يجب أن تكون الصيغة منجزة غير مضافة إلى زمن مستقبل وغير معلقة على أمر مستقبل.

ب ـ يجب أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد حسب العرف السائد.

ج ـ يجب أن يسمع كل من العاقدين كلام الأخر ويفهم أن المقصود منه هو إنشاء عقد الزواج.[2]

2. الشروط الباطلة:

اجمع الفقهاء على بطلانها وتقسم إلى:

ا. الشروط الباطلة:

هي كشرط دل على بطلانه أدلة شرعية، أو كانت مناقضة لمقتضيات عقد الزواج كاشتراط الزوجة على زوجها طلاق الضرة، أو عدم الإنفاق على الضرة، أو اشتراطها الخروج من بيت الزوجية في أي وقت تشاؤمه، فهذه شروط باطلة لان شرط

[1] حامد الشريف، **الزواج العرفي من النواحي الشرعية والقانونية والاجتماعية**، الطبعة الثانية، المكتبة العالمية، الإسكندرية، مصر، 992، ص33.

[2] حامد الشريف، المرجع نفسه، ص34.

طلاق الضرة منهي عنه، والبقية شروط تنافي مقتضى العقد، وقد سئل سماحة المفتي محمد بن إبراهيم عن اشتراط الزوجة طلاق الضرة، فأجاب: "إذا اشترطت طلاق ضرتها صح، هذا قول أبي الخطاب والقول الثاني انه ليس صحيحا وهو اختيار الشيخ تقي الدين، وهذا هو الصحيح انه لا يحل إن تشرطه وأنها لو اشترطته فهو لاغ، لحديث:"كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"، وفي الحديث الأخر:" لا تسال المرأة طلاق أختها لتكفا ما في صفحتها"، فإذا اشترطته واصطبر بذلك ولا زوجت إلا على ذلك ولو علمت أنها تبقى ما رضيت بالتزويج وهي تعلم التحريم فشرطها لاغ فان المرأة هنا إذا علمت وعصت تعاقب أن لا تعوض شيئا وان جهلت ملكت الفسخ لأنه ما سلم لها ما عقدت عليه".[1]

ب . الشروط المناقضة لمقتضى العقد:

اتفق جمهور الفقهاء على أن الشروط التي تقترن بعقد الزواج وتناقض مقتضاه وتنافى مقاصده أو تؤدي إلى مجرد الإخلال بهذه المقاصد الأساسية تعتبر شروط فاسدة، ومن تم فلا يجب مراعاتها ولا يصح العمل بها وأشير فيما يلي إلى هذه الشروط في قسمين:

1. الشروط التي يشترطها الزوج وتخالف مقتضى عقد الزواج.

أ. اشتراط الزوج على الزوجة ألا يكون لها مهر.

إذا اقترن عقد الزواج بمثل هدا الشرط فانه يكون هذا الشرط باطل باتفاق الفقهاء، وذلك لمناقضته لمقتضى عقد الزواج.

وقد يعتقد البعض أن دفع المهر للمرأة ليس ركنا ولا شرطا في عقد الزواج، ومن تم يكون هذا الشرط صحيح[2]، وهذا ما أوردته المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري:"إذا تم الزواج بدون شاهدين، أو صداق، أو ولي في حال وجوبه يفسخ قبل الدخول، ولا صداق بعد الدخول فيه، ويثبت بصداق المثل".[3]

ب . اشتراط الزوج على زوجته ألا يعاشرها بالمعروف وان يقسم لها اقل أو اكتر من ضرتها.

هذا الشرط يناقض مقتضى العقد، لان الشرع الإسلامي يوجب على كل رجل أن يعاشر زوجته معاشرة حسنة وجعل هذه المعاشرة الحسنة حق من حقوق الزوجة، فلا يسيء إليها بلسانه أو فعله ولا يضلهما ولا يحتقرها، لقوله تعالى:" وعاشروهن بالمعروف". وقوله صلى الله عليه وسلم " أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا وخياركم خياركم لنسائهم".

ج . اشتراط الرجل على من يريد الزواج بها ألا ينفق عليها، أو هي التي تنفق عليه

---

[1] فتيحة يعقوبي وربيعة حزاب، المرجع السابق، ص 549.

[2] رشدي شحاتة، المرجع، السابق، ص413.

[3] قانون رقم84. 11 مؤرخ في9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم05. 02 المؤرخ في 25 فبراير 2005.

هذا الشرط باطل باتفاق الفقهاء، لأنه شرط مناقض لمقتضى عقد الزواج.

لان الزوج هو الملزم بالإنفاق على أسرته بمقتضى عقد الزواج. فالزوج ملزم بالإنفاق على زوجته حتى ولو كانت غنية ذات مال.[1]

2. الشروط المنهي عنها شرعا:

هناك شروط نهى الشارع عنها ويحرم الوفاء بها. منها أن تشترط المرأة عند الزواج طلاق ضرتها. عن أبي هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قد نهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه أو يبيع على بيعه، ولا تسال المرأة عن طلاق أختها لتكفئ ما صحفتها أو إنائها فإنما زرقها على الله. فالحديث فيه نهي المرأة الأجنبية أن تسال رجلا طلاق زوجته وان يتزوجها وعن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "لا يحل أن تنكح امرأة بطلاق أخرى " هذا النهي دلالته فساد المنهي عنه ولأنها شرطت على الرجل فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته فلم يصح.[2]

3 . شروط لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وبها منفعة.

إلى جانب الشروط الصحيحة و الشروط الباطلة التي سبق تبيانها، أورد فقهاء المذاهب الفقهية نوعا ثالثا من الشروط المقترنة بعقد الزواج ألا وهي الشروط التي يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وبها منفعة ومن أمثلة هذه الشروط شرط الزوجة على الزوج أن لا يخرجها من بلدها، أو من بيت أهلها، أو من منزل أبيها في حين أنها ملزمة بالطاعة في الأصل، وان يسكنها في مسكن بمواصفات معينة كشقة وسط البلد .أو بالمقابل اشتراط الزوج على زوجته إلا مهر لها، أو اشتراط الأوصاف: كاشتراط احدهما صفة مقصودة في الأخر كاليسار أو الغنى، وكونه ذا مال، وكالشباب وحداثة السن، وان تكون المرأة بكرا، أو جميلة خالية من كل العيوب التي لا يثبت بها خيار فسخ الزواج كالعرج مثلا.[1]

الفرع الثاني: ضوابط اشتراطها.

إن الفقه الإسلامي وقانون الأسرة منحا للزوجين بإضافة شروط في عقد زواجهما كونها تحقق منفعة لإحداهما أو كلاهما، وتوضيحا لهذه المسالة التي سنتناول فيها أولا الضوابط الفقهية للاشتراط ثم نعرج للضوابط القانونية.

[1] رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص418.

[2] احمد نصر الجندي، **شرح قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة**، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية . دار شتات للنشر، مصر . الإمارات، 2017، ص155.

أولا: الضوابط الفقهية للاشتراط في عقد الزواج

1. التضييق على الإرادة في الشروط

يرى أصحاب هذا الرأي أن الأصل في الشروط المنع والحظر والتقييد فلا تجوز الشروط إلا ما ورد به الشرط وأجازه وهؤلاء هم من يتمسكون بنظرية مقتضى العقد على رأسهم المذهب الظاهري ومتفق عليه عند الشافعية والمالكية والحنفية لكن الخلاف بينهم في ضوابط تصحيح الشروط لمعرفة هذه الضوابط لابد من إيراد أراء هذه المذاهب كالآتي:[2]

ا. ضوابط الشروط المقترنة بالعقد عند المذهب الظاهري:

يرى أهل الظاهر أن الأصل في الشروط الحظر فلا يجوز تقييد العقود بالشروط إلا إذا أنصف الشارع على جوازه فلم يصححوا لا عقدا ولا شرطا إلا ما يثبت جوازه بنص أو إجماع، لذلك حددوا الشروط الصحيحة في سبعة شروط ليؤكدوا من خلالها تمسكهم بظاهر النصوص وعدم إباحة شرط لم يرد بالكتاب والسنة. فالشروط عندهم معتبرة لان الالتزامات لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإيراداتهم ولكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم وما كان منها غير وارد من الشارع لا ينال قوة التنفيذ واستندوا إلى أدلة من الكتاب والسنة وذلك في قوله تعالى:" اليوم أكملت لكم دينكم". وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم (ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله)

وعليه نستنتج من هذا المذهب أن الضابط في الشروط أنها باطلة ما لم يرد فيها نص في القران والسنة ويتجه المذهب لإبطال الشروط الفاسدة المنافية لطبيعة العقد في الواقع العلمي.[3]

ب . ضوابط الشروط المقترنة بالعقد عند المذهب الشافعي

يتفق الشافعية مع الظاهرية بان الأصل في الشروط الحظر إلا أنهم يختلفون معهم في توسيع دائرة الشروط الصحيحة فاشترطوا لذلك ضابطين: الأول ألا يخالف مقتضى العقد والثاني أن تتضمن معنى من معاني البر، وتستندوا في ذلك إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع). واستندوا أيضا على أساس المصلحة والقياس لأنه مما تدعو الحاجة إليه.

وعليه نستنتج من هذا المذهب انه يتوسع في إباحة الشروط التي يقتضيها العقد ويلائمها.[4]

---

[1] إيمان لعريبي، المرجع السابق، ص19.

[2] سجى عمر شعبان، **ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون دراسة مقارنة**، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد/10، العدد/37، 2021، ص.325.

[3] سجى عمر شعبان، المرجع نفسه، ص326.

[4] سجى عمر شعبان، المرجع نفسه، ص327.

د . ضوابط الشروط المقترنة بالعقد عند المذهب الحنفي

يتفق الحنفية مع الظاهرية والشافعية في أن الأصل في الشروط الحظر ويتفقون مع الشافعية في التوسيع في تصحيح الشروط بما يتلاءم ويقتضيه العقد، إلا أنهم يختلفون عنهم في إفساح المجال للشرط الذي جرى التعامل به وذلك استحسانا فيدخل العرف من هذا الباب عنصرا مرنا لان عندهم الثابت بالعرف ثابت بالنص، والشرط المتعارف كالشرط الثابت شرعا. وعلى هذا الأساس فقد قسموا الشروط إلى صحيحة وفاسدة باطلة فالشروط الصحيحة هي:

1 ما كان موافقا لمقتضى العقد ومؤكدا لمقتضاه.

2 ما جاء به الشرع.

3 ما جرى به العرف.

أما الشروط الفاسدة فهي ما لم تكن ضمن ضوابط الشروط الصحيحة وإنما فيها منفعة زائدة لأحد العاقدين كشراء حنطة على أن يطحنها البائع فالبيع فيه شبهة ومفسدة فهو شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فالمشروط لا يكون محظورا ومنه منفعة أما الشروط الباطلة فهي ما لم تكن أحد أنواع الصحيح وليس فيها منفعة لأحد المتعاقدين وفيه ضرر.

نستنتج من هذا المذهب أن الضابط في الشروط ما كان موافقا لمقتضى العقد ويلائمه ومما جرى به العرف وفيه منفعة لأحد العاقدين أو لغيرهما .[1]

ج . ضوابط الشروط المقترنة للعقد عند المذهب المالكي

يتفق المالكية مع المذاهب السابقة في إن الأصل في الشروط هو الحظر إلا أنهم أجازوا تصحيح كل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين وان لا يناقض مقتضى العقد ولا يؤدي إلى الغرر والفاحش لا اليسير. ضوابط الشروط عندهم هي:

1. أن تكون مكملة لحكمة المشروط بحيث لا تكون منافاة لها على حال

2. أن تكون ملائمة لمقصود المشروط

3 ألا تكون منافية للمشروط ومن مصلحته

وعليه يستنتج من هذا المذهب إن الضابط في الشروط ما كان موافقا وملائما لمقتضى العقد وفيه منفعة وليس فيه غرر فاحش .[2]

[1] سجى عمر شعبان، المرجع السابق، ص328.

[2] سجى عمر شعبان، المرجع نفسه، ص329.

2 . التوسيع على الإرادة في الشروط:

يرى أصحاب هذا الرأي أن الأصل في الشروط الإباحة والحل إلا ما جاء الشرع بتحريمه ومنعه فأطلقوا الحرية للمتعاقدين في الشروط في حدود ما نهى الشارع عنه ووجبوا الوفاء بها. وهذا عند المذهب الحنبلي عامة وعند الإمام ابن تيمية خاصة. فعند المذهب الحنبلي عامة الأصل في الشروط الإطلاق والشرط ما لم يرد تحريمه من الشارع فهو جائز إلا في حالات ثلاث وهي:

1 أن يكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد والغرض منه مصلحته.

2 أن يكون الشرط مخالفا لحكم الله ورسوله.

3 أن يكون الشرط متضمن عقد جديد[1]

ثانيا: الضوابط القانونية للاشتراط في عقد الزواج

1. عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

لقد أوردت تشريعات الأسرة الوضعية أهم قيد على حرية الاشتراط، وهو عدم مخالفة الشرط لأحكام قانون الأسرة، فبالرجوع لنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها تضمنت أحكام عامة غير محددة، بل أنها في منتهى التعميم والشمولية، ف المشرع الجزائري أباح للزوجين كقاعدة عامة أن يشترط كل الشروط التي يريانها ضرورية، تم أورد على هذه القاعدة العامة استثناء يقيد العموم السابق وهذا يعني أن قانون الأسرة قد أباح للزوجين حرية الاشتراط، غير إن هذه الإباحة مقيدة بعدم مخالفة ما ورد في أحكام وقواعد في قانون الأسرة . [2]

إن المقصود بمخالفة أحكام قانون الأسرة الخروج عن كل ما أوجبه قانون الأسرة، وهو ما لا نستطيع أن ندرك حقيقته إلا بعد مراجعة فحوى قانون الأسرة والتمعن بمواده من أوله إلى أخره، حتى يمكن جمع كل القواعد الأساسية المقررة فيه أو جمع أهمها على الأقل وترتيبها حتى تتضح لنا بوضوح الشروط المخالفة لأحكام قانون الأسرة.[3]

باستقصاء بعض الأحكام المقررة في قانون الأسرة فانه يمكن استخلاص بعض الشرط غير الصحيحة التي يمكن إضافتها في عقد الزواج لمخالفتها أحكام قانون الأسرة، والتي تتمثل فيما يلي:

---

[1] سجى عمر شعبان، المرجع السابق، ص330.

[2] عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1996، ص169.

[3] إيمان لعربي، المرجع السابق، ص44.

. اشتراط الزوج على الزوجة حرمانها من الصداق، فهذا الشرط مخالف لأحكام المادة 9 مكرر من قانون الأسرة التي تنص على انه " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدين انعدام الموانع الشرعية للزواج".

. اشتراط الرجل على المرأة زواجها بشرط عدم زيارة أبويها، فهذا شرط مخالف لأحكام الفقرة 7من المادة 36من قانون الأسرة.

. اشتراط الزوج على الزوجة القاصرة الزواج دون ولي خروجا عن أحكام المادة 11الفقرة 2 من قانون الأسرة:"يتولى زواج القاصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

. اشتراط عدم إثبات نسب الأولاد الذين حملتهم الزوجة منه، في حين أن يولد للفراش، والذي يعد هو الأخر شرط مخالف لأحكام المادة 40من قانون الأسرة التي تنص «يثبت النسب بالزواج الصحيح".[1]

. اشتراط الزوجة على الزوج تبني بنت لتقوم برعايتها، والذي يعد شرعا مخالفا لحكم المادة 46 من قانون الأسرة التي تمنع التبني شرعا وقانونا.

. اشتراط عدم التوارث بين الزوجين، في حين أن المادة 126 من قانون الأسرة تحصر أسباب الإرث في كل من القرابة والزوجية.[2]

2عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة

يعتبر النظام العام والآداب العامة ثاني ضابط يضبط حرية الاشتراط في عقد الزواج، وهذا لارتباط اغلب مواضيع قانون الأسرة بالنظام العام فهي تهدف لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع، وان كانت في الحقيقة فكرة النظام العام فكرة مرنة قابلة للتطور والتغير من مكان إلى أخر، فما يعد مخالفا للنظام العام في بلد لا يعتبر كذلك في بلد أخر، إن فكرة النظام العام غالبا ما تكون مقترنة بالآداب ولاسيما في البلاد التي تدين بالإسلام، ويعرف النظام العام بأنه مجموعة المصالح الأساسية التي ينهض بها كيان المجتمع، سواء كانت اقتصادية، سياسية، اجتماعية، وهذه المصالح تعلو على المصالح الفردية وتقدم عليها التعارض، فلا يحفل بأي اتفاق يتعارض مع المصالح العامة حتى ولو كانت مصلحة فردية إذ أن رعاية الجماعة أولى من رعاية الفرد.

[1]عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص172.

[2]بوراق فتيحة، المرجع السابق، ص34.

أما الآداب العامة فتعرف بأنها احترام الأصول الأساسية للأخلاق في مجتمع معين وعصر معين، بحيث يفرض على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة لحماية المجتمع من الانحلال الخلقي. [1] غير أن هذه الفكرة تبقى نسبية إلى حد ما، وذلك لاختلاف المعيار الذي نحدد به ما هو من الآداب العامة أو ليس كذلك من مجتمع إلى أخر، بل ونجده يختلف حتى في نفس المجتمع من عصر لأخر.[2]

المطلب الثاني: مضمون الشروط المقترنة بعقد الزواج.

إن البحث في هذا المطلب يستدعي تقسيمه إلى فرعين نتناول في الفرع الأول مفهوم الشروط المقترنة بعقد الزواج وفي الفرع الثاني تمييز الشروط المقترنة بعقد الزواج عن بعض الألفاظ المشابهة له.

الفرع الأول: مفهوم الشروط المقترنة بعقد الزواج.

إن عقد الزواج كسائر العقود يرتب حقوق والتزامات على عاتق الطرفين، وفي حالة عدم اكتفاء المتعاقدين أو احدهما للوصول إلى غاياته المنشودة، يعمد إلى تضمين هذا العقد ببعض الشروط التي قد تحقق له غايات غير تلك التي يحققها له عقد الزواج[3].

والشرط المقترن بالعقد يشابه بعض المصطلحات، لذا قد يحدث لدى البعض التباس في معنى هذا الأخير، مما يؤدي بهم إلى الخلط بين معنى الشرط المقترن بالعقد، وبين بعض المصلحات المشابهة له.[4]

ومن تم فإن الإشكال المطروح في هذا الصدد، كيف نميز الشروط المقترنة بعقد الزواج عن بعض الألفاظ المشابهة له؟

الإجابة عن هذا التساؤل نتطرق إليها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: تمييز الشروط المقترنة بعقد الزواج عن بعض الألفاظ المشابهة له.

يقع الشخص في الخلط بين معنى الشرط وغيره من الألفاظ المشابهة له، ولتفادي هذا الخلط سنطرق إلى ما يلي:التمييز بين الشرط والركن، التمييز بين الشرط والسبب، التمييز بين الشرط والعلة، التمييز بين الشرط والمانع.

1. التمييز بين الشرط والركن

الركن في اللغة: هو الجانب القوي الذي يعتمد عليه الشيء، ومنه ركن البيت وزواياه التي يرتكز عليها وتمسك بناءه.

---

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

[2] فاطمة حداد، ياسين حجاب، المرجع السابق، ص252.

[3] العقابي باسم، **الشرط المقترن بالعقد في الفقه الجعف**ري، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد/..، العدد/01، كلية القانون، جامعة كربلاء، المدينة، البلد، 2009، ص60.

[4] العقابي باسم، المرجع نفسه، ص63.

أما عند جمهور الفقهاء فهو ما لا بد منه بتصور وجود الشيء، سواء أكان جزءا منه أو مختصا به، وان لم يكن جزءا منه. وعليه فأركان العقد عند جمهور الفقهاء ثلاثة وهي: الصيغة (الإيجاب والقبول)، والعاقد (الموجب والقابل)، والمحل (المعقود عليه). ويتفق الشرط عن الركن فإن الحكم يتوقف وجوده على وجودها فعدم كل منها يستلزم عدم الحكم، فعدم الوضوء الذي هو شرط في الصلاة يستلزم عدم صحة الصلاة.

ويختلف الشرط عن الركن، لأن الركن جزء من حقيقة الشيء المشروط أو ماهيته، وأما الشرط فهو أمر خارج عن حقيقة الشيء المشروط وليس جزء منه. فالركوع ركن في الصلاة لأنه جزء من حقيقته والوضوء شرط صحة الصلاة لأنه أمر خارج عن حقيقتها. ويختلف الركن عن الشرط في إن الركن جزء من ماهية الشيء، وان الشرط أمر خارج عن الماهية، ولذلك كان حصول خلل في ركن من الأركان يكون خلل في الماهية والحقيقة، أما حصول خلل في شرط من الشروط يكون خللا في أمر خارج عن الحقيقة.[1]

2. التمييز بين الشرط والسبب:

السبب في اللغة هو ما يمكن توصل به إلى مقصود ما، أو هو الحبل الذي يتعلق به الإنسان ويتشبث للارتقاء والانتقال لذلك سميت الطريق سببا تشبيها بالحبل الممتد منها ومنه قوله تعالى:" فتبع سببا". ومن تم يطلق السبب على كل ما يتوصل به إلى غيره ويفضى إليه .[2]

والسبب في اصطلاح الفقهاء الأصوليين: «هو كل حادث ربط به الشرع أمرا آخر وجودا وعدما. وهو خارج عن ماهيته ". أي أن وجود السبب يستلزم وجود المسبب، كما أن عدم السبب يستلزم عدم المسبب .[3]

والفرق بين الشرط والسبب: أن الشرط أمر خارج عن حقيقة المشروط وليس جزء منه، وإذا وجد لا يستلزم وجوده وجود الحكم، فلا يلزم من وجود الوضوء الذي هو شرط الصلاة وجوبها، ولكن لا تصح الصلاة بغير الوضوء.

أما السبب: فإنه يلزم من وجوده وجود الحكم إلا لمانع، فإذا كان وقت الصلاة فقد وجبت الصلاة، وإذا لم يوجد وقت الصلاة لا يجب التكليف بها.

والسبب يشبه الركن من حيث ارتباط مسببه به وجودا وعدما. ولكنه يفترق عن الركن من حيث أن سبب الشيء أمر خارجي عنه وليس جزءا ذاتيا من ماهيته، كإتلاف ما للغير فانه ليس جزءا من مفهوم الضمان والتعويض. وبهذه الصفة

[1] رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص34.

[2] رشدي شحاتة، المرجع نفسه، ص37.

[3] رشدي شحاتة، المرجع نفسه، ص38.

الخارجية يتشابه الشرط والسبب، ولكنهما يفترقان من حيث الارتباط من الشرط ومشروطه وإنما هو العدم، وأما الارتباط بين السبب ومسببه فهو في الوجود وفي العدم. لذلك كان المقرر إن السبب متى وجد وكان مستوفى الشرائط منتفى الموانع لابد أن ينتج الحكم المسبب عنه، بخلاف الشرط فان وجوده لا يوجب وجود المشروط.[1]

3ـ التمييز بين الشرط والعلة:

العلة: هي السبب الظاهر المناسب الذي يبنى عليه الشارع الحكم.

فالإسكار علة في تحريم الخمر، والعدوان مال الغير بالإتلاف علة في تضمين المتلف، والعدوان على النفس المعصومة علة في إيجاب القصاص، واضطراب الفكر عند الغضب علة في نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أن يقضى القاضي وهو غضبان.

وقد تسمى العلة بهذا المعنى سببا أيضا. وقد تطلق العلة على معنى الحكمة التشريعية في الحكم المشروع، أي على المصالح والمفاسد التي تتعلق بها الأوامر والنواهي الشرعية فتكون بمعنى الغاية. فالقمع والزجر وصيانة الأنفس هي علل العقوبات بهذا المعنى.[2]

4التمييز بين الشرط والمانع:

المانع في اللغة هو اسم فاعل من المنع، ومعناه: كل ما يمنع سواه ويكون حائلا دونه. أو الحائل بين الشيئين.

أما في اصطلاح الفقهاء الأصوليين: فالمانع هو كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره، أو هو الحكم على الوصف بالمناعية، أو هو الوصف الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع حائلا دون وجود الحكم أو حائلا دون اقتضاء السبب مسببه فيلزم من وجود وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته. ومثال ذلك العيب القديم في المبيع، وقتل الوارث مورثه، فظهر عيب قديم في المبيع يجهله المشتري هو مانع شرعي منه لزوم البيع في حق المشتري دفعا للضرر عنه، فلا يصبح عقد البيع ملزما، بل يثبت له الخيار في فسخ البيع ورد المبيع المعيب. لان ظهور هذا العيب مخل بالتراضي الذي هو أساس العقود، فيكون إلزام المشتري بالمبيع معيبا يلحق به ضررا لا يقتضيه عقده ولم يرض به.

ويمكن التفرقة بين الشرط والمانع : إن المانع هو كل ما يستلزم وجوده انتقاء غيره، وبذلك يكون المانع عكس الشرط، لان الشرط هو ما يلزم من عدمه عدم غيره.[3]

---

[1] رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص42.

[2] رشدي شحاتة، المرجع نفسه، ص42.

[3] رشدي شحاتة، المرجع نفسه، ص44.

خلاصة القول نستنتج أن المشرع الجزائري قد سار على خطى المذهب الحنبلي، في إعطاء كلا الزوجين الحق في إضافة الشروط التي يريانها ضرورية وذلك تحقيقا لمصالح مشروعة للزوجين قد لا تتحقق لهما بمجرد إبرام عقد زواج عادي بالشروط المعروفة، وتقسم هذه الشروط المضافة في عقد الزواج من حيث صحتها الى ثلاث أنواع وهي شروط يقتضيها العقد، وشروط ينافيها، وشروط لا يقتضيها ولا ينافيها وبها منفعة، وإذا كانت حرية المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه بل ترد عليه قيود وضوابط، وتتمثل الضوابط القانونية في عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة وعدم مخالفة النظام والآداب العامة.

الفصل الثاني

أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج وتنظيم الشروط الإرادية

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة هو عمل جائز مع مراعاة عدم مخالفة الشريعة والقانون وذلك تطبيقا للمبدأ المعروف بان "العقد شريعة المتعاقدين" وقوله (صلى الله عليه وسلم): <<المسلمون عند شروطهم، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا >>. وذلك يعني أن الإفراد أحرار في أن ينشأ ما يشاؤون من العقود والاتفاقيات مع تقييد الحرية في ذلك فهي ليست مطلقة في هذا الباب بل يجب مراعاة ما هو مباح وما هو محرم من الشروط.

إن التشريع الإسلامي أعطى للإرادة أهمية بالغة في إنشاء الالتزامات التي تترتب عنها آثار في الحدود التي رسمها الشرع الحنيف، وبذلك فإن الإرادة تلزم وتلتزم بمجرد صدورها واقترانها بالإرادة المقابلة لها.

وعليه فإن اقتران صيغة العقد بهذه الشروط الزائدة تصبح جزءا منها مما تؤدي بها إلى التأثير في العقد، من خلال الحكم الذي يرتبه هذا الشرط على العقد من تقييده ولزوم الوفاء به، وثبوت الخيار لصاحب الشرط في فسخ العقد عند عدم الوفاء بالشرط، وفساد العقد لعدم صحته، وهذا التأثير يختلف باختلاف الشرط المقترن به.

وعليه فان هذا الفصل يخصص لدراسة الأحكام المترتبة على عاتق طرفي العقد وتنظيم الشروط الإرادية للعقد، وهذا من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: يكرس لمعرفة حكم كل من الشروط الصحيحة والغير الصحيحة بنظرة الفقه والقانون. أما **المبحث الثاني:** فسنتناول فيه مدى مراقبة وتعديل وإلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج.

المبحث الأول: أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج

إذا اقترن عقد الزواج بشرط، فإن هذا الأخير يخلف أحكام تقع على عاتق المتعاقدين، إذ يصبح كل طرف ملزم ويقع عليه عبء تنفيذ التزامه، غير انه ينبغي على المتعاقدين وقبل وضع أي شرط أن يميزوا بين الشرط الصحيح والشرط الغير الصحيح، لأن لكل نوع حكمه وتأثيره على العقد من حيث الصحة والبطلان.[1]

هذا ما سنتعرف عليه من خلال المطلبين الآتيين، المطلب الأول: نوضح فيه الأحكام المتعلقة بالشروط الصحيحة، أما المطلب الثاني: مخصص لأحكام الشروط الغير صحيحة.

المطلب الأول: حكم الشروط الصحيحة

من خلال هذا المطلب سنوضح حكم الشروط الصحيحة من ناحية موقف الفقهاء في الفرع الأول ثم موقف المشرع الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف الفقهاء

اتفق الفقهاء على أن الشروط الصحيحة هي ما كان عقد الزواج يقتضيه ولا يضر بأصله، كما اتفقوا على وجوب الوفاء بها كالإنفاق على الزوجة أو دفع المهر لها.[2]

فمثل هذه الشروط يكون كل واحد من الزوجين ملزم بالوفاء بها وان لم تشترط في العقد، لذا فإن حكم هذه الشروط الصحيحة وجوب الوفاء بها وأدائها على أتم وجه.[3]

لقوله تعالى: { يا أيها الذين امنوا أوفوا بالعقود}.[4] وقول رسول الله << أحق الشروط ما استحللتم به الفروج>>.[5]

---

[1] بوراق فتيحة **الاشتراط في عقد الزواج . دراسة مقارنة . بين القانون الجزائري والمغربي**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد . تلمسان . الجزائر،2016/2015، ص92.

[2] محمود علي السرطاوي، **فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)**، الطبعة الأولى، دار الفكر، الأردن،2008، ص87.

[3] طرشي سمية، **الشروط في عقد الزواج . الاحكام والآثار**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر. بسكرة الجزائر، 2014/2015، ص 30.

[4] المائدة الآية 1.

[5] الشيخ علي عبد العال الطهطاوي **شرح كتاب النكاح**، دار الكتب العلمية بيروت . لبنان، 2005، ص173.

فهذه الشروط كلها صحيحة لأن الهدف من اشتراطها هو تحقيق التلاحم والتوافق بين الزوجين،وهذا ما يلائم مقصود النكاح. وهو في الحقيقة مجرد صفة لمحل العقد ولا يضيف له أصلا جديدا لأنه يدخل في العقد دون الحاجة إلى تسميته، كما أن من الشروط ما يعود نفعه وفائدته للمرأة، وهي الشروط التي لا تتنافى مع مقتضى العقد ولم ينص الشارع عليها. كان تشترط عليه أن لا يخرجها من دارها أو بلدها، أو يسافر بها، أو لا يتزوج عليها فبعض العلماء من رأى أن الزواج صحيح وان هذه الشروط ملغاة ولا يلزم الزوج الوفاء بها وهم جمهور الحنفية والشافعية والمالكية يرون أن الشرط فاسد ولا يلزم الوفاء به ولكن فساد الشرط لا يؤثر في العقد بل يفسد الشرط وحده ويبقى العقد صحيحا.[1]

أما أصحاب الرأي الثاني وهم الحنابلة والظاهرية والشيعة الامامية يرون أنها شروط صحيحة يلزم الوفاء بها قال الظاهرية "لو عقد عليها بشرط أن لا يضر بها في نفسها ومالها، إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، صح هذا الشرط وصح العقد معه"[2]

وزاد الشيعة الامامية، الإتيان ليلا أو نهارا، لأنه شرط لا ينافي العقد لجواز الغرض بالاستمتاع في وقت دون أخر فهو شرط صحيح.[3]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

إن كان الفقهاء قد تركوا لنا بحوثا كافية ومستفيضة، حول ما يجوز وما لا يجوز اشتراطه في العقود بصفة عامة، وعقد الزواج بصفة خاصة، وان بعض القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية قد وضعت معايير محددة، لما يجوز ولما لا يجوز اشتراطه في عقد الزواج.[4]

فالمشرع الجزائري يرى أن الشرط الصحيح قد أصبح جزءا من مقتضى العقد، إذ لا يتم التراضي بين العاقدين إلا على أساسه، فيلزم الوفاء به،[5] وفي هذا المعنى جاء في القانون المدني الجزائري في المادة 204: "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب والنظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط

[1] كوثر كمال علي، **شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الثانية، دار سلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس،1985، ص72.
[2] كوثر كمال علي، المرجع نفسه، ص72.
[3] محمد خضر قادر، **دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية**، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص163.
[4] بوراق فتيحة، المرجع السابق، ص102.
[5] طرشي سمية، المرجع السابق، ص32.

فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم، غير انه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام".[1]

أما في قانون الأسرة الجزائري وفي موضوع الاشتراط في عقد الزواج فقد نص المشرع على ذلك في نص المادة 19 من قانون الأسرة 1984 انه "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها، ما لم تتنافى مع هذا القانون".[2]

وهي كما نرى تتضمن أحكاما غير محددة 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.

وأن الجزء الثاني جاء في صيغة استثناء يفيد العموم السابق ويجعل من الجزء الثاني شرطا يجب توفره لاستعمال أحكام الجزء الأول ومعنى ذلك هو أن قانون الأسرة قد سمح لكل واحد من الزوجين أن يشترط في العقد على الزوج الأخر ما يشاء من الشروط بما يضمن مصلحته الخاصة أو المشتركة، إلى جانب هذا السماح أو هذه الإباحة فإنه قد حصر هذه الشروط فقط في الشروط التي لا تخالف ولا تعارض أو تتنافى مع ما ورد في قانون الأسرة من قواعد وأحكام ملزمة.[3]

من خلال نص المادة السابقة نلاحظ أنها 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 02/05 أضاف بعض المعطيات الجديدة لم ينص عليها النص القديم، وقد أشار هذا القانون إلى نوعين من الشروط على سبيل المثال بالنظر إلى أهميتها، ويهدف هذا التعديل إلى تمكين الزوجين من حل ما قد يطرأ من مشكلات بينهما بعد الزواج لاسيما فيما يتعلق بعمل الزوجة وتعدد الزوجات.[1]

وعليه فإنه في حالة الاتفاق مثلا على أن الزوج يسمح لزوجته بالعمل أو عدم التعدد، واخل الزوج بالتزاماته التعاقدية فانه واستنادا لأحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة 02/05، فان للزوجة أن تقيم ضد زوجها دعوى قضائية تتضمن طلب تطليقها، حيث جاء في المادة 53 الفقرة 09:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ...مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج". والشروط المقصودة هي التي جاءت به المادة 19، بالإضافة إلى حقها في المطالبة بالتعويض، إذا أصابها ضرر مادي أو معنوي بسبب عدم الوفاء بالشرط، كما إذا تزوج عليها بعد أن

[1]أمر رقم 58.75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 10.05 المؤرخ في 20 يونيو2005.

[2]قانون رقم 11.84 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3]عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1996، ص146.

اشترطت ذلك. وكان على المشرع في التعديل الجديد أن يتطرق إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ أولا تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات والاتفاقيات المبرمة بين المتعاقدين .[2]

أما على المستوى التطبيقي، قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/02/20، جاء فيه "من المقرر قانونا انه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه، واستحالت الحياة الزوجية فان القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.[3]

أن إعطاء المشرع الجزائري مكانة 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 إن وضعها إما أن يكون إثناء الزواج، ومعلوم أن شروطه حضور شاهدين حسب المادة 09 مكرر من القانون نفسه، وإما بعقد رسمي لاحق، ولا يختلف اثنان حول ما لهذا العقد من حجية إثبات عند النزاع.[4]

وتبقى الحرية للطرفين في اختيار جهة إبرام عقد الزواج سواء إمام موظف مؤهل قانونا أو الموثق، وغالبا ما يلجؤون إلى الموظف (ضابط الحالة المدنية) لتفادي المصاريف.[5]

المطلب الثاني: حكم الشروط الغير صحيحة

من خلال هذا المطلب سنحاول معرفة حكم الشروط الغير الصحيحة والمنافية لمقتضى العقد، وذلك من خلال موقف الفقهاء في الفرع الأول وموقف المشرع الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف الفقهاء

عرف الفقهاء الشروط الغير الصحيحة بأنها الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد ما يقتضيه، ولم يرد الشارع بجوازها، ولم يجر العرف بها، فهذا النوع غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته بل هو على الضد من الأول.[1]فهو

[1]الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة المعدل، الطبعة الأولى**، دار الخ لدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص126.

[2]الرشيد بن شويخ، المرجع نفسه، ص137.

[3]المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/02/20، رقم 75588، المجلة القضائية، عدد4، 1993، ص78.

[4]احمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات)**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص135.

[5]عيسى حداد، **عقد الزواج (دراسة مقارنة)**، منشورات جامعة باجي مختار عنابة، 2006، ص201.

شرط غير ملائم للمشروط ومنافي لمقتضاه، ومن هذه الشروط إن تشترط المرأة على زوجها ألا تطيعه أو أن تخرج من دون إذنه، أو أن لا يقسم لضرائرها.[2]

قال ابن تيمية:<< من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع، أو النكاح، أو الإجازة أو النذر، أو غير ذلك شروطا تخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه، أو النهي عما أمر الله به، أو تحليل ما حرمه، أو تحريم ما حلله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود>>.[3]

وقد وضع أهل العلم قاعدة فقهية تصلح للتعليل بها في هذا الموضع، فقالوا: << ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط >>.[4]

اتفق أهل العلم على بطلان الشروط الفاسدة، واختلفوا في إبطال هذه الشروط للعقود التي اشترط فيها.

1. ذهب جمع من أهل العلم إلى بطلان العقود التي اشترطت فيها، وهذا هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، فلا فرق بين ما نهى عنه الشرع ولم ينهى عنه، واستدلوا بالانكحة التي ورد الشرع بالنهي عنها كالشغار والتحليل.[5]

2. ذهب الحنفية إلى أن الشروط الفاسدة لا تبطل النكاح إلا إذا اشترط التاقيت في العقد فهذا يتنافى مع التأبيد الذي يوصف به عقد الزواج، الذي يقوم على استمرار الحياة الزوجية.[6]

وعلى هذا فان الانكحة المنهي عنها كالشغار والتحليل، تصبح إذا أبطلت منها الشروط الفاسدة، إلا نكاح المتعة لأنه اشترط فيه التاقيت فلا يصبح، لأنها تجعل الصيغة غير صالحة للإنشاء، وهي التي تجعل صيغة العقد دالة بصريحها على توقيته بزمن، وتنحصر في اقتران اللفظ بذكر مدة معينة.[7]

وقالوا أن الشرع جوز خيار الشرط لأجل المغابنة، والمغابنة في باب النكاح أكثر من باب البيع فيجوز بشرط الخيار فكذلك في النكاح.[8]

---

[1]الشاطبي إسحاق، **الموافقات** في أصول الشريعة، **الطبعة الأولى**، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص182.

[2]عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص181.

[3]ابن تيمية احمد، **مجموع فتاوى احمد ابن تيمية**، ت ح عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، م ج32، مكتبة المعارف، المغرب، ص28.

[4]عمر سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص181.

[5]عمر سليمان الاشقر، المرجع نفسه، ص182.

[6]الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص46.

[7]محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، ص157.

[8]إسماعيل أبا بكر علي الباري، **أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية**، دار يافا للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص108.

2. ذهب جمع من الشافعية والحنابلة والمالكية إلى أن من شروط النكاح ما يبطل الشرط ويصح العقد، ومنها ما يبطل العقد من أصله.

1). ضابط النوع المبطل أن يكون مخلا بمقصود النكاح، ومثل له باشتراطه في العقد طلاقها، أو عدم وطئها، ومنه أيضا شرط التاقيت 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 الطلاق بيدها على سبب، حينئذ لا يبطل العقد بل الشرط جائز ولازم، مثل أن يشترط لها انه متى ضربها أو سافر عنها فأمرها بيدها.[1]

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، وان تشترط طلاق ضرتها، أو يشترط عليها أن لا قسمة لها ولا نفقة.[2]

أما الرأي الثالث فقد ميز بين هذه الشروط حيث رأى أصحابه أن هناك شروط تبطل ويبطل معها العقد، وهناك شروط تبطل مع بقاء العقد صحيحا و هو ما اقره الشافعية و الحنابلة و المالكية.[3]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

أن الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج، يعتبر باطلا ولا يعتد به، كشرط ألا مهر للزوجة أو شرط عدم النفقة عليها، لان هذين الحقين منحا للزوجة بموجب نصوص قانونية، فإذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد المادتين 14و16 تؤكدان أحقية الزوجة للصداق، أما المادة 74 فالزمت الزوج بالإنفاق على الزوجة.[4]

إلا أن النصوص القانونية الجزائرية التي تناولت موضوع الشرط غير الصحيح، يكتنفها بعض الغموض والإبهام، فبالرجوع إلى المادة 32 من قانون الأسرة نجد أنها رتبت البطلان، على الزواج المشتمل على الشرط المنافي لمقتضيات العقد.[5]

---

[1] محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص164.

[2] عمر سليمان الاشقر، المرجع السابق، ص182.

[3] محمد خضر قادر، المرجع نفسه، ص 164.

[4] بوراق فتيحة، المرجع السابق، ص105.

[5] المادة 32 من الأمر 02. 05"يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

ولا نبتعد كثيرا حتى نجد المادة 35، التي ترتب حكما مخالفا لنفس الموضوع الذي تناولته المادة 32، وهذا الحكم يقضي ببطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد، ويبقى عقد الزواج صحيح.[1]

وبالتالي ينبغي تصحيح النص بحذف عبارة (مقتضيات) في المادة 32 وإضافة هذه العبارة إلى المادة 35، بحيث يصبح النص في هذه المادة كالتالي:<< إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا >>.[2]

فبالرغم من أن المشرع الجزائري قد قصد تطبيق المادة 32 في حالة وجود شروط تتنافى مع العقد ويؤدي الى إبطاله من أصله، وبالتالي يبطل كل من الشروط والعقد، أما اذا لم تصل درجة منافاة الشرط للعقد الى حد إبطاله من أصله، فيبطل الشرط ويصح العقد وهذا هو الغرض الذي يجب أن يعنى بتنظيمه نص المادة 35، وبهذا يزول التناقض والغموض بين نص هاتين المادتين لأنه قد يربك القاضي في تطبيقه أو يفتح له المجال الواسع للسلطة التقديرية، في مجال الأحوال الشخصية التي تعتبر مسائلها من النظام العام.[3]

[1] المادة 35 من الأمر 02. 05 " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

[2] الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص129.

[3] طاهر فاطمة الزهرة، **الشروط التقييدية في عقد الزواج**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم . الجزائر. 2020/2019، ص31.

المبحث الثاني: مدى مراقبة وتعديل وإلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج

أن للزوجين الحرية في الشروط التي يريانها ضرورية لضمان حياة زوجية سعيدة، خالية من المشاكل التي قد تعترضهما مستقبلا.

ولكن هذه الحرية لم تتركها التشريعات على إطلاقها، بل وضعت لها ضوابط وقيود، وذلك منعا للزوجين من سوء استعمال حقهما، وكذلك منعهما من وضع شروط تخالف النصوص القانونية. وللتأكيد من صحة الشروط الاتفاقية للزوجين ومدى قانونيتها، أن تكون هناك هيئات تسهر على مراقبة صحة هذه الشروط، ومدى احترام الزوجين للنصوص القانونية المنظمة لها.[1]

هذا ما سنتناوله من خلال المطلبين الآتيين في المطلب الأول: سلطة الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج في مراقبة الشروط المقترنة بالعقد، وفي المطلب الثاني: سلطة القضاء في تعديل أو إلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج.

المطلب الأول: سلطة الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج في مراقبة الشروط المقترنة بالعقد

يقوم الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج، بتدوين الشروط التي يتفق عليها الزوجين، والتي يريانها ضرورية لضمان حياة زوجية سعيدة[2].

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى معرفة: الشروط التي تخالف الإجراءات التنظيمية لعقد الزواج في (الفرع الأول)، والشروط التي ورد النص عليها لحماية حقوق الزوجين في (الفرع الثاني)، والشروط التي ترك القانون للزوجين حرية اشتراطها في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشروط التي تخالف الإجراءات التنظيمية لعقد الزواج

لا يجوز للزوجين الاتفاق على مخالفة الشروط المتعلقة بإبرام عقد الزواج لأنها تعتبر من النظام العام، كما أن الغرض منها هو منع وقوع التلاعب في عقود الزواج نظرا لأهميتها وخطورتها ومن أمثلة هذه الإجراءات التنظيمية نجد الوثائق المطلوبة لإبرام عقد الزواج والمحددة بموجب المواد 74، 75، 76، من قانون الحالة المدنية الجزائري[3]، أو الإجراء التنظيمي في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، والمتمثل في تحديد سن الزواج ب19 سنة، حيث انه لا يجوز للزوجين مخالفة هذا الإجراء ما لم يرخص القاضي بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

[1] بوراق فتيحة، المرجع السابق، ص75.

[2] بوراق فتيحة، المرجع نفسه، ص76.

[3] الأمر رقم 70. 20 المؤرخ في: 1970/02/15 يتضمن قانون الحالة المدنية.

كما انه ليس بإمكان الزوجين مخالفة الإجراء التنظيمي الوارد في المادة 75 من قانون الحالة المدنية والذي يوجب على المرأة التي سبق لها الزواج أن تقدم إما نسخة من عقد وفاة الزوج السابق، و إما نسخة من حكم الطلاق الذي صار نهائيا.[1]

لقد ألزم قانون الأسرة الجزائري على الموظف المختص بإبرام عقود الزواج التأكد من صحة تطبيق المادتين 9 و9 مكرر تطبيقا صحيحا[2]، ويكون ذلك بمراعاة مدى توافر ركن الرضا وبقية شروط عقد الزواج من صداق وولي وشهود وانعدام الموانع الشرعية وعلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يمتنع عن إبرام عقد الزواج لمخالفة شروط المادتين السابقتين كوجود مثلا اتفاق بين الزوجين يقضي بعدم مراعاة شرط انعدام الموانع الشرعية، أو إسقاط الصداق لمنافاة هذه الشروط الاتفاقية لأحكام النظام العام[3].

وقد ألزمت المادة 73 من قانون الحالة المدنية على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يبين بصراحة بان الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون، أي انه يقع على عاتق الموظف المؤهل قانونا لتحرير عقد الزواج وتسجيله التحقق من توافر الإجراءات التنظيمية لعقد الزواج، ويتعين عليه التحقق أيضا من صحة شروط المتعاقدين التي يمكن أن تخالف هذه الإجراءات التنظيمية، ويتمتع في سبيل تحقيق ذلك بسلطة تقييم وقبول ما يمكن قبوله، أو رفض ما يجب رفضه إذا خالف الزوجين أحكام قانون الأسرة. وتبعا لذلك فانه من حق الموثق أو ضابط الحالة المدنية التحقق مما إذا كان الزوج مسلما، لأنه يحرم زواج المسلمة بغير المسلم طبقا لنص المادة 30 من قانون الأسرة أو التحقق فيما إذا كان للزوج الأجنبي رخصة بالزواج من الولاية التي يقيم فيها ... وغير ذلك من الشروط التي يكون الموظف المختص بإبرام عقد الزواج ملزم بمراعاتها ضمانا لصحة إبرام عقد الزواج وعدم اشتراط شروط مخالفة للقانون.[4]

الفرع الثاني: الشروط التي ورد النص عليها لحماية حقوق الزوجين

يرى جانب من الفقه، انه يمكن للزوجين الاتفاق على مخالفة الشروط التي وقع النص عليها في القانون وكان الهدف منها حماية أو تدعيم مصلحة الزوجين أو احدهما، يقتضي أية شروط يشترطانها عندما لا تكون مخالفة لنص من النصوص الآمرة أو الناهية في القانون نفسه فعلى سبيل المثال إذا كانت المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري تبيح الزواج بأكثر من

[1] مسعودي يوسف، **الاشتراط في عقد الزواج**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، ، جامعة الطاهري محمد، بشار، الجزائر، 2007، ص87.

[2] بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005، ص136.

[3] مسعودي يوسف، المرجع نفسه، ص88.

[4] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص177.

واحدة متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروطه ونية العدل، وإخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وبعد حصول الزوج على ترخيص من رئيس المحكمة بالزواج الجديد، فان هذه الشروط قد اشترطها القانون لمصلحة الزوجين، وانه يجوز للزوجة أن تتنازل عنها، وتقبل بزواج زوجها ثانية حتى مع عدم وجود المبرر الشرعي، أو شرط نية العدل، أو شرط إخبار كل من الزوجة السابقة واللاحقة.

كما يجوز للزوج أن يشترط على الزوجة الأولى أثناء إبرام العقد ألا يخبرها برغبته في التزوج بغيرها متى أراد ذلك، لان هذه الشروط ليست من النظام العام، كما أن قانون الأسرة لم يمنح الموظف المؤهل لتحرير عقد الزواج أية سلطة تخوله حق مراقبة تحقق أو عدم تحقق هذه الشروط، ولم يمنحه حق رفض تحرير العقد عند عدم توافرها.[1]

أما الجانب الأخر من الفقه، فيرى انه يجوز للموظف المختص بإبرام عقد الزواج التحقق من المعلومات المصرح بها، كالتأكد من شرط وجود المبرر الشرعي، أو شرط نية العدل، أو إخبار الزوجة السابقة واللاحقة، وان يتم ذلك في حدود الحرية الشخصية. [2]

وواضح مما سبق أن شراح قانون الأسرة الجزائري لم يتفقوا على رأي واحد بخصوص سلطة الموظف المختص بإبرام عقد الزواج حول مراقبة الشروط التي ورد النص عليها في المادة 8 من قانون الأسرة، وفي اعتقادنا أن نص المادة 8 قد تضمن قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبالرجوع إلى نص المادة 19 فانه ليس للزوجين اشتراط شروط تتعارض مع أحكام هذا القانون، والنتيجة لهذا كله أن أي شرط يقضي بعدم مراعاة الشروط والقيود التي فرضها المشرع على تعدد الزوجات يعد مخالفا لأحكام قانون الأسرة.

غير انه بإمكان الزوجة أن تتنازل عن هذه الشروط والقيود التي وضعها المشرع لصالحها بمحض إرادتها، دون أن يشكل ذلك مخالفة لأحكام قانون الأسرة. قياسا على تنازل الزوج عن حقه في الطلاق إلى زوجته، وغيرها من الاحكام التي يجوز للزوجين التنازل عنها دون أن يعتبر ذلك مخالفا لأحكام قانون الأسرة.[3]

الفرع الثالث: الشروط التي ترك القانون للزوجين حرية اشتراطها

انه بالرغم من عدم وجود نص صريح يمنح للموظف المختص بإبرام عقد الزواج سلطة تحقيق ومراقبة الشروط التي أباحت المادة 19 للزوجين حرية اشتراطها، فانه مع ذلك يبقى على عاتق الموظف المؤهل قانونا لتحرير عقد الزواج سلطة مراقبة الشروط التي يشترطها للزوجين، وضابطه في ذلك هو عدم تعارض هذه الشروط مع قواعد قانون الأسرة.[4]

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص177، 178.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص137.

[3] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص89.

[4] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص90.

إلا أن صحة الشروط تتطلب من الموظف المختص أن يكون ذا ثقافة عالية، وان يكون مطلعا اطلاعا كافيا على أحكام التشريع الأسري، وقادر على التمييز بين ما يمكن اعتباره مخالفا، حتى يتسنى له قبول هذا الشرط أو ذلك، وتحرير عقد الزواج، أو رفض تحريره ولكن سلطة الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج، يجب إلا تكون مطلقة، لأنه قد يتعسف في استعماله لسلطة برفض إبرام عقد الزواج، بحجة أن الشروط الاتفاقية للزوجين غير صحيحة، وعليه يجب أن يمنح للمواطن الذي يرفض الموظفون تحرير عقد زواجه بدعوى مخالفة شروطه للقانون، حق اللجوء إلى القضاء ليؤكد هذا الرفض أو يقرر صحة الشروط بموجب أمر على عريضة يقدمها الزوجين معا، أو احدهما إلى رئيس المحكمة التي يوجد بها الموظف الذي رفض تحرير عقد زواجهما.[1]

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

ويستمد الموثق أو ضابط الحالة المدنية سلطته في مراقبة صحة الشرط المقترن بعقد الزواج من سلطته لتحرير عقد الزواج التي تحكمها النصوص القانونية، فقد نصت المادة 46 من قانون الحالة المدنية على بطلان عقد الزواج إذا كان مزورا أو وقع تسجيله في غير المدة القانونية المسموح بها، كما نص قانون العقوبات الجزائري[3] في المادة 1/441 على معاقبة كل من الموثق، أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزواج بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من 100 إلى 1.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

بالإضافة إلى العقوبات الواردة في نص المادة 77 من قانون الحالة المدنية والتي تعاقب الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي لم يطبق الإجراءات المقررة في هذا الفصل (إجراءات تسجيل عقد الزواج) بغرامة لا يمكن أن تتجاوز 200 دج بموجب حكم صادر عن المحكمة المختصة بالفصل في المسائل المدنية. [4]

---

[1] بوراق فتيحة، المرجع السابق، ص84.

[2] مسعودي يوسف، المرجع نفسه، ص90.

[3] أمر رقم 66. 154 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

[4] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص91.

المطلب الثاني: سلطة القضاء في تعديل أو إلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج

لقد منحت كل التشريعات الأسرية العربية، لقاضي الأسرة سلطة تقديرية واسعة، ذلك أن معظم النصوص القانونية هي نصوص مرنة تسمح بإيجاد الحل المناسب، مع اختلاف الظروف والملابسات، والتصدي لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة، أو يهدد مصالح أفرادها.

وعلى الرغم من أن دور القاضي التقليدي هو تطبيق القانون وتفسيره، وان العقد محكوم أصلا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولكن قد تتسع سلطة القضاء أو الإرادة القضائية في التعديل على سلطة المتعاقدين، وخاصة في الظروف الاستثنائية كحالة الظروف الطارئة، أو في حالة وجود شروط تعسفية، وذلك بالزيادة أو النقصان أو التخفيف.[1]

من خلال هذا المطلب سنتعرف على: الظروف والأسباب التي قد تدفع بالزوجين إلى طلب تعديل أو إلغاء الشروط الإرادية في الفرع الأول، ومدى سلطة القاضي الأسري في تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفرع الثاني.

الفرع الأول: دوافع الزوجين لطلب تعديل شروطهما الإرادية

إن فتح باب المشارطات على مصراعيه قد يأتي بنتائج عكسية، تقضي على استقرار الزواج، وعلى دوامة الحياة الزوجية، القائمة على أساس المودة والرحمة، والعشرة بالمعروف لأنه قد يحدث أن يسيء احد الزوجين استعمال سلطته، في وضع الشروط مما يؤدي به الحال إلى وضع شروط تعسفية تسيء إلى الطرف الأخر.[2]

كان تشترط الزوجة على زوجها عدم إخراجها من بلدها، وهذا حتى لا تبتعد عن والديها وأهلها، ربما لا يكون هذا الشرط في صالح الزوج الذي رضي به، لأنه قد يغير مكان عمله وهذا بأمر من الإدارة التابع لها، مما يجعله يغادر بلد الزوجة لإتمام ممارسة وظيفته، وإذا خالف الزوج هذا الشرط المتفق عليه قد يؤدي ذلك إلى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، لأنها لم ترضى بهذا الزواج إلا بهذا الشرط، وقد يعود هذا بالسلب على أفراد العائلة خاصة إذا كان للزوجين أطفال، ولكن إذا أراد الزوج أن يفي بشرطه، فانه يجد نفسه مجبرا عن التخلي عن عمله الذي يعتبر مصدر رزقه.[3]

وهنا وحفاظا على الأسرة والعلاقة المتينة بين الزوجين، فلا يجب عليهما أن يتعسفوا في المطالبة بالشروط المتفق عليها أثناء عقد الزواج، ولا بد أن يتنازل كل واحد من الزوجين عن بعض الشروط التي اشترطها.

---

[1] بوراق فتيحة، المرجع السابق، ص85.

[2] سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص 151.

[3] بوراق فتيحة، المرجع نفسه، ص86.

ولكن إذا تعقدت الأمور ولم يستطيع احد الزوجين تنفيذ الشرط المتفق عليه، فليس له هنا إلا اللجوء إلى القضاء، وهذا إما لإعفائه من تنفيذ هذا الشرط أو تعديله، والسلطة التقديرية للقاضي هي التي تقدر هذه الشروط الطارئة، ومن تم تحقيق التوازن العادل بين مصلحة طرفي العقد.[1]

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على نظرية الظروف الطارئة، وإنما نص عليها في أحكام القانون المدني من خلال المادة 107 الفقرة الثالثة والتي نصت على: " غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".[2]

وهذا بخلاف القانون المغربي الذي يعتبر القانون الوحيد الذي نص على نظرية الظروف الطارئة، في مدونة الأسرة في حال تعذر الوفاء بالشرط لأسباب قاهرة، حيث نصت المادة 48 منه على انه: " إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن الملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه.[3]

وفي الأخير تجدر الإشارة انه على المشرع الجزائري أن يحذو نظيره المغربي، بوضعه لنص صريح في قانون الأسرة، يمنح فيه للزوجين حق اللجوء إلى القضاء، في حالة ما إذا أصبح تنفيذ الشرط الاتفاقي مرهقا لأحدهما أو كلاهما.[4]

الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي الأسري في تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج

إن المتعاقدان هما اللذان يسنان القانون الذي يحكم عقدهما، فإرادتهما هي مصلحة الاختصاص الكامل في إنهائه أو تعديله، وان كانت هذه القاعدة العامة التي تحكم العقود، فإنها تطبق أيضا فيما يتعلق بتعديل أو نقص الشرط المقترن بعقد الزواج.

وفي حالة ما إذا أصبح التنفيذ العيني للشرط مرهقا للملتزم به، فلهذا الأخير أن يطالب من القضاء أن يعفيه من هذا الشرط أو يعدله، ما دام الظرف الطارئ قائما.[5]

---

[1] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص96.

[2] بوراق فتيحة، المرجع السابق، ص87.

[3] بوراق فتيحة، المرجع نفسه، ص87.

[4] بوراق فتيحة، المرجع نفسه، ص89.

[5] سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص 150.

والجدير بالذكر أن قانون الأسرة الجزائري لم يرد به نص خاص يمنح للزوجين حق اللجوء للقضاء، من اجل تعديل أو إبطال الشرط في حال تعذر تنفيذه، ويبقى ذلك خاضعا للقواعد العامة في القانون المدني، بخلاف مدونة الأسرة المغربية التي أوردت نص المادة 2/48 على طلب تعديل أو إنهاء الشرط المقترن بالزواج .[1]

ويراعي القاضي وهو بصدد الفصل في تعديل أو إلغاء الشرط المقترن بعقد الزواج، مدى جسامة الضرر الحاصل من جراء عدم الوفاء بالشرط، فإذا كان الضرر اللاحق بالزوج اكبر من الضرر الذي يلحق بالزوجة من جراء نقلها من بلدها، بعد أن اشترطت عدم خروجها منه، بحث مثلا يفقد الزوج منصب عمله بسبب التزامه بشرط زوجته عليه، فيكون دفع هذا الضرر مقدم على ضرر الزوجة الناجم عن تخوفها من العيش خارج بلدها، ويكون نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري، في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، وذلك وفقا لما تقضي به قواعد العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك لتعلق أحكام المسؤولية بالنظام العام. [2]

وعلى القاضي إن يلتزم بحرفية بنود العقد إذا كانت عبارات العقد واضحة، وإذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ومراعاة عرضيهما من التعاقد ولا يجوز تجزئة شروط العقد، لان ذلك يجعل من الوصول إلى النية المشتركة للزوجين أمرا صعبا، ولهذا اوجب تغيير العقد في مجموع بنوده وكافة أجزائه المكونة له.[3]

فمثلا لو اتفق الزوجان على تأجيل جزء من المهر، فليس للزوجة أن تمتنع عن الدخول في طاعة زوجها قبل دفعه الجزء المؤجل من المهر، لان قبولها بتأجيل جزء من مهرها عند العقد، يفسر على أنها رضيت بتأجيل المطالبة به، وإذا وقع خلاف بين الزوجين بصدد تفسير شرط معين في العقد حول مشروعية الشرط أو عدم مشروعيته، فيجب الرجوع إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه أحكام هذا الشرط، وهل يعد مشروعا أو غير مشروع.[4]

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو إلغاء الشرط المتفق عليه في عقد الزواج إذا كان الظرف الطارئ، وأصبح معه التنفيذ العيني للشرط مستحيلا أو مرهقا للملتزم به، وهذا ما نجده أيضا في الفقه الإسلامي، فإذا رجعنا إلى الفقه الحنبلي نجد أنهم في الشروط التي رسموها للتفرقة بين الزوجين عند عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها، لم يتركوا الأمر على إطلاقه بل قيدوه ببعض القيود والضوابط، ولعل أهمها شرط بقاء ما اشترطه احد المتعاقدين على الصفة التي كان عليه وقت الاشتراط، فان تغييره عن الحالة التي كان عليها بطل الشرط، كاشتراط الزوجة مسكن بمواصفات معينة، لكن تغيير هذا المسكن بسبب الخراب أو الظروف الطبيعية، ففي هذه الحالة للزوجة حيث شاء، ويسقط حقها في الفسخ لان

[1] بوراق فتيحة، المرجع السابق، ص89.
[2] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص95.
[3] بوراق فتيحة، المرجع نفسه، ص90.
[4] مسعودي يوسف، المرجع نفسه، ص96.

الشرط عارض وقد زال فرجعنا إلى الأصل، فتغيير المسكن كان لظرف طارئ وقوة قاهرة، مما أدى إلى إلغاء الشرط بأكمله.[1]

[1] سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص154.

من خلال ما تطرقنا إليه في الفصل الثاني نستخلص أن عقد الزواج هو تنظيم شرعي محكم يحقق التوازن بين الزوجين، وتحكمه قواعد شرعية لا يجوز تغييرها ورغم أن هذا العقد له معاني خاصة لأنه لا يبنى على المشاحنات والرغبة في كسب المال، أو تحقيق أهداف دنيوية، إلا أن هناك قاعدة مشهورة تحكم إنشاء العقد مفادها أن العقد شريعة المتعاقدين، فاهم ما جاءت به هذه الأخيرة هو إباحة الاشتراط لكلا الزوجين، كما اختلفت في كيفية الوفاء بالشرط ومدى التزام الطرف الثاني بتحقيقه.

الخاتمة

نخلص في ختام هذه الدراسة الى أن كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري أباح للزوجين عند إنشاء عقد الزواج اقترانه بشروط على حسب مصلحة الزوجين أو أحدهما، وأعطى لكل منها الحرية في اشتراط ما يبدو ضروريا ومناسبا لهما من شروط.

لكن الفقه الإسلامي اختلف حول مبدأ جواز الاشتراط في عقد الزواج بين مضيق وموسع، فاعتبر جمهور الفقهاء أن الشروط الصحيحة هي تلك الشروط الموافقة للشرع، بينما يرى الحنابلة أن كل الشروط صحيحة إلا ما نهى الشرع عنها.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد نص على أن كل الشروط صحيحة مالم تتنافى مع أحكامه، أي انه اخذ براي الحنابلة في توسعهم في مجال الشروط.

ورتب عدة صور للاشتراط منها ماهي موافقة لمقتضى عقد الزواج وهي الشروط الصحيحة، ومنها ما اختلف الفقهاء فيها.

لكن الإشكال الذي يبقى مطروح هو وجود نقص في الجانب التشريعي، ونقص في الجانب التطبيقي نظرا للعزوف عن توثيق الاشتراط، لوجود تحفظ وتخوف سواء من طرف الأزواج أو من طرف الموثق أو ضابط الحالة المدنية.

كل ما سبق ذكره يدفعنا للوصول الى جملة من النتائج التالية:

1. إنشاء الشروط في عقد الزواج يكون بإرادة المتعاقدين، هذا ما يبرز مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء الشروط.
2. تبنى المشرع الجزائري رأي المذهب الحنبلي الذي كان أكثر المذاهب تماشيا مع مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء الشروط، لأنه من أكثر المذاهب توسعا في الشروط الصحيحة، ولان الأصل لديه هو حرية الاشتراط إلا ما نهى الشرع عنه، وذلك بما يحقق مقاصد الزواج.
3. إن الاشتراط في عقد الزواج لا غبار عليه فهو جائز شرعا وقانونا تطبيقا للمبدأ القانوني المعروف " العقد شريعة المتعاقدين" وقد أكد هذا المعنى حديث النبي صلى الله عليه وسلم << المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا>>، كما أن الوفاء بالشروط التي فيها مصلحة أحد الطرفين، ولا تتنافى مقاصد الزواج وليس فيها ما يخالف النظام العام والآداب العامة يعد من قبيل ما يتصل بالحقوق الزوجية.

4. أعاد المشرع النظر في المواد القانونية الخاصة بالاشتراط في عقد الزواج وأضاف مواد جديدة بموجب الأمر05. 02 بغية مواكبة التطورات والتغيرات التي طرأت على المجتمع في حدود أحكام الشريعة الإسلامية ومنها: جاء المشرع الجزائري بتصنيف آخر للشروط زيادة على تقسيم الشروط الى شروط صحيحة وباطلة، قسمت الشروط الى شروط مصاحبة للعقد، وشروط لاحقة له حيث راعى المشرع الجزائري بموجب الامر02.05 الرابطة الزوجية بغية الحفاظ عليها عند بدا بنائها من التصدع خاصة في بداية تكوينها، وهذا تحسبا منه لتغير الظروف التي تجعل من الاشتراط ضرورة يلجئ إليها .
5. المادة 19 فصلت في الشرط الذي أفاض أقلام رجال القانون على أساس مخالفته أحكام قانون الأسرة، وكذا الشريعة الإسلامية التي تقر بحق التعدد، إضافة الى اشتراط عمل المرأة، واللذان يعدان شرطان من صميم الشريعة الإسلامية، لموافقتهما للمذهب الحنبلي المتبع في قانون الأسرة فيما يتعلق بالاشتراط.
6. أعطى المشرع الجزائري للزوجة في حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج حق طلب التطليق وفسخ العقد، إلا انه لم يفصل في أمرهم وهو حالة مخالفة الزوج الشروط المتفق عليه في العقد حيث لم يبين ما إذا كان طلب الطلاق من قبل الزوج يعتبر طلاقا تعسفيا أم أن الزوجة هنا تعتبر ناشزا، وبالتالي لا تفقد حقها في طلب التعويض.
7. عدم تفعيل دور كل من الموثق وضابط الحالة المدنية في مجال الاشتراط في عقود الزواج.
8. إن إنشاء الشروط في عقد الزواج يكون بإرادة العاقدين واختيارهما، أما ترتيب أحكام هذه العقود والشروط فانه من عمل الشارع سواء في نظر الشريعة أو القانون رفعا للغبن ودفعا لعدم تعادل الالتزامات، ولا يشكل ذلك نقصا لأصل الرضا والاختيار، لان المتعاقدان أقدما بمحض إرادتهما على الالتزام بمقتضيات العقود، واستثناء من هذا الأصل أجاز الشارع للزوجين اشتراط شروط في العقد من شانها تغيير أثاره بالزيادة فيه أو النقصان منه، بالقدر المحدود الذي منحه الشارع للزوجين.
9. لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مدى سلطان الإرادة العقدية في إنشاء الشروط في عقد الزواج، حيث نجد أن دائرة التقييد والإباحة تتسع ضيقا وسعة في الفقه الإسلامي وبشكل تدريجي من مذهب الى آخر، وأكثر هذه المذاهب تضيقا لحرية الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج هو المذهب الظاهري، ثم يليه الشافعية، ثم الحنفية فالمالكية، الى أن تتسع دائرة الإباحة عند جمهور الحنابلة الذين يرون بان الأصل في الاشتراط الإباحة ما لم

يرد دليل شرعي على المنع والتحريم، وبهذا توصل الفقه الحنبلي الى مبدأ هام تقوم عليه العقود في القوانين الحديثة وهو مبدأ سلطان الإرادة حيث قرر ابن تيمية هذا المبدأ الهام في نظرية العقد منذ قرون خلت بقاعدته الشهيرة" الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد".

كما لا يفوتنا في هذا المقام توجيه بعض الاقتراحات:

1. يجب تعديل نص كل من المادتين 32و35 من قانون الأسرة الجزائري وإزالة التناقض والغموض القائم بينهما، ويكون ذلك بالتمييز بين الشروط التي لا تبطل العقد من أصله كشرط عدم الإنجاب، فيجب أن تخضع هذه الشروط لأحكام نص المادة 32 أما الشروط التي تؤثر في العقد ولا تبطله، وإنما يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا كشرط ألا مهر أو ألا نفقة، فيجب أن تخضع لأحكام نص المادة 35.
2. يجب إنشاء محاكم خاصة بالأسرة أو تخصيص قضاء شرعي تسهيلا لعمل القضاة في مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج، وتقدير مدى شرعية الشروط نظرا لتشعب الخلاف الفقهي في هذا الموضوع.
3. على المشرع الجزائري أن يضبط ويحدد معايير التمييز بين الشروط الصحيحة والشروط الباطلة، حتى يتمكن الموظف المؤهل قانونا بإبرام عقد الزواج من التحقق من مسالة موافقة الشروط للنظام العام، وعدم منافاة قانون الأسرة، عن طريق نصوص تنظيمية خاصة، وذلك قصد تفادي النزاعات التي تثور بين الزوجين في مدى صحة الشروط من عدمها.
4. نقترح على المشرع الجزائري إدراج آلية الصلح قبل اللجوء الى القاضي من اجل طلب فسخ عقد الزواج في حالة عدم تنفيذ الشرط المتفق عليه من طرفي العقد، وذلك حفاظا على ديمومة واستمرارية الأسرة كون الزواج عقد مقدس.
5. حبذا لو أن المشرع الجزائري يعيد صياغة نص المادة 08، وذلك بإضافة فقرة تمنع منح الإذن بالتعدد في حالة وجود شرط من الزوجة يمنع ذلك.
6. على القضاء تفادي اللجوء للتطليق أو فسخ عقد الزواج مباشرة عند مخالفة الشرط، وإنما عليهم محاولة تقديم النصح والإرشاد لطرفي النزاع، من اجل تفادي الآثار السلبية نتيجة فك الرابطة الزوجية.
7. تعديل المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري بإدراج معايير واضحة، للتمييز بين الشروط الصحيحة والشروط غير الصحيحة عند توثيقها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق.

قائمة المراجع

أولا: المصادر

أ. القرآن الكريم:

1. سورة محمد، الاية18.

2. سورة البقرة، الآية 227.

3. سورة المائدة، الاية1.

ب.تفاسير القران:

1. ابن كثير، تفسير القران العظيم، ج4، ط1، دار صادر، بيروت، 1999.

ج. معاجم:

1. ابن المنظور، لسان العرب، ج1، مجلد4، دار المعارف، مصر.

ثانيا: المراجع.

أ.الكتب:

1 عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة6، دار عمر بن الخطاب.

2 محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشاة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998.

3 زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

4 حامد الشريف، الزواج العرفي من النواحي الشرعية والقانونية والاجتماعية المكتبة العالمية، الطبعة الثانية.

5 احمد نصر الجندى، شرح قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، الإمارات، 2017.

6 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 3، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1996.

7 عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.

8 محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق) ، ط1، دار الفكر، الأردن، 2008.

9 الشيخ علي عبد العال الطهطاوي، لشرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،2005.

10 كوثر كمال علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، ط2، دار سلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس،1985.

11 محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

12 الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008.

13 احمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010.

14 عيسى حداد، عقد الزواج(دراسة مقارنة)، جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.

15 الشاطبي إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

16 عمر سليمان الاشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

17 ابن تيمية احمد، مجموع فتاوى احمد لبن تيمية ت ج عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، م ج 32، مكتبة المعارف، المغرب.

18 الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

19 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة.

20 إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية، دار يافا للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

21 رشدي شحاته أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 2001.

22 بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005.

23 حسن عبد الغني أبو غدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها، الطبعة الأولى، مكتب الرشد، الرياض، السعودية، 2005.

24 كريمة محروق، قانون الأسرة على ضوء التعديل الجديد دراسة تحليلية مقارنة، ألفا للوثائق، الطبعة الأولى، 2019.

25 موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، سوريا، 2009.

26 حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار كنوز اشبيليا، الرياض، المملكة العربية السعودية.

27 نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، الطبعة الأولى،1424هـ2003م، دار ابن حزم، بيروت، لبنان.

28 وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار الفكر، الجزائر، 1986.

ب.أطروحات الماجستير:

1. بوراق فتيحة،الاشتراط في عقد الزواج ـ دراسة مقارنة ـ بين القانون الجزائري والمغربي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ـ تلمسان ـ الجزائر، 2016/2015.

2. مسعودي يوسف ،الاشتراط في عقد الزواج، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة بشار ،الجزائر،2007.

3. سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السانية، الجزائر، 2012/2011.

4. إيمان لعريبي ، الشروط المقترنة بعقد الزواج، قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014/2013.

ج.مذكرة الماستر:

1. طرشي سمية، الشروط في عقد الزواج ـ الاحكام والآثار ،مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر. بسكرة الجزائر، 2014/2015.

2. طاهر فاطمة الزهرة، الشروط التقييدية في عقد الزواج، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم ـ الجزائر- 2020/2019.

د. المجلات:

1. عبد الله بن فهد بن إبراهيم الحيد، اشتراط عدم الإنجاب في النكاح، مجلة العدل، مجلد 15، العدد 57، 2012.

2. علي بن حمد الصالحي المقعدي، الشرط المخالف لمقتضى العقد: حقيقته وحكمه وتطبيقاته المعاصرة << عقود المعاوضات المالية أنموذجا>>، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، مصر، المجلد45، العدد 3، 2022.

3. فاطمة حداد وحجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدوديته الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر،المجلد2017، العدد7، 2017.

4. فاطمة بنت عبد الله عبد الرحمن التميمي، الشرط الجعلي حقيقته وأنواعه وشروطه، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، مصر، المجلد44، العدد3، 2021.

5. شمس الدين محمد حامد، حكم اشتراط المرأة عدم الزواج عليها: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، المجلد23، العدد2.

6. فتيحة يعقوبي وربيعة حزاب، الشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري دراسة نقدية تحليلية للمادة 19، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد20، العدد الأول، 2019.

7. سجى عمر شعبان، ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد10، العدد37، 2021.

8. العقابي باسم، الشرط المقترن بالعقد في الفقه الجعفري، مجلة رسالة الحقوق العلمية، العدد1، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2009.

ثالثا: النصوص القانونية.

أ. القوانين التشريعية:

1. الأمر 75 .58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2. قانون المعاملات المدنية، الإمارات، (1985/05) .

3. قانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي، عدد 68 المؤرخ في 15 أوت 2005م.

4. الأمر رقم 75. 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني (الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975).

5. الأمر رقم 05. 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

6. قانون رقم 84. 11 المؤرخ ف 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02.05 المؤرخ في 25 فبراير 2005.

7. الأمر 75. 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05. 10المؤرخ 20 يونيو2005.

8. المادة 32 من الأمر 02.05 "يبطل الزواج اذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

9. المادة 35 من الامر02.05"اذا اقتران عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

10. الأمر 70. 20 المؤرخ في 1970/02/15 يتضمن قانون الحالة المدنية.

11 أمر رقم 66. 154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

رابعا: المجلة القضائية للمحكمة العليا.

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/02/20، رقم75588، المجلة القضائية، العدد4، 1993.

فهرس المحتويات

الإهداء

شكر وعرفان

قائمة المختصرات:

مقدمة:.....1

الفصل الأول:ماهية الاشتراط في عقد الزواج.....8

المبحث الأول:مفهوم الاشتراط في عقد الزواج.....9

المطلب الأول:تعريف الاشتراط المقترن بالعقد.....9

الفرع الأول:تعريف الاشتراط في اللغة.....9

1. التعريف الاصطلاحي.....9

الفرع الثاني:تعريف الاشتراط في القانون والفقه الإسلامي.....10

أولا: التعريف القانوني.....10

ثانيا: تعريف الاشتراط في الفقه.....11

المطلب الثاني:أقسام الاشتراط وخصائصه.....11

الفرع الأول:أقسام الاشتراط.....11

أولا: من حيث المصدر.....11

ثانيا: من حيث مشروعيته.....13

ثالثا: من حيث وظيفته.....14

الفرع الثاني:خصائص الاشتراط.....14

1. انه أمر زائد على أصل التصرف.....14
2. انه يرد في صلب العقد.....15
3. انه أمر مستقبل.....15
4. الشرط أمر محتمل الوقوع.....15
5. لايمكن أن يجعله احد الزوجين بيده أو بيد غيره.....16
6. يجب أن يكون المشروط مشروعا.....16
7. انه أمر إرادي.....16
المبحث الثاني:الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون المقارن.....16
المطلب الأول:تصنيفات الشروط وضوابط اشتراطها.....16
الفرع الأول:تصنيفات الشروط.....17
أولا: حكم الشرط المقترن بعقد الزواج.....17
1. الرأي القائل بان الأصل في الاشتراط الحظر.....17
ثانيا: الرأي القائل بان الأصل في الاشتراط الإباحة.....18
1. الشروط الصحيحة.....18
2. الشروط الباطلة.....21
الفرع الثاني:ضوابط اشتراطها.....23
أولا: الضوابط الفقهية للاشتراط في عقد الزواج.....24
ثانيا: الضوابط القانونية.....26
المطلب الثاني:مضمون الشروط المقترنة بعقد الزواج.....28
الفرع الأول:مفهوم الشروط المقترنة بعقد الزواج.....28

الفرع الثاني:تمييز الشروط المقترنة بعقد الزواج عن بعض الألفاظ المشابهة له.....28
1. التمييز بين الشرط والركن.....28
2. التمييز بين الشرط والسبب.....29
3. التمييز بين الشرط والعلة.....29
4. التمييز بين الشرط والمانع.....30
الفصل الثاني:أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج وتنظيم الشروط الإرادية.....32
المبحث الأول:أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج.....32
المطلب الأول:حكم الشروط الصحيحة.....33
الفرع الأول:موقف الفقهاء.....33
الفرع الثاني:موقف المشرع الجزائري.....34
المطلب الثاني:حكم الشروط الغير صحيحة.....36
الفرع الأول:موقف الفقهاء.....36
الفرع الثاني:موقف المشرع الجزائري.....38
المبحث الثاني:مدى مراقبة وتعديل وإلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج.....39
المطلب الأول:سلطة الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج في مراقبة الشروط المقترنة بالعقد.....39
الفرع الأول:الشروط التي تخالف الإجراءات التنظيمية لعقد الزواج.....40
الفرع الثاني:الشروط التي ورد النص عليها لحماية حقوق الزوجين.....41
الفرع الثالث:الشروط التي ترك القانون للزوجين حرية اشتراطها.....42
المطلب الثاني:سلطة القضاء في تعديل أو إلغاء الشروط المقترنة بعقد الزواج.....43
الفرع الأول:دوافع الزوجين لطلب تعديل شروطهما الإرادية.....43

الفرع الثاني:مدى سلطة القاضي الأسري في تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج.....45

الخاتمة.....50

قائمة المراجع.....54

فهرس المحتويات 56

الملخص.....

ملخص:

يعد الاشتراط في عقد الزواج أمر جائز قانونا وشرعا، يخضع لإرادة الزوجين واختيارهما، إذ يحق لهما سواء في الفقه الإسلامي أو في قانون الأسرة الجزائري أن يشترطا كل الشروط التي يريانها ضرورية، غير أن هذا الحق مقيد بضوابط قانونية أهمها عدم مخالفة هذه الشروط في العقد لقواعد قانون الأسرة وكذا عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة.

أما الفقه الإسلامي فقد قيد الاشتراط بضابط أساسي وهو أن يكون متماشيا مع مقتضيات عقد الزواج وإلا اعتبر باطلا، بينما رتب لها قانون الأسرة جزاءين، الجزء الأول إبطال عقد الزواج اذا كان الشرط يتنافى ومقتضيات العقد، أما الجزء الثاني اعتبر الشرط باطلا والعقد صحيحا.

وان التشريع الأسري الجزائري قد أكد على أحقية الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق مع إعطاء مثالين حاول من خلالهما حماية حق المرأة في العمل، وفي عدم التعدد عليها دون رضاها كما أن لها الحق في طلب الفسخ عند عدم الوفاء لها بالشرط.

الكلمات المفتاحية: عقد، زواج، اشتراط، قانونا.

Abstract:

The stipulation in the marrige contract is legally permissible ,it is Subject to the management and Selection of the spouses wether in Islamic jurisprudence or in Algerian family law , spouses are entitled to stipulate alle the conditions they seem necessary. Hawever this right is restricted by legal controls the most important of which is that these conditions in the contract do not violate the rules of family law and thy also don't violate public order and public morals.

As for Islamic jurisprudence, it restricted the condition to a basic condition ,wich is that it be consistent with the requirements of the marriage contract otherwise it will be considered invalid ,while family law stipulates two penalties for it the first part is invalidation of the marriage contract if the condition contradicts the requirements of the contract. The second part considers the condition in valid and contract valid.

Algerian family legislation has emphasized the right of the condition in the marriage contract or in Amy subsequent official contract, with two escomples through which it tried to protect the woman's right to work and not have more than one wife "polygamy "without her acceptance. She also has the right to request annulment when the condition is not fulfilled.

Key Word: A contract, Marriage, Requirement, Legally.