جامعة 8 ماي 1945 قالمة
كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم العلوم القانونية و الإدارية
تخصص قانون خاص (قانون الأسرة)

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

الإشتراط في عقد الزواج

– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري –

إعداد الطالبان:
1/ زغدودي عزالدين
2/ سعـدي زهيـــر

تحت إشراف الدكتور:
فنطازي خير الدين

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	د. بـوسنـــة رابـــــح	جامعة 8 ماي 1945 – قالمة	أستاذ محاضر	رئيسا
2	د. فنطـازي خير الديـن	جامعة 8 ماي 1945 – قالمة	أستاذ محاضر	مشرفا
3	أ. بومنجـل فـاتح الدين	جامعة 8 ماي 1945 – قالمة	أستـاذ مساعد	مناقشا

السنة الجامعية: 2019 – 2020

الإهـــداء

قال تعالى: " و قضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه و بالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف و لا تنهرهما و قل لهما قولا كريما " سورة الإسراء، الآية 23.

إلى والدي الكريمين – أطال الله في عمرهما –

إلى كل أفراد عائلتي الكريمة – الصغيرة و الكبيرة –

و إلى كل من فتح لي أبواب العلم و المعرفة – من الابتدائية إلى الجامعة–

و إلى طلاب العلم – بجامعة قالمة خاصة و في كل مكان عامة –

أهدي هذا العمل المتواضع

عز الدين

الإهـــــــداء

إلى من ربياني صغيرا، وتعهداني كبيرا

والدي حفظهما الله تعالى

إلى من صبروا على تقصيري في حقهم، لإنشغالي بالكتابة عنهم

زوجتي و أبنائي فاطمة الزهراء، عبد الباري و أمينة

إلى أخوتي

إلى من علموني ديني، و نوّروا به بصيرتي

أساتذتي الكرام

إلى هؤلاء أجمعين أهذي عملي هذا

زهيـــــــــر

شكر و تقدير

الحمد لله رب العرش العظيم على منحه لنا القوة لانجاز هذا العمل حمدا يليق بجلاله و عظمة سلطانه فبعون الله تعالى تم إنجاز هذا العمل، و اعترافا بالفضل لأهله نتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ المشرف و الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة كما لا يفوتنا أن أتوجه بالشكر أيضا لكل من الأساتذة الذين تلقينا من بحر معلوماتهم:

الأستاذة العايب سامية، الأستاذة دقايشية مايا،

الأستاذ عبد الجبار الطيب، الأستاذ علال ياسين،

الأستاذ حديدان سفيان، الأستاذ فرنان فاروق...

كما نشكر كل من أمدنا بالمعلومات و أفادنا بالتوجيهات و المساعدات و نخص بالذكر:

الأستاذ أبو حجر حسام و الأستاذ خشايمية لزهر

السيدين رئيس المحكمة و وكيل الجمهورية

و موظفة المكتبة لدى محكمة قالمة

فلهم أسمى معاني التقدير و الشكر

مقدمـــة

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و على آله و أصحابه و من تبعه إلى يوم الدين، أما بعد :

لقد جاءت الشريعة الإسلامية وافية لمصالح المجتمع و منها مصلحة الأسرة التي هي أساس ذلك المجتمع، فأولتها عناية خاصة، و دعت إلى الزواج و رغبت فيه و حرصت على جعل المودة و الرحمة بين الزوجين.

قال الله تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ " سورة الروم الآية 21 .

و البحث في قضايا شؤون الأسرة يعد من المواضيع الهامة، نظرا لما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات خاصة في مجال العقود، و يعتبر عقد الزواج من بين أهم العقود التي راعتها الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، فهو ميثاق غليظ يجمع بين الرجل و المرأة، لأن فيه حفظ للنسل و حفظ للأخلاق من كل النزوات، فقد يميل الإنسان لغريزته فيقع في المحظور، فشرع له الزواج من أجل تكوين أسرة تعتمد في حياتها على الرحمة و المودة، و تحقيق التعاون و المحافظة على عدم اختلاط الأنساب، كما أضفى على العلاقة الزوجية قدسية خاصة توجب الالتزام بما شرعه الله من أحكام حدد بموجبها الحقوق و الواجبات بين الزوجين.

و الأصل في أحكام عقد الزواج أنها من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، حيث يقتصر دور إرادة المتعاقدين في إنشاء العقد، و لكن الشرع أو القانون هو الذي يرتب ما لكل عقد من ضوابط و آثار.

و قد أعطى كل من الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري للزوجين الحق في تضمين عقدهما الشروط التي يريانها مناسبة و ذلك لضمان حقوقهما هذا من جهة و من جهة أخرى، فإن هذه الشروط قد تكون كفيلة بتجنيب الأسرة وقوع خلافات و مشاكل زوجية لو اتفق الزوجان مسبقا على تنظيم بعض المسائل الهامة في حياتهما الزوجية، كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو تشترط ممارسة عملها أو اشتراط أحد الزوجين وصفا معينا في الآخر.

و ما دام الاشتراط مباح إلا أن ذلك لا يعني أن للزوجين مطلق الحرية في الاشتراط، و ذلك لوجود حدود و ضوابط شرعية و أخرى قانونية لها.

يعتبر موضوع الاشتراط في عقد الزواج من المواضيع الهامة، ذلك أن تطور المجتمع من خلال تجدد الثقافات و كثرة الاحتياجات دفع إلى ظهور عقود و مشارطات جديدة لتمكين الزوجين من خلالها ضمان تحقيق مصالحهما الضرورية.

فكان لابد من إبراز أهمية هذه الشروط و أحكامها، لكي تتضح الصورة لكل من هو مقبل على هذه الخطوة المهمة في الحياة، و ذلك بتوضيح الشروط التي يمكن النص عليها و الالتزام بها، و تلك الشروط المنافية لمقتضيات العقد.

لقد دفعنا اختيار هذا الموضوع عدة اعتبارات: منها الذاتية و المتمثلة في الميول الشخصية لهذا الموضوع، و بحكم أنه يدخل ضمن التخصص في القانون الخاص و كثرة طرح تساؤلات المجتمع حوله.

أما الموضوعية تتعلق بالرغبة في معرفة الشروط الشرعية و القانونية التي يمكن اشتراطها في عقد الزواج، و الجهة المختصة بتوثيق الاشتراط خاصة بعد تعديل نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، أين تم إضافة بعض المعطيات الجديدة كالعقد الرسمي اللاحق من جهة و من جهة أخرى لتسليط الضوء على التضارب الحاصل بين المادة 32 المعدلة و المادة 35 التي لم يمسها التعديل من قانون الأسرة الجزائري.

نجد مذكرة ماستر للطالبة حمودة بدرة تحت عنوان " الاشتراط في عقد الزواج – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري –، حيث تناولت فيها مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج و تطرقت إلى أهم القيود و الضوابط التي يسير وفقها و ذلك طبقا لنصوص الشريعة و القانون.

و قد حاولنا من خلال هذه الدراسة مواصلة البحث حول نفس الفكرة، من أجل تسليط الضوء على التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري للمواد القانونية ذات الصلة بالموضوع .

تجدر الإشارة إلى أنه قد واجهتنا أثناء إعدادنا للبحث بعض الصعوبات أهمها:

– اقتضاب النصوص القانونية المتعلقة بالاشتراط في عقد الزواج.

– نقص المراجع المتخصصة و حتى إن وجدت تتضمن نفس المعلومات و تكررها .

– ندرة الكتب الناطقة باللغة الأجنبية التي تطرقت إلى الموضوع.

– بدأنا بحثنا بصفة عادية و عند القرب من الانتهاء منه صادفتنا جائحة كورونا – كوفيد 19 –، أعقبها غلق أغلب المكتبات العامة و الخاصة و توقف جميع وسائل النقل لمدة معتبرة، لكن لم نتوقف خلالها بل واصلنا البحث، حيث اعتمدنا على مراجع حديثة و قيمة بمكتبة كلية الحقوق بجامعة قالمة – بعد إعادة تمكيننا من طلبها بواسطة البريد الالكتروني – و بمكتبة محكمة قالمة.

و عليه نطرح من خلال هذا الموضوع محل الدراسة الإشكالية الرئيسية التالية:

ما الطبيعة الفقهية و القانونية للإشتراط في عقد الزواج ؟ و ما هي قيود الإشتراط و صوره ؟

و لدراسة هذه الإشكالية فإننا اتبعنا المنهج التحليلي الذي يعتمد على التحليل و التفصيل و التمحيص في الآراء الفقهية و القانونية، و كذا المنهج المقارن بين مذاهب الفقه الإسلامي للمقارنة بين الآراء الفقهية و بين ما جاء في نصوص قانون الأسرة الجزائري، لمعرفة الطبيعة الفقهية و القانونية للاشتراط في عقد الزواج و الرأي الفقهي الذي سلكه المشرع الجزائري في هذه المسألة.

و ذلك وفقا لخطة مكونة من مقدمة و فصلين، و تم تقسيم كل فصل إلى مبحثين، نتعرض في الفصل الأول إلى دراسة ماهية الاشتراط في عقد الزواج و ذلك من خلال التطرق إلى مفهوم الاشتراط في عقد الزواج في المبحث الأول، و نتطرق إلى الأسس التي يقوم عليها الشرط و مصادره في المبحث الثاني، ثم نتناول في الفصل الثاني قيود و صور الاشتراط في عقد الزواج، حيث نتناول في المبحث الأول قيود الاشتراط بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ثم نوضح من خلال المبحث الثاني صور الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري .

الفصل الأول

ماهية الإشتراط في عقد الزواج

الفصل الأول: ماهية الاشتراط في عقد الزواج

لقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية، و كذلك التشريعات الوضعية لمراعاة مصالح الأفراد في العاجل و الآجل، و لذا بنيت أحكامها على جلب المنافع و درء المفاسد، و قد أحيط نظام التعاقدات بضوابط و معايير لابد من التزام المكلفين بها، حتى يترتب على تلك العقود المصلحة المرجو تحقيقها بين المتعاقدين.

و عقد الزواج هو أهم عقد ممكن أن يبرمه الشخص في حياته، لذا أجيز له أن يشترط فيه كل الشروط التي يرى أنها في مصلحته، [1] رغم أن الأصل هو التزام أطراف العقد بالحقوق و الواجبات التي يرتبها الشرع و القانون على العقد، أي إذا رأى الجانبان أنها تفي بحاجياتهما، فلا يكونان بحاجة إلى أي شرط خاص يضاف إلى العقد بالزيادة أو النقصان، و في هذه الحالة يكون العقد خال من أي شرط.

و لكن إن رأيا العكس لجأ إلى زيادة شروط تضمن في العقد من أحد الزوجين أو منهما معا، و هذا ما يسمى بالشروط المقترنة بالعقد و التي نص عليها معظم التشريعات العربية، و منها التشريع الأسري الجزائري الذي أجاز للزوجين اشتراط أي شرط يريانه ضروريا في العقد حسب نظر كل واحد منهم، و ذلك من أجل المحافظة على رباط العلاقة الزوجية على أن لا تخالف هذه الشروط مقتضيات العقد، أي تكون في إطار الشرع و القانون أي أن الاشتراط لم يرد على إطلاقه بحسب أهواء الأزواج و رغباتهم الشخصية، بل ينظم بحسب ما يزيل الحرج عنهما و يحقق مصالحهما دون تصادم مع النصوص القانونية، و لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، و بالتالي يمكن القول أن الشروط منها ما يكون جائز، و منها ما يكون غير جائز.[2]

و عليه نطرح الإشكال التالي: ما هو الاشتراط في عقد الزواج ؟ و ما هي الأسس التي يقوم عليها ؟ و للإجابة على هذا الإشكال ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول مفهوم الاشتراط في عقد الزواج، و في المبحث الثاني الأسس التي يقوم عليها الاشتراط و مصادره.

[1]– سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد النكاح في سلسلة العلوم الانسانية، الفقه الإسلامي، العدد 2، المجلد 10، مجلة جامعة الأزهر بغزة، فلسطين، 2008، ص 11.

[2]– فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المغربي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 08.

المبحث الأول: مفهوم الاشتراط في عقد الزواج

الاشتراط في عقد الزواج هو إضافة طرفي العقد لشروطهما الإرادية، التي يريانها مناسبة و تحقق لهما أو لأحدهما مصلحة معينة، أي أن الشروط المقترنة بالعقد هي أمور خارجية تضيفها إرادة المتعاقدين للالتزام الذي استكمل كافة عناصره القانونية، فيقيد أثر العقد أو يلحقه بأمر زاد عن أصل العقد، و قد يكون هذا الشرط قبل إبرام العقد أو مزامنا له، أو بعد الإبرام أي في عقد لاحق، و من ثم فالإشكال المطروح : ما هو الشرط الذي قد يقترن بعقد الزواج ؟ و ما الفرق بينه و بين بعض المفاهيم المشابهة ؟ و للإجابة على هذا الإشكال قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج و المطلب الثاني الفرق بين الشرط المقترن بعقد الزواج و بعض المفاهيم المشابهة.

المطلب الأول: تعريف الشرط المقترن بالعقد

نتناول فيه تعريف الشرط في اللغة ثم تعريفه في الفقه الاسلامي ثم في القانون.

الفرع الأول: تعريف الشرط في اللغة

يعرف الشرط في إستعمال أهل اللغة: (العلامة) : لأنه علامة للمشروط، و منه **قوله سبحانه و تعالى:** " **فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّىٰ لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ** ". [1] أشراطها أي علاماتها. قاله الموفق و غيره. قال في (المصباح): الشرط – مخفف – من الشرط – بفتح الراء – و هو العلامة، و جمعه أشراط، و جمع الشرط – بالسكون – شروط و يقال له شريطة، و جمعه شرائط . [2]

و يعرف الشرط في اللغة بتسكين الراء: إلتزام الشيء و إلتزامه في البيع و نحوه، و كذلك الشريطة و الجمع شروط، [3] كما يعرف بأنه:" عبارة عن العلامة، و منه أشراط الساعة، و الشروط في الصلاة "، [4] و يعرف الشرط أيضا : " العلامة التي يجعلها الناس بينهم ". [5]

---

[1]– سورة محمد، الآية 18.

[2]– ابن النجار، شرح الكوكب المنير، المملكة العربية السعودية، المجلد 1، 1413هـ/1993م ، ص 451.

[3]– ابن منظور، لسان العرب، تحقيق علي عبد الرحمان و آخرون، دار المعارف، مصر ، ص 309.

[4]– الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة للنشر و التوزيع و التصدير، القاهرة، ط 1، 2004، ص 108.

[5]– الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 8، 2005، ص 372.

الفرع الثاني: تعريف الشرط في الفقه الإسلامي

للشرط في الفقه الإسلامي معنيين و هما:

المعنى الأول: " هو أمر زائد عن ماهية الفعل و حقيقته الشرعية إذ يتوقف عليه وجود الفعل، فيلزم عدم ذلك الفعل، و لا يكون لوجوده تأثير في وجود الفعل ". [1]

أو أن الشرط: " إلتزام العاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد، سواء كان مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا، أو كان منافيا له، أو يحقق منفعة لمن إشترط لصالحه ". [2]

و عرفه العلامة الحموي بأنه: " التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة "، عن طريق اقتران التصرف بالتزام أحد العاقدين بالوفاء بأمر زاد عن أصل العقد و غير موجود وقت التعاقد و باستعمال عبارة بشرط كذا أو على أن يكون كذا .

و حسب الشيخ منصور البهوتي فإن المعتبر من المشروط هو ما يرد في صلب العقد، كأن يقول فلان زوجتك بنتي بشرط ألا تخرجها من بلدها و يقبل الزوج بذلك. [3]

و المعنى الثاني: " هو ما يلزم من عدمه عدم الحكم، و لا يلزم من وجوده وجود و لا عدم لذاته ". [4]

شرح التعريف:

قوله: " **ما يلزم من عدمه عدم الحكم** "، المقصود به الشرط الشرعي كقول الفقهاء: شرط الصلاة الطهارة، و ستر العورة، و إستقبال القبلة.

فصحة الصلاة متوقفة على شرط الطهارة و الستارة، و إستقبال القبلة، و عدم هذه الشروط يلزم منه عدم صحة الصلاة.

[1]– زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة و القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص31.

[2]– رشدي شحاتة، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص 32.

[3]– علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 10.

[4]– القرافي، شرح تنقيح الفصول في إختصار المحصول في الأصول، دار الفكر، لبنان، ط 1، 1973، ص 80.

و لا يدخل في التعريف الشرط اللغوي المعلق على إحدى أدوات الشرط كإن، بل هو المعنى العلة و السبب .

و لا يدخل الشرط الجعلي، و هو جعل شيء قيدا في شيء: كشراء الدابة بشرط كونها حاملا، و بيع العبد بشرط العتق. [1]

و فيه احتراز من المانع، لأن المانع لا يلزم من عدمه وجود و لا عدم.

قوله: " **و لا يلزم من وجوده وجود و لا عدم** "، أي لا يلزم من وجود الشرط كالطهارة مثلا، وجود الحكم، و هو صحة الصلاة، فقد توجد الطهارة و يصلي، و لكن قبل دخول الوقت، فهنا لا تصح الصلاة، و قد توجد الطهارة و يصلي بعد دخول الوقت بدون مانع فتصح الصلاة. [2]

و فيه احتراز من السبب، لأن السبب يلزم من وجوده العدم.

مثال مقارنة الشرط للسبب، وجود الحول الذي هو شرط لوجوب الزكاة، مع النصاب الذي هو سبب للوجوب، فالزكاة وجبت لوجود السبب، هو النصاب، و ليس لذات الشرط، إذ وجود الحول دون النصاب، لا يوجب حكما شرعيا، و لا يتعلق به حكم شرعي .

و مثال مقارنته للمانع، وجود الدين المانع من الزكاة، و كما قال القرافي: الشرط بالنظر إلى ذاته، لا يلزم من وجوده شيء، و إنما يتأتى اللزوم من الأمور الخارجة . [3]

و قيل أن الشرط: هو ما يتوقف عليه الحكم و ليس بعلة الحكم، أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط [4] و لا يلزم من وجوده وجود المشروط، و مثال ذلك الشروط التي يتطلبها المشرع لإبرام العقود، كشرط الأهلية، فإنها إلزامية في كل عقد، حيث أن فاقد الأهلية كالمجنون لا ينعقد عقده. [5]

---

[1]– علاء الدين الحنبلي، التحبير في شرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد، الرياض، ج 1، 1997، ص 1069.

[2]– عبد الكريم بن علي، المهذب في أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، مجلد 1، 1999، ص 401.

[3]– القرافي، مرجع سبق ذكره، ص 82.

[4]– نور الدين عباسي، اتفاق الضبط في الفرق بين السبب و الشرط، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، 1995، العدد 04، ص 352.

[5]– كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة و النشر و التوزيع، تونس، 1983، ص 36.

الفرع الثالث: تعريف الشرط في القانون

بعد أن تعرضنا إلى تعريف الشرط في اللغة ثم تعريفه في الفقه الاسلامي، نتطرق في هذا الفرع لتعريف الشرط في القانون ما دامت دراستنا مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون، لقد تطرق القانون المدني للشرط في القسم الأول من الفصل الأول في الباب الثالث تحت عنوان الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام و هو ما نص عليه في **المادة 203** على ما يلي: " يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على مستقبل و ممكن وقوعه "، [1] و قد قرن القانون المدني بين الشرط و الأجل، لكن قدم الشرط على الأجل في الدراسة، غير أنه لم يعط تعريفا دقيقا للشرط، و أدرج الشرط في باب بعنوان الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، إقرارا منه لإرادة المتعاقدين في الاشتراط و هذا لتعديل العقد أو التصرف فيه .

فالشرط في الفقه القانوني ذو معاني ثلاثة:

المعنى الأول للشرط " و هو ما يتطلبه المشرع لترتيب أثر قانوني معين، و هذا ما يسمى بالشرط القانوني، كاشتراط المشرع لصحة العقد أن يكون كل من المتعاقدين متمتعا بالأهلية اللازمة لابرام العقد، و أن يكون رضا كل منهما سالما من العيوب، أو اشتراطه لانعقاد بيع العقار أو الرهن التأميني التسجيل في السجل العقاري أو اشتراطه لاستحقاق التعويض وقوع الضرر، أو اشتراطه لاستحقاق الإرث موت المورث قبل موت الوارث و نحو ذلك من الشروط التي يكون مصدرها القانون دون أن تكون للإرادة دخل في ثبوتها ".

و المعنى الثاني للشرط هو: " أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله". فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط، كان الشرط واقفا. أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط كان الشرط فاسخا. [2]

أما المعنى الثالث للشرط فهو: " المعنى المتعلق بالأحكام التي يشترطها المتعاقدان في العقد المبرم بينهما، أو بعبارة أخرى بكل ما يشترطه الطرفان لتحديد كلاهما المتعاقدين وتعني التزامهما و حقوقهما الناشئة عنها و هذا ما يعرف بالشرط المقترن بالعقد. [3]

---

[1]– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المعدل و المتمم بالأمر 07–05 المؤرخ في 13 ماي 2007، المتضمن القانون المدني.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 05.

[3]– صبحي المحمصاني، الطريقة العامة للموجبات و العقود في الشريعة الاسلامية، ج 2، ط 2، دار العلم الاسلامي، بيروت، 1972، ص 206 .

المطلب الثاني: الفرق بين الشرط المقترن بالعقد و بعض المفاهيم المشابهة

يستعمل الشرط في لغة القانون للدلالة على معان أخرى تختلف عن معنى الوصف الذي يلحق الالتزام و يعدل آثاره، و هو ما سنتناوله فيما يلي:

الفرع الأول: التمييز بين الشرط و الركن

إن ركن أي تعريف من التعريفات القانونية هو جزؤه الذي لا يتحقق وجوده إلا به، و يعرف الركن في اللغة بأنه: أحد الجوانب القوية التي يستند إليها الشيء و يقوم به، و هو أقوى جوانب الشيء". [1]

أما الركن في اصطلاح الفقهاء فهو: " ما يتوقف عليه وجود الشيء و كان جزءا من حقيقته " فالرضا و المحل و السبب كلها أركان متطلبة لقيام العقود. [2]

أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الحكم و يكون خارجا عن حقيقته و ماهيته، و يتفق الشرط مع الركن في أن كل منهما يتوقف عليه وجود الحكم، فإذا تخلف الركن بطل الحكم، و إذا تخلف الشرط فسد الحكم، أي أن الحكم يتوقف وجوده على وجودهما، فعدم وجود المحل في العقد يستلزم بطلان العقد، فالوضوء باعتباره شرطا لصحة الصلاة يترتب على تخلفه تخلف الصلاة. [3]

و يكمن الفرق بين الشرط و الركن في أن الركن يعتبر جزءا من حقيقة الشيء المشروط أو ماهيته، بينما يعتبر الشرط خارجا عن ماهية المشروط و حقيقته و ليس جزءا منه، فالركوع ركن في الصلاة لأنه جزء من حقيقتها، و الوضوء شرط صحة في الصلاة لأنه أمر خارج عن ماهيتها.

و يترتب على ذلك حصول خلل في الماهية إذا وقع خلل في ركن من الأركان، أما إذا حصل خلل في شرط من الشروط فيترتب على ذلك حصول خلل في أمر خارج عن حقيقة الشيء .

[1]– حسن حسنين، أحكام الأسرة المسلمة فقها و قضاءا، دار الآفاق العربية، 2001، ص 95.

[2]– رشدي شحاتة، مرجع سبق ذكره، ص 23.

[3]– نور الدين لمطاعي، الشرط المقترن بالعقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1996/1995، ص 24.

الفرع الثاني: التمييز بين الشرط و العلة

العلة أو السبب هو كل حادث ربط به المشرع أمر آخر وجودا و عدما، و هو خارج عن ماهيته،[1] أو هو ما يلزم من وجود الوجود و عدم العدم، فعلى سبيل المثال يعتبر العمل الضار سبب موجبا للتعويض.

و ما يمكن ملاحظته من خلال تعريف السبب و مقارنته بالشرط أنهما يتفقان في حالة العدم، أي أنه إذا انعدم الشرط انعدم المشروط، و إذا انعدم السبب انعدم المسبب، و لكنهما لا يفترقان من حيث أن المسبب متى وجد يلزم من وجوده وجود الحكم، ما لم يوجد ما يمنع ذلك، بخلاف الشرط فإن وجوده لا يستلزم الحكم المشروط، فلا يلزم مثلا وجود الشاهدين وجود عقد الزواج.

و السبب أيضا هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معروفا لحكم شرعي، كجعل زوال الشمس امارة معرفة لدخول وقت صلاة المغرب ...[2]

فالشرط و السبب يلزم من عدمها العدم، فيلزم من زوال الشمس دخول وقت الصلاة، و يلزم من عدم زوالها، عدم دخول وقت الصلاة. [3]

أما الشرط ما كان عدمه مشتملا على حكمة مقتضاها، نقص حكم السبب عليه فالشرط و السبب من خلال تعريفها، نجد أنهما في حالة العدم أي أنه إذا انعدم الشرط انعدم المشروط، و إذا انعدم السبب انعدم المسبب، و يفترقان من حيث أن السبب من وجد يلزم من وجوده الوجود، و الحكم ما لم يوجد ما يمنع ذلك...[4]

مثال ذلك وجود الحول الذي هو شرط لوجوب الزكاة، مع النصاب الذي هو سبب للوجوب، فالزكاة وجبت لوجود السبب، هو النصاب، و ليس لذات الشرط، إذ وجود الحول دون النصاب، لا يوجب حكما شرعيا، و لا يتعلق به حكم شرعي. [5]

[1]– رشدي شحاتة ، مرجع سبق ذكره، ص 34 .

[2]– وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ج 1، ط 1، 1986، ص 95.

[3]– الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 1، ط 1، 1983، ص 172.

[4]– علاء الدين الحنبلي، مرجع سبق ذكره ، ص 104.

[5]– القرافي، مرجع سبق ذكره، ص 82.

الفرع الثالث: التمييز بين الشرط و الوعد

الوعد في اللغة: من وعد يعد من باب ضرب يضرب، عدة و وعدا، فأما العدة فتجمع على عدات، و أما الوعد فلا يجمع، و المواعدة مفاعلة و هي ما بين طرفين و لا يجوز في رأي الجمهور جمع الوعد.

أما في اصطلاح الفقهاء، فالوعد معناه الإلتزام بما لا يلزم ابتداء، و قد ورد لفظ الوعد في القرآن الكريم في آيات كثيرة، منها **قوله تعالى:** " **كَبُرَ مَقْتًا عِندَ اللَّهِ أَن تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ** " [1]، **و قال تعالى** في مدح و ثناء إسماعيل عليه الصلاة و السلام:" **وَاذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ...**". [2]

و من السنة فقد وردت عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أحاديث كثيرة تحث على الوفاء بالعهد، عن أبي هريرة رضي الله عنه و **أن رسول الله قال:** " **آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب و إذا أؤتمن خان و إذا وعد أخلف** "، و من ثم فليس للمسلم التشبه بصفات المنافقين.

و يتميز الوعد عن الشرط في كون الأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاء و إن كان الوفاء به مطلوبا ديانة ، فلو وعد إنسان شخصا آخر ببيع منزل معين فلا ينشأ بذلك حق للموعود له، و ليس له أن يجبره على تنفيذه بقوة القضاء، إلا إذا صدر الوعد معلقا على شرط، فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد، و يكتسي ثوب الالتزام و التعهد فيصبح عندئذ ملزما لصاحبه كما ذهب إلى ذلك فقهاء الحنفية .

إن الفقهاء و إن كانوا قد فرقوا بين الوعد و الشرط من حيث أثر كل منهما فإنهم لم يضعوا ضابطا لتحديدا ما يعد شرطا و ما يعدو وعدا، و تركوا تحديد ذلك، إلى أعراف الناس و عاداتهم، و إلى قرائن الأحوال إذا كان الإخبار عن العقد بصيغة المضارع، أما إذا كان بصيغة الماضي فلا يحتاج إلى قرينة.[3]

و في الأخير نخلص إلى أنه بالرغم من محاولة الفقهاء التمييز بين الشرط و ما يشابهه من مصطلحات إلا أن الخلط و اللبس و الغموض لا يزال يشوب التعريف الاصطلاحي للشرط، فتارة يسمى الركن بالشرط و تارة يسمى السبب بالشرط [4]، و لتجاوز هذا الإشكال يتعين علينا دراسة الأسس التي يقوم عليها الشرط و مصادره أقسام الشرط و هو ما سنبحثه في المبحث الموالي.

---

[1]– سورة الصف، الآية 03.

[2]– سورة مريم، الآية 54.

[3]– أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الإسلامي، دار الأنصار، د س ن، ص 215.

[4]– يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار، الجزائر، 2007/2006، ص 19.

المبحث الثاني: الأسس التي يقوم عليها الشرط و أصنافه

نتناول أولا الأسس التي يقوم عليها الشرط المقترن بعقد الزواج في المطلب الأول، ثم مصادر الشرط في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأسس التي يقوم عليها الشرط المقترن بالعقد

من خلال الاستناد إلى تعريف الشرط في اللغة و الفقه الإسلامي و القانون، يمكن استنتاج أهم الأسس التي يقوم عليها الشرط و التي سوف نقوم بذكرها كالتالي:

الفرع الأول: الشرط أمر غير محقق الوقوع

بمعنى أن يكون الأمر الذي علق عليه وجود الالتزام أو زواله غير محقق الوقوع، أما إذا كان الأمر محقق الوقوع إن عاجلا أو آجلا، سواء كان موعد تحققه معلوما أو غير معلوم فلا يكون شرط، ذلك أن مثل هذا الأمر المحقق الوقوع يفتقر إلى عنصر الجهالة و الشك، و هو عنصر يلازم الشرط فلا يقوم بدونه، فإذا قلت لشخص مثلا أعطيك ألف دينار إذا حل الصيف، فلا يكون تصرفي تصرفا موقوفا على شرط، لأن حلول الصيف أمر آتي في موعده بل إن تصرفي هذا يعتبر تصرفا مقرونا بأجل يتأخر التنفيذ إلى الميعاد الذي يحل فيه الصيف.

على أن الأمر المحقق الوقوع قد يقترن بملابسات تجعل فيه أمرا غير محقق الوقوع، فإذا قلت لشخص مثلا أعطيك ألف دينار إذا توفي فلان خلال السنة الجارية، يكون تصرفي مقرون بشرط لأن الموت و إن كان محقق الوقوع في ذاته، إلا أن حصوله خلال السنة الجارية هو أمر مشكوك فيه، و بذلك يصبح الموت في نطاق الملابسات التي أحاطت به شرط لا أجلا. [1]

و يذهب رأي في الفقه إلى أن كل ما يجعل وجود الالتزام أمر غير محقق الوقوع فهو شرط، و لو كان عنصرا جوهريا في الالتزام ذاته، و إنما يراد بأن الشرط أمر عارض في الالتزام و ليس حتما أن يكون معلقا على شرط، بل أن الأصل في الالتزام هو أن يكون غير مشروط، بمعنى أن يكون بسيطا منجزا، و هذا هو الأصل في كل الالتزامات، فإن وصف الشرط يستوي أن يلحق عنصرا جوهريا أو غير جوهريا في الالتزام. [2]

---

[1]– تعريف الشرط و خصائصه و أصنافه https://estifada.com/ ، تاريخ الاطلاع 2020/08/01.

[2]– إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، ج 2، الدار الجامعية للنشر، مصر، د س ن، ص 294.

و من هنا يتضح التمييز بين الحق المشروط و الحق الإحتمالي، فالوصف في الحق المشروط أمر عارض يلحق الحق بعد تكامل عناصره، أما الوصف في الحق الإحتمالي فأمر غير عارض، لأن الحق الإحتمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصر تكوينه و الوصف في الحق الإحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهري، و مثاله حق الشفيع قبل أن يعلن إرادته في الأخذ بالشفعة، إذ أن الشفيع قبل الإعلان عن هذه الإرادة ليس له حق كامل، و لا يصبح كاملا إلا إذا أعلن الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، فالحق الإحتمالي نقصه عنصر من عناصر تكوينه، و هو إعلان هذه الإرادة، و لا يعتبر هذا شرطا و إنما عنصر في تكوينه.

و توجد ميزتين أساسيتين تفرق بين الحق المشروط و الحق الإحتمالي:

أولا: يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط، إذ الشرط أمر عارض، أما الحق الاحتمالي فهو حق ينقصه عنصر من عناصر تكوينه حتى يكتمل، و لا يمكن تصوره دون العنصر الجوهري لا من وقت وجود الحق الاحتمالي.

ثانيا: إن لتحقق الشرط في الحق المشروط أثر رجعي، أما إذا إستكمل الحق الاحتمالي العنصر الجوهري الذي ينقصه لا يكون له أثر رجعي، حيث يكون الحق كاملا من وقت إستكمال العنصر الجوهري لا من وقت وجود الحق الاحتمالي. [1]

الفرع الثاني: الشرط أمر مستقبلي

حتى يكون الالتزام المعلق على شرط موصوفا و صحيحا من الناحية القانونية و مرتب لآثاره، لابد أن يكون أمرا مستقبلا، [2] و يظهر ذلك جليا في نص **المادة 203** من القانون المدني التي تنص على أنه " **يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل و ممكن وقوعه** ". [3] فيشترط المشرع بمقتضى هذه المادة أن الواقعة التي تصلح شرط في الالتزام أن تكون أمرا مستقبلا، لا أن تكون قد تحققت وقت التعهد لأن الالتزام في هذه الحالة يكون منجزا لا معلقا على شرط.

[1]– نعيم محمد، الشرط و الأجل بنوعيهما في القانون المدني الجزائري و في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية و السياسية، جامعة الجزائر، 1976، ص 57.

[2]– منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ج 2، مكتبة الثقافة للنشر ، عمان، د س ن، ص 151.

[3]– الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

فالشرط كوصف يرد على الالتزام لا يصح أن يكون إلا أمرا مستقبلا، بمعنى أن يكون متعلقا بواقعة لم تحصل، أي غير ماضية و لم تتحقق بعد، [1] مثاله الأستاذ الذي يعد بالعلامة الجيدة عند نهاية الفصل في حالة بقاء التلميذ على سلوك جيد، و كذلك الشخص الذي يعلن إن عثر على حاجته المفقودة أنه يعطي مكافأة، فالالتزام بإعطاء المكافأة معلق وجوده على شرط أي أن نشوء الالتزام بدفع المكافاة النقدية يتوقف على تحقق الشرط مستقبلا، أما عن مصدر الالتزام فهو الإرادة المنفردة. [2]

و الأمر المستقبلي قد يكون أمرا إيجابيا و قد يكون أمرا سلبيا، و الأمر الإيجابي و الأمر السلبي يستويان في الحكم، على أن ثمة فارقا عمليا يبرز من ناحية تقدير الوقت الذي يعتبر فيه متحققا أو مختلفا.

فعندما يكون الشرط أمرا إيجابيا تحدد عادة مدة قصيرة، بحيث إذا انقضت هذه المدة دون أن يتحقق الأمر اعتبر الشرط متخلفا، أما إذا كان الشرط أمرا سلبيا فالمدة غالبا ما تكون طويلة، و ما دام الأمر الذي ينطوي عليه الشرط، لا بد أن يكون مستقبلا، فإن الأمر الماضي أو الأمر الحاضر لا يصح أن يكون شرط حتى و لو كان مجهولا من أحد طرفي الإلتزام أو من كليهما. [3]

مثاله الأم التي إلتزمت بأن تهب لإبنها سيارة إذا نجح في شهادة البكالوريا كان هذا الإلتزام معلق على شرط نجاح إبنها و هو أمر إيجابي، أو الزوج الذي يوصي لزوجته بتركة كبيرة على شرط ألا تتزوج بعده، قد علق الوصية على شرط و هو عدم زواج إمرأته و هو أمر سلبي.

و الواضح أنه لا يوجد إختلاف في الحكم بين ما إذا كان الشرط أمرا إيجابيا أو أمر سلبيا، إلا من ناحية تقدير الوقت الذي يكون فيه الشرط قد تحقق أو تخلف، [4] كما ذكرنا سابقا، مثال ذلك لو أن شخص قال لشخص آخر بعتك هذه الدار بشرط أن يعطيه رهنا أو كفيل معين بالثمن، فعقد البيع اقترن بشرط يلزم أحد المتعاقدين بأمر يحدث في المستقبل و هو تقديم الكفالة أو الرهن بعد إتمام العقد، فالشرط هنا التزام أمر لم يوجد في الماضي أو في الحال، بل التزام سيوجد في المستقبل في أمر قد يوجد بالفعل. [5]

---

[1]– عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، د ط، دار العلوم للنشر ، د س ن، ص42.

[2]– منذر الفضل، مرجع سبق ذكره، ص 152.

[3]– تعريف الشرط و خصائصه و أصنافه https://estifada.com/ ، مرجع سبق ذكره.

[4]– رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 261.

[5]– محمد عبد الله علي طلاحفة، التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية، رسالة دكتوراه، جامعة الأردن، 2004، ص 10.

الفرع الثالث: الشرط أمر ممكن الحدوث

إن الإلتزام المعلق على أمر مستحيل الحدوث لا يصلح أن يكون شرطا، حيث إذا كانت الواقعة محل الشرط مستحيلة يبطل العقد و الشرط معا، لأن الإستحالة تمنع نشوء الإلتزام قانونا وفقا للقاعدة الكلية " لا إلتزام في المستحيل "، و قد أشارت إلى ذلك **المادة 204** من القانون المدني صراحة على أنه: "لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام... [1]

و الإستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية، و تتحقق الإستحالة المادية متى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقق الشرط كتعليق الهبة على الطيران في الهواء بغير طائرة أو عدم غروب الشمس في اليوم الموالي، أما الإستحالة القانونية فمناطها نص القانون، حيث يعتبر الشرط مستحيلا إذا واجه عقبة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم. [2]

و هناك نوعين من الإستحالة :

1- الإستحالة المطلقة :

و هي الإستحالة التي تقوم بالنسبة لجميع الناس، و التي تمنع صحة التعليق، فإذا علق الملتزم وجود إلتزامه على أمر مستحيل إستحالة مطلقة، فإن الإلتزام لا يوجد أصلا.

و الإستحالة المطلقة تعني عدم تحقق الشرط بالوسائل المعروفة لدى الإنسان، و قد تكون مادية ترجع إلى طبيعة الأشياء، مثاله أن يعد شخص آخر بجائزة إذا لمس الشمس بيده، أو طار في الجو دون أي وسيلة، و قد تكون قانونية ترجع إلى حكم القانون مثاله تعليق الإلتزام بالزواج بأحد المحارم، حيث أن الزواج بالمحارم مستحيل شرعا و قانونا، أو كمن يعد بجائزة لمن يكسب الطعن في قضية بعد فوات الميعاد القانوني للطعن، فالإستحالة هنا مطلقة تؤدي إلى بطلان الإتفاق المعلق عليه، و يبطل الإلتزام. [3]

2- الإستحالة النسبية :

و هي تلك الإستحالة التي تقوم بالنسبة لشخص معين، فيستحيل عليه القيام بالإلتزام مع أن غيره يستطيع ذلك، مثاله التعهد لشخص بمكافأة مقابل رسم لوحة معينة مع إفتقاره للخبرة اللازمة للرسم.

---

[1]- الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

[2]- محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2000، ص 50.

[3]- محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009، ص 196.

و الإستحالة النسبية لا تمنع وجود الإلتزام، و يجب أن تكون الإستحالة قائمة وقت تعليق الإلتزام، فإذا كان الشرط ممكن في ذلك الوقت ثم مستحيلا بعد ذلك، فإن الشرط يكون صحيحا، و يختلف أثر الإستحالة بحسب ما إذا كان الشرط مستحيلا واقفا أم فاسخا، فإذا كان الشرط المستحيل واقفا، فإن الإلتزام لا وجود له مطلقا لإستحالة تحقق الأمر المشروط الذي علق عليه وجوده، مثاله لو قال شخص لآخر أعطيك عشرة آلاف دينار إن لمست السماء بيدك.

أما إذا كان الشرط المستحيل فاسخا فإنه لا أثر له على الإلتزام، حيث يبقى قائما، إذ يعتبر الشرط غير قائم و الإلتزام منجزا أي بسيطا غير موصوفا. [1]

المطلب الثاني: أصناف الشرط المقترن بعقد الزواج

نتطرق إلى أهم أصناف الشرط، حيث نجده على أنواع مختلفة يمكن تصنيفها من زوايا متعددة، و عليه نتناول في هذا المطلب مصادر الشرط ثم وظيفته و أخيرا موضعه.

الفرع الأول: مصادر الشرط

نتناول بيان مصادر الشرط كما يلي:

أولا: الشرط مصدره الإرادة

إن الإتفاق الذي يرد على شرط مصدره الإرادة، الملتزم هو الذي يتفق مع الملتزم له أن يكون الإالتزام معلقا على شرط واقف أو على شرط فاسخ، فمصدر الشرط هو إرادة الملتزم وحدها إذا كان الإلتزام نفسه هو وليد هذه الإرادة، إذ الإرادة المنفردة تسمح للملتزم أن يلتزم إلتزاما منجزا خاليا من أي شرط، كما يملك كذلك حق في أن يعلق التزامه على شرط واقف أو فاسخ، [2] و يمكن لهذه الإرادة أن تكون صريحة أو ضمنية، مثاله الإكتتاب في أسهم شركة تحت التأسيس، يقتضي فيه أن كل مكتتب اكتتب أسهمه بشرط أن تتم تغطية الإسم إذ الشركة لا يتم تأسيسها إلا بهذه التغطية، مثاله أيضا حالة قيام البلدية بإصدار سندات و طرحها في السوق للإكتتاب و صرحت بأن الغرض من هذا القرض هو إنجاز مشروع معين، فالإكتتاب يعتبر في هذه الحالة عملية جماعية حيث يكون كل إكتتاب مشروط بتغطية جميع السندات، حيث يعتبر شرط ضمني موافقة جميع الدائنين على صلح ودي مع المدين، اذ أن الصلح الودي لا يتم إلا بموافقة جميع الدائنين. [3]

---

[1]– نعيم محمد، مرجع سبق ذكره، ص 50.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص 31.

[3]– أنور طلبة، المدلول في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، ج 4، الإسكندرية، 2004، ص 238.

و تنقسم الشروط التي مصدرها الإرادة إلى ثلاثة أنواع: شروط مناقضة لمقصود العقد، و شروط يقتضيها العقد، و شروط لا يقتضيها العقد و لا تناقض مقصوده.

أ- الشروط المناقضة لمقتضى العقد:

الشرط المناقض لمقصود العقد إذا اقترن بالعقد، يلغى و لا يعمل به، و ليس لمشترطه المطالبة بتطبيقه أو إلزام الطرف الآخر به، بل إنه في حكم العدم، بمعنى إذا اقترن العقد بشرط مناقض لمقصوده فإنه يفسخ قبل الدخول و يثبت بعده بمهر المثل، و لكن يلغى الشرط، فلا يعمل به، بل يعد لاغيا أو باطلا، كأن لم يقع أصلا، و ذلك مثل أن يتزوجها بشرط ألا يقسم لها في المبيت مع زوجة أخرى، أو أن يؤثر عليها غيرها، كأن يجعل لضرتها ليلتين و لها ليلة واحدة، أو يتزوجها بشرط ألا ميراث بينهما أو ألا ترثه أو أن تكون نفقتها عليها أو على أبيها أو أحد أوليائها، أو تشترط هي عليه أن يكون أمرها بيدها أو يؤثرها على ضرتها أو ألا تأتيه إلا ليلا أو نهارا أو وقتا معينا، وغيرها من الشروط، فهذه الشروط منافية لمقتضى العقد، لأن من مقتضيات عقد النكاح مثل لزوم النفقة على الزوجة، و العدل بين الزوجات، و القوامة في البيت للزواج. فإشتراط ضدها مناف لحقيقة عقد النكاح و مقصوده. [1]

ب- الشروط التي لا يقتضيها العقد و لا ينافيها:

و هي التي ليس في اشتراطها إخلال بالعقد أو بأحد مقتضياته، إذ لا منافاة بينهما، و ذلك مثل أن تشترط عليه ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها أو من مكان ما، أو يسكنها مسكنا مستقلا أو مسكنا بمواصفات معينة كشقة وسط البلد أو الحي مثلا، أو تشترط عليه أن يشتري لها مسكنا تتملكه بإسمها- بعد الإتفاق على الصداق- أو إشترط الزوج عليها أن تقاسمه أجرة عملها أو يستحوذ عليها... فالعقد بهذا النوع من الشروط صحيح و لا يحكم بفسخه سواء قبل الدخول أو بعده، و يستحب الوفاء بمثل هذه الشروط، و لكن لا يلزم الوفاء بها، أما أصل الإشتراط، فمكروه لما فيه من التحجير و التضييق. و لم يعتبر المالكية الشروط ملزمة في هذين النوعين لحديث عائشة رضي الله عنها حينما إشترت بريرة فاشترط أهلها أن يكون الولاء لهم، فقال لها النبي صلى الله عليه و سلم: " خذيها و إشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق " ثم قام و خطب في الناس:" أما بعد، فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى، ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل و إن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، و شرط الله أوثق، و إنما الولاء لمن أعتق ". [2]

---

[1]-عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر،2010، ص 148.

[2]- أخرجه البخاري في العتق، باب بيع الولاء و هبته، ح رقم 2536، ج 5، ص 198.

ج- الشروط التي يقتضيها العقد و لو لم تذكر فيه:

و هي تلك الشروط المتضمنة في العقد و المفهومة منه سواء ذكرت فيه أم لم تذكر، كحسن العشرة و إجراء النفقة و القوامة للرجل و دفع الصداق و غيرها، فهذه الشروط سماها المالكية بالجائزة، و قالوا بأن وجودها في العقد و عدمه سواء، و وجوب الوفاء بها ثابت بالشرع بمقتضى عقد الزوجية.

لقد سبق و أن عرفنا أن فقهاء المالكية قالوا بأن الوفاء بمثل هذا الشرط مستحب فقط و لا يجب الوفاء به على من إلتزمه، و اعتبروا اشتراطه مكروها مع إقرارهم بأنه غير منهي عنه شرعا و ليس منافيا لمقتضى العقد، و ما كان على هذه الصفة فحقه أن يوفى به و لا يلغى أو يهمل، لأنه غير داخل في معنى حديث: " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل "، بل دخوله في الموافقة أوضح و أولى **لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ... "** . [1]

كما أن الشرط يقابله في الغالب عوض مادي أو معنوي للطرف المقابل، لأن المشترط يريد تحقيق منفعة معينة فيشترط لنفسه ما يشترط و يدفع عنها ضررا متوقعا قد يلحقه عاجلا أو آجلا، ثم لما رأى الطرف الثاني مصلحته كامنة في قبوله ذلك الشرط قبله مع إمكان أن يكون قد كسب تنازلات معينة من الطرف الآخر جزاء اشتراطه، فكيف يقال بهدر الإشتراط و عدم إلزامه ؟ و لماذا يقبل مثل هذا الشرط في المعاوضات المالية و التبرعات و يعمل به و يلغى هنا و لا يقبل ؟

إن الشارع الذي أبطل الشروط التي ليست في كتاب الله جعل شروط النكاح أحق بالوفاء و ذلك لأن أمر النكاح أحوط، و بابه أضيق، فتعين الوفاء بشروطه التي إرتضاها الطرفان مما لا يخالف نصا شرعيا و لا ناقض مقصود العقد.

فعن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج ". [2]

و قد حمل الفقهاء القائلون بعدم لزوم النوع الثاني من هذه الشروط الواردة في هذا الحديث على الشروط التي هي من مقتضيات النكاح، فهي التي يجب الوفاء بها، كإشتراط العشرة بالمعروف و الإنفاق

و الكسوة و السكنى و أن لا يقصر في شيء من حقها من قسمة و نحوها، أو كشرطه عليها ألا تخرج إلا بإذنه أو ألا تمنعه نفسها أو ألا تتصرف في متاعه إلا بإذنه ورضاه... [1]

---

[1]- سورة المائدة، الآية 1.

[2]- أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقد النكاح، ج 5، ص 380.

قال ابن دقيق العيد: " و ربما حمل بعضهم الحديث على شروط يقتضيها العقد مثل: أن يقسم لها و أن ينفق عليها و يوفيها حقها أو يحسن عشرتها و مثل: أن لا تخرج من بيته إلا بإذنه و نحو ذلك مما هو من مقتضيات العقد، و في هذا الحمل ضعف، لأن هذه الأمور لا تؤثر الشروط في إيجابها، فلا تشتد الحاجة إلى تعليق الحكم بالإشتراط فيها.

و مقتضى الحديث: أن لفظة " **أحق الشروط** " تقتضي أن يكون بعض الشروط يقتضي الوفاء و بعضها أشد اقتضاء له. و الشروط التي هي مقتضى العقد مستوية في وجوب الوفاء، و يترجح على ما عدا النكاح، الشروط المتعلقة بالنكاح من جهة حرمة الأبضاع و تأكيد استحلالها و الله أعلم". [2]

و عليه فالشرط إذا وقع في العقد مكتوبا و صريحا و لم يكن فيه مخالفة لنص شرعي أو مخلا بمقاصد العقد و مقتضياته بل كان خارجا عن ذلك مما يشترطه الناس لأنفسهم جلبا لمصلحة أو دفعا لمفسدة و كان المشترط عليه راضيا، فإن الشرط يكون ملزما و ليس له التملص منه أو مخالفته، لأن ذلك يعد خلفا للعهد و غش و خداع، و هذا مما ينافي قيم الشريعة و مقاصدها. [3]

ثانيا: الشرط مصدره القانون

الشرط الذي مصدره القانون هو ذلك الشرط الذي يكون إشتراطه بحكم نص قانوني، كشرط الأهلية لإبرام العقود، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في **المادة 78** من القانون المدني " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون "، [4] أو الشروط التي يشترطها القانون في مختلف أنواع العقود و التصرفات من بيع و هبة... [5]

و الواضح أن الشرط الذي مصدره القانون هو أمر عارض، لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره، حيث يمكن تصور الحق بدونه، فالشرط هو عنصر من عناصر الحق ذاته لا يتصور قيام الحق بدونه، إنما هو وضع معين يقرره القانون، و يرتب عليه نتائج معينة و ليس له أثر رجعي.

---

[1]– عبد القادر داودي، مرجع سبق ذكره، ص 150 .

[2]– محمد بن علي بن وهب،إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، مطبعة السنة المحمدية،ج 1، القاهرة، د س ن، ص 394.

[3]– ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مكتبة الصفاء، ط 1،ج 5، القاهرة، 2002، ص 106.

[4]– الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

[5]– عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي و بعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، قسم الشريعة، جامعة العقيد لخضر، باتنة، 2003/ 2004، ص 11.

فمصدر الشرط هو الإرادة إذ أن تعليق الإلتزام على الشرط يجب أن يكون وليد إرادة الطرفين، أما إذا كان القانون هو الذي علق الحكم على إستيفاء الشرط، فلا يكون الإلتزام في هذه الحالة شرطيا. [1]

و يتضح مما تقدم أن الشرط هو وصف يلحق الحق نفسه لا الإرادة التي هي مصدره، و من ثم يكون جزء من نظرية الإلتزام في ذاته لا من نظرية التصرف القانوني، و هذا ما أخذ به القانون المدني الجزائري. [2]

و الفرق الأساسي الموجود بين الشرط الذي مصدره الإرادة و الشرط الذي مصدره القانون من زاوية الأثر المترتب عنهما، أنه في حالة انتفاء الشرط ينتفي المشروط، فمثلا تخلف شرط وفاة المورث ينتفي معه استحقاق الإرث، بخلاف الشرط الذي مصدره الإرادة فإن المشروط يمكن أن يوجد من دون شرط فلو قال الزوج لزوجته إن خرجت من الدار فأنت طالق، فلو تحقق الشرط فيبقى من الممكن أن يقع الطلاق بسبب آخر. [3]

ثالثا: الشرط مصدره العرف

هو ما يتقيد به التصرف بناءا على ما اعتاده جمهور الناس و ما ألفوه من قول أو فعل، تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن أثره في نفوسهم و صارت تتلقاه عقولهم بالقبول و تحس أنها ملزمة بإحترامه، و من بين الأمثلة عن الشرط العرفي في بعض الدول الإسلامية تقسيم المهر إلى معجل و مؤجل بنسب مختلفة من دولة إلى أخرى، أو أن يبيع شخص لآخر سلعة بثمن معين دون أن يشترط حلول الثمن و لا تعجيله، و يكون المتعارف عليه التأجيل إلى شهر أو التقسيط على أشهر معلومة فإن الثمن يقسط على تلك الشهور المتعارفة، و العرف الصحيح المعتبر الذي أقره الشارع بأن يأتي الحكم على وفقه و مقتضاه، و لكن لكي يعترف بهذا العرف يجب توفر بعض الشروط نذكر منها ما يلي:

1- أن يكون العرف مطردا أو غالبا.
2- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها.
3- أن لا يعارض العرف نصا شرعيا و لا نص قانونيا و لا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية، و لا حكما ثابتا بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلا له ".[4]

[1]- إسماعيل غانم، مرجع سبق ذكره، ص 249.
[2]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص 34.
[3]- كوثر كامل علي، مرجع سبق ذكره، ص 38.
[4]- نور الدين لمطاعي، مرجع سبق ذكره، ص 44.

و قد اختلفت آراء الفقهاء في مدى تقييد العقود و التصرفات بالشرط العرفي فذهب الحنفية إلى إعتبار العرف الصحيح و تقييد العقد به إستنادا إلى بعض القواعد العامة كقاعدة " العادة محكمة "، و قاعدة " الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي "، و ذهب المالكية و الحنفية في إعتبار العرف، أما الشافعية فالأصح عندهم أن العرف لا ينزل منزلة النص الصريح. [1]

و إذا كان الشرط العرفي يجد مكانا له و يرتب أثره في الشريعة الإسلامية على الأقل عند فقهاء الحنفية و المالكية، فإن القانون الوضعي على العكس من ذلك، حيث تفرض التشريعات الوضعية قاعدة إجرائية تنظيمية تقضي بوجوب أن يكون الشرط مكتوبا في صلب العقد أو في عقد رسمي لاحق، فمن يحرص على شرط معين فيجب عليه أن يحرص على كتابته في العقد، إذا كان راغبا فعلا في ألا يفوته مضمون شرطه. [2]

الفرع الثاني: وظيفة الشرط

قد يكون العقد مضافا إلى شرط فيسمى بذلك " شرط الإضافة " أو قد يكون معلقا على شرط فيسمى حينئذ " بشرط التعليق " أو قد يكون مقترنا بالعقد و مقيدا له و يسمى حينها " بشرط التقييد "، و كل هذه الشروط سنقوم بدراستها فيما يلي:

أولا: شرط الإضافة

يعرف الشرط الإضافي أنه تأخير حكم التصرف القولي المنشئ إلى زمن مستقبل معين. كما لو قال شخص لآخر: أجرتك هذه الدار سنة بألف دينار من أول الشهر القادم، فهذا شرط إضافي لا يوجب إلتزاما زائدا عن مقتضى العقد، و إنما يؤخر سريان آثار العقد إلى زمن مستقبل معلوم. [3]

و يعرف أيضا هو ما يتضمن إضافة إنفاذ العقد إلى زمان قادم، كأن يقول: أجرتك هذه الدار اعتبارا من أول الشهر القادم، فهو لا يؤثر في شيء من أحكام الإيجارة، و إنما يجعل حصول العقد مضافا إلى زمن قادم هو مطلع الشهر. [4]

---

[1]– نشوة العلواني، عقد الزواج و شروطه الإتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، 2003، ص 48.

[2]– أحمد خليفة العقلي، الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية، الدار الجماهرية للنشر و التوزيع و الإعلان، ليبيا، 1990، ص 60.

[3]– محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد و آثارها فيه في الفقه الاسلامي، قطر، د س ن، ص 63.

[4]– جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه و القانون، رسالة ماجستير، قسم القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2009، ص 64.

و بخصوص حكم العقد المضاف فإنه ينعقد في الحال، أي أنه عقد قائم بين العاقدين منذ إنشاء الإضافة، و لكن لا يرتب العقد آثاره إلا إذا جاء في الوقت الذي أضيف إليه العقد، و لهذا نجد في كثير من القوانين الوضعية تعبر عن هذا الشرط، بإصطلاح الأجل، فلو قال الخاطب: تزوجت ابنتك غدا أو بعد ثلاثة أشهر، ثم يقول الأب قبلت، فإن مثل هذه الصيغة لا ينعقد بها الزواج لا في الحال و لا عند حلول الزمن المضاف إليه. [1]

ثانيا: شرط التعليق

التعليق على الشرط هو " أمر يعتبره المكلف و يعلق عليه تصرفا من تصرفاته "، مثل إن دخلتي الدار فأنت طالق. [2]

و عليه فإنه يفهم من ذلك أن التعليق على شرط عكس التنجيز، الذي يكون فيه العقد مطلقا مرتبا لآثاره فور صدوره، و يصاغ التعليق عادة بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين نحو " **إن**" و" **إذا** " و " **متى** " و" **كلما** "، كأن يقول إنسان لآخر إن سافر مدينك أنا كفيل بمالك عليه، هنا يكون القائل قد ربط انعقاد الكفالة بتحقيق سفر المدين و هذا تعليق للكفالة، و لكي يكون العقد مطلقا يجب أن يتوفر فيه شرطان أساسيان:

1- يجب أن يكون الشرط المعلق عليه غير موجود وقت التعاقد، فإن كان موجودا فإن التعليق عندئذ يكون صوريا و العقد منجزا.
2- ألا يكون الشيء المعلق عليه مستحيلا، و إلا كان العقد باطلا.

و عليه يمكن القول بأن الشرط المعلق إلتزام إلتزمه العاقد بقوله و ربطه بسببه و علقه بشرطه، فإذا وجد الشرط الذي علق عليه وجب الإلتزام له، [3] بحيث لا يوجد أثر للعقد إلا إذا تحقق الشرط، و هذا ما يتنافى و مقتضى عقد الزواج باعتباره من العقود المنجزة غير المتراخية التنفيذ، و لهذا يكون حكم

[1]- يوسف مسعودي، مرجع سبق ذكره ، ص 26.

[2]- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة، د س ن، ص 60.

[3]- حمودة بدرة، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر أكاديمي، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2017/2016، ص 21.

الزواج المعلق على شرط هو البطلان، [1] و بالتالي فإن هذا النوع من الشرط يخرج عن نطاق بحثنا، و هذا لإختلافه عن الشرط المقترن بعقد الزواج مناط البحث و الدراسة، و يكمن الإختلاف في وجهتين :

1- من حيث الشكل، فالعقد المقترن بالشرط يكون خاليا من أداة الشرط " كأن " و" إذا "، بخلاف العقد المعلق على شرط فإنه يكون بإحدى أدوات الشرط.
2- من حيث المعنى نجد أن العقد المعلق على شرط يتوقف وجوده على وجود الشرط المعلق عليه، فالعقد لا يكون منجزا في الحال بل عند وجود الشيء المعلق عليه. أما في حالة العقد المقترن بالشرط فيكون العقد منجزا واقعا في الحال، و لكن شمله شرط كقول المرأة للرجل تزوجتك بشرط أن تعجل لي المهر كله، أو بشرط ألا تتزوج علي. [2]

و يختلف شرط التعليق عن شرط الإضافة، هو أن الشرط التعليقي يربط حصول العقد برمته على حصول أمر آخر، و هذا الأمر الآخر الذي تعلق به حصول المقصود هو أمر إحتمالي قد يحصل و قد لا يحصل،... كأن يقول: إذا حضر فلان فأنت وكيلي في بيع سيارتي، إذ قد لا يحضر فلان فلا يقع البيع أصلا، أي أن حصول العقد علق على حدوث أمر آخر يحتمل الوقوع، هو حضور فلان. [3]

ثالثا: شرط التقييد

عرفه الحموي بأنه " إلتزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة "، و المقصود من ذلك إقتران التصرف بإلتزام أحد الطرفين أو كلاهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف، و غير موجود وقت التعاقد، و يكون ذلك بورود عبارات في العقد مثل بشرط كذا، أو على أن يكون كذا، و غيرها من الألفاظ الدالة على الإشتراط. [4]

و يسمى عند الفقهاء بالشرط الإقتراني أو المقيد، ذلك أنه يقترن بالعقد ساعة إنشائه و يقيد إطلاقه، و هو زائد على أصل التصرف العقدي أصلا، كأن يشتري ثوبا بشرط أن يخيطه البائع، و يسمى العقد: عقدا مقيدا بشرط. [5]

و يعرف أيضا أنه " الشرط الذي يقترن بالعقد فيزيد من إلتزاماته أو يقويها "، و مقتضاه إلتزام لا يوجد في العقد أصلا، مثال أن يزوجه بشرط أن لا يخرجها من بلدها.

---

[1]- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سبق ذكره ، ص 101.

[2]- محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، مجلد 1، دار محمود للنشر و التوزيع، د س ن، ص 80.

[3]- جواد محمود أحمد بحر، مرجع سبق ذكره ، ص 64.

[4]- كوثر كامل علي، مرجع سبق ذكره، ص 38.

[5]- ابن النجار، مرجع سبق ذكره، ص 453.

و لهذا نجد أن هذا الشرط، يعدل من آثار العقد الأصلية بإلتزامات زائدة وضعها المتعاقدان أو أحدهما، و يسميه بعض الفقهاء شرط الإقتران حيث أنه يكون مقترنا بالعقد. [1]

و يمكن إبراز الفوارق بين شرط التعليق و شرط الإضافة و شرط التقييد، فالشرط المعلق ما كان بصيغة ترتب وجوده على وجود أمر في المستقبل، فلا تترتب آثار العقد إلا إذا وجد الأمـر المعلق عليه، و يسمى هذا الشرط في القانون الوضعي بالشرط الواقف، و إذا تخلف الأمر المعلق عليه زال الإلتزام الناتج عن العقد و يسمى هذا بالشرط الفاسخ، و أما الشرط المقيد فهو موجود بين الطرفين حيث يتولى المتعاقدان تعديل آثار العقد بموجب حكم زائد عن الإلتزام الأصلي. [2]

و إنطلاقا من التعاريف المذكورة أعلاه، يختص الشرط المقيد بما يلي:

1- كونه أمرا زائدا على أصل التصرف فهو ليس عنصرا أساسيا في تكوين العقد.
2- كونه أمرا مستقبلا مقرونا بالعقد. [3]

و يفترق العقد المقترن بشرط و العقد المعلق على شرط من ناحيتين:

1- **من حيث الصورة:**
إن العقد المقترن بشرط هو ما صدرت فيه الصيغة المطلقة أي خاليا من أداة الشرط، و أما المعلق على الشرط تكون فيه أداة من أدوات الشرط و يسمى الشرط التعليقي.

2- **من حيث المعنى:**
الإيجاب في التعليق ربط تحققه بتحقق الشرط فهو غير موجود وقت التلفظ به، فوجود العقد في التعليق متوقف على وجود الشرط معلق عليه، لأن صيغة التعليق لا تكون منشئة للعقد في الحال بل يوجد متى وجد الشرط المعلق عليه، إن كان العقد مما يقبل التعليق، و بعبارة أخرى أن الشرط جزء من الكلام الدال على الرضا بالعقد، أما المقترن بالشرط فالإيجاب يتحقق وقت التلفظ به و الشرط المقترن به ليس جزء منه بل ذكر ليفيد أمر زائد عما تفيده الصيغة، فإذا جاء القبول وجد إيجاب يرتبط به بخلاف التعليق فإن القبول لا يجد إيجاب يرتبط به فالمقترن بشرط منجز أي حاصل حالا، و ينشئ وقت إبرامه بحسب صيغته و لا يتوقف على حصول شيء بعده، [4]

[1]- سامي محمد أبو عرجة، مرجع سبق ذكره، ص 19.
[2]- يوسف مسعودي، مرجع سبق ذكره، ص 27.
[3]- نشوة العلواني، مرجع سبق ذكره، ص 48.
[4]- عبد القادر داودي، مرجع سبق ذكره، ص 147.

فالفرق بين الشرط و التعليق هو أن التعليق ما دخل على أصل الفعل فيه بأداته **كإن** و **إذا**، و الشرط ما جزم فيه بالأول و شرط فيه أمر آخر. [1]

و قد فرض القانون الوضعي قاعدة عامة إجرائية تنظيمية، يقضي من خلالها أنه يجب أن يكون الشرط المشترط من قبل العاقدين مكتوب في صلب العقد أو في عقد رسمي لاحق و كذلك وجوب توثيق العقد، و عليه فإنه من إشترط شرطا في العقد و حرص عليه، فإنه يجب عليه أن يتأكد من وجوده مكتوبا في صلب العقد. [2]

أما فيما يخص قابلية عقد الزواج لهذه الأنواع من الشروط، فالأصل في عقد الزواج التنجيز و عدم التراخي، و قد يكون مقترنا بشرط أو مجرد عنه، و لما كان عقد الزواج من العقود التي تفيد التمليك في الحال، فإنه لا يقبل بشرط الإضافة لأنه يفيد أثره في الحال، أي فور النطق بالصيغة، و أخيرا فإن عقد الزواج من العقود التي لا تقبل التعليق مطلقا، حيث إتفق الفقهاء على بطلان عقد الزواج المعلق على شرط. [3]

الفرع الثالث: موضع الشرط

قد يتخذ الشرط عدة مواضع و ذلك حسب وقت إتفاق الأطراف عليه، فهناك الشرط المتقدم، و الشرط المقارن، و أخيرا الشرط المتأخر .

أولا: الشرط المتقدم

إن الشرط المتقدم هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه المتعاقدين قبل إبرام العقد، و لا يتطرقان إليه عند إبرام العقد لا من قريب و لا من بعيد، و يسمى أيضا بالشرط السابق، لكن الاشكال المطروح هو ما مدى إلتحاق هذا الشرط بالعقد، على الرغم من عدم إدراجه ضمن هذا الأخير؟ و للإجابة على هذا الإشكال، سنتطرق إلى الآراء الفقهية التي تضاربت فيما بينها، ثم إلى النصوص القانونية الوضعية.

[1]– السيوطي، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت، لبنان، 1403 هـ، ص 376.

[2]– بدرة حمودة، مرجع سبق ذكره، ص 23.

[3]– يوسف مسعودي، مرجع سبق ذكره، ص 28.

– المالكية و الحنابلة، ذهبوا إلى القول بإلتحاق الشرط المتقدم بالشرط المقارن و تأثيره عليه.
– الشافعية و الإمام أحمد في رواية عنه، إلى أنه لا تأثير للشرط المتقدم على العقد، بل يكون مجرد و غير لازم الوفاء لأن ما قبل العقد لغو فلا يلتحق به.

و في هذا الصدد قال ابن تيمية " في حالة ما إذا إشترط الزوج على زوجته عدم إخراجها من بلدها، أو إشتطرت عدم الزواج عليها، و كان الإتفاق على هذه الشروط واقعا قبل العقد ". أما عقد الزواج فجاء خاليا من هذه الشروط، فهل تكون هذه الشروط صحيحة ملزمة ؟ فأجاب بأن تكون هذه الشروط صحيحة و ملزمة ما لم يبطلا هذه الشروط، مستندا في فتواه إلى أهمية الوفاء بالعهود التي نص عليها كتاب الله و سنة رسوله.

و يرى الإمام ابن القيم " بأن الراجح من هذه الأقوال هو التسوية بين الشرط المتقدم و المقارن، لأن القول بعدم التسوية بينهما يفتح باب التحايل على الشروط المحرمة، حيث يتفق المتعاقدان على شرط غير مشروع قبل العقد، ثم يسكتا عنه عند إبرام العقد ليتما غرضاهما غير المشروع ". [1]

و يبدو أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد تبنى رأي الحنفية و الشافعية القاضي بعدم تأثير الشرط المتقدم على العقد، و هذا ما يظهر جليا من نص **المادة 19** التي أباحت للزوجين الإشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، إن هذا الموقف له ما يبرره، إذ لا يوجد ما يمنع المتعاقدين من إدراج الشرط السابق في صلب العقد، إلا أن يكونا قد قصدا بذلك التحايل على القانون، فالأجدر لهما النص على هذا الشرط المتقدم في العقد حتى يصبح مقترنا به و بذلك يأخذ حكم الشرط المقترن بالعقد. [2]

ثانيا: الشرط المقـارن

الشرط المقارن يتم الإتفاق عليه وقت إبرام العقد، و يتم تدوينه في وثيقة الزواج و لهذا سمي بالمقارن لأنه يدخل أثناء العقد مقارنا له، إذ أنه ليس متقدم عن إنشاء العقد و لا متأخر عنه، فهو شرط يرتب آثاره في العقد فلا خلاف فيه. [3]

[1]– فتيحة بوراق، مرجع سبق ذكره، ص 23.
[2]– يوسف مسعودي، مرجع سبق ذكره، ص 29.
[3]– فتيحة بوراق، المرجع السابق ذكره، ص 24.

و يعرفه الدكتور زكي الدين شعبان بأنه: " التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة، أو هو التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه، أو أنه ما جزم فيه بالأصل و شرط فيه أمر آخر". [1]

فالشرط المقارن للعقد هو الشرط الذي لا يعلق عليه وجود الشيء أو انعدامه، و إنما هو أمر زائد يضاف إلى الشيء بحيث يقترن بالعقد بكلمة بشرط كذا، أو على أن يكون كذا، أو بشرط أن، و يكون العقد المقترن بالشرط منجزا، و ليس معلقا على شيء، لأن معنى التقييد يدل على وجود الأمر المقيد.

فالعقد المقترن بالشرط مقيد به، و الشرط المقارن هو التزام جديد زائد على أصل العقد، ينشئه العاقدان ليزيدا أو يقويا التزامات العقد، كمثال قول الزوجة: أتزوجك على شرط أن تكون العصمة بيدي. [2]

ثالثا: الشرط المتأخـر

يقصد به الشرط الذي يشترطه المتعاقدان بعد إبرام عقدهما، و لذلك سمي هذا الشرط باللاحق أو المتأخر، فبمجرد إبرام العقد و الإنتهاء منه تترتب عليه آثاره، [3] و قد اختلف الفقهاء حول حكم هذا الشرط و مدى تأثيره على العقد إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: الحنفية

ذهب أبو حنيفة إلى القول بإلتحاق الشرط المتأخر بالعقد مطلقا.

الرأي الثاني: المالكية

ذهب فقهاء المالكية إلى أن الشرط المتأخر يلتحق بالعقد مطلقا، صحيحا أو فاسدا، و سواء شرط بعد لزوم العقد أو قبل لزومه.

الرأي الثالث: الشافعية و الحنابلة

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بإلتحاق الشرط المتأخر بالعقد إذا إشترط قبل لزوم العقد، و إن كان بعد لزوم العقد فلا يلحق الشرط اللاحق بالعقد السابق و لا يؤثر فيه.

---

[1]– يوسف مسعودي، مرجع سبق ذكره، ص 30.

[2]– فتيحة بوراق، مرجع سبق ذكره، ص 25.

[3]– يوسف مسعودي، المرجع السابق ذكره، ص 31.

و لكن الراجح من هذه الآراء هو إلتحاق الشرط المتأخر بالعقد، لأن الإقرار بذلك يسمح للمتعاقدين بتحقيق منافع و مصالح مختلفة، قد يكونا غفلا عنها وقت التعاقد بشرط أن يتم إدراج الشرط المتأخر في عقد رسمي، و يعتبر ذلك تعديلا للعقد السابق. [1]

و يبدو أن المشرع في قانون الأسرة قد إشترط ضمنيا ضرورة كتابة الشروط المقترنة بعقد الزواج كما أشارت إلى ذلك المادة 19، و إن كانت الشريعة الإسلامية تعتد بالشرط العرفي، و الحقيقة أن هذه الكتابة ليست متطلبة للتعبير عن الإرادة، و إنما جاءت دلالة الكتابة هنا كأداة لإثبات العقد.

و عليه فموضع الشرط المقترن بعقد الزواج في قانون الأسرة، الأصل فيه اقترانه بالعقد، و الإستثناء من ذلك وروده في عقد لاحق، بينما يتسع نطاقه في الشريعة الإسلامية ليشمل أيضا الشرط المتقدم، كما ذهب إلى ذلك فقهاء كل من المذهب المالكي و الحنبلي. [2]

[1]– فتيحة بوراق، مرجع سبق ذكره، ص 26.

[2]– يوسف مسعودي، مرجع سبق ذكره، ص 32.

الفصل الثاني

أحكام الاشتراط في عقد الزواج
في الفقه الإسلامي
و قانون الأسرة الجزائري

الفصل الثاني: أحكام الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

لم تبق مسألة الاشتراط على إطلاقها، بل وضع لها الفقه الإسلامي قيود شرعية تتمثل في عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، و وضع لها قانون الأسرة الجزائري قيود قانونية تتمثل في عدم منافاة أحكامه هذا من جهة، و من جهة أخرى هناك عدة صور للاشتراط، و هو ما سنتطرق إليه في هذا الفصل من خلال مبحثين.

المبحث الأول: القيود الواردة على حرية الاشتراط في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة

لقد سمح الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري للزوجين بتضمين عقد زواجهما بشروط تحقق مصلحة أحدهما أو كلاهما، لكن لا يعني ذلك مطلق الحرية في الاشتراط، بل تخضع هذه الشروط لقيود يجب أن لا يتخطاها الزوجان و ينتبها لمدى صحتها، و بيانا لهذه المسألة نتناول أولا قيود الاشتراط في الفقه الإسلامي، ثم نعرج إلى قيود الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: القيود الواردة على حرية الاشتراط في الفقه الإسلامي

من محاسن التشريع الإسلامي أنه نظام إيجابي و واقعي يتوافق مع واقع الانسان و ضروراته، و يحرص أشد الحرص على ضمان حقوق الأفراد دون تمييز بين الجنسين ذكورا كانوا أو إناثا و بالأخص في عقد الزواج، حيث أباحت الشريعة الإسلامية الاشتراط في عقد الزواج و ذلك مصداقا لقوله صلى الله عليه و سلم " **أحق ما أوفيتهم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج** ". [1]

غير أن إباحة الاشتراط في عقد الزواج ليست على إطلاقها، و لهذا فقد حدد الشارع لهذه الشروط القيود التي يجب ألا يتجاوزها المتعاقدان و إلا كانت باطلة، إذ لا يمكن تقصي هذه القيود إلا من خلال الإحاطة بموقف الفقه الاسلامي في مسألة إقتران الشروط بعقد الزواج، لكن فقهاء الشريعة الإسلامية قد إختلفوا في إستنباط هذه القيود، و تعددت بذلك مذاهبهم و آراءهم و إختلفت سعة و ضيقا، فهناك من يقول بأن الأصل في الاشتراط الإباحة و هناك من يقول أن الأصل في الاشتراط الحظر و هو ما سنبحثه في ثنايا هذا المطلب.

[1]– صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، مرجع سبق ذكره، ص 375.

الفرع الأول: الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الإباحة

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

إن الإجتهاد الحنبلي لم يفرق بين عقد الزواج و غيره من العقود فيما يتعلق بحرية إنشاء الشروط متى تم ذلك ضمن الحدود الشرعية، فأجاز للزوجين أن يتشرطا في عقد الزواج كل الشروط التي من شأنها أن تحقق مصلحة أو منفعة لكلا الزوجين أو لأحدهما، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية من عقد الزواج، و من أمثلة الشروط الجائزة عند الحنابلة إشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدتها، أو إشتراط أحد الزوجين في الآخر صفة مقصودة كالجمال أو أن يشترط الرجل البكارة، و بخصوص هذا الشرط فقد سئل الشيخ أحمد حماني عن حكم الشريعة في الرجل الذي يتزوج بامرأة على أساس أنها بكر و أثناء الزفاف يجدها خلاف ذلك، فأجاب بأنه إذا كان الزوج قد شرط لها أن تكون عذراء، فوجدها غير ذلك ثبت له الخيار بشرطه. [1] و زيادة على هذه الشروط أجاز للمتعاقد المشترط فسخ النكاح متى خالف الزوج الآخر الشرط المتفق عليه، على أن الحنابلة يمنعون من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص، أو ما ينقص الحقوق و الواجبات التي تعد من النظام الشرعي في النكاح، كما لو اشترط الزوج تأقيت النكاح، أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية، أو اشترطت الزوجة عدم استمتاع الزوج بها. [2]

أدلة هذا الرأي:

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

أولا: من الكتاب

استدل أصحاب هذا الرأي بالآيات الكريمة التالية:

قال الله تعالى: " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...** ". [3]

و قوله تعالى: " ... **وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولً...** ". [4]

[1]– أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج 1، منشورات قصر الكتاب، د س ن، ص 359.

[2]– مصطفى الزرقاء، مدخل للفقه العام، دار القلم، دمشق، ج 1، ط 2، 2004، ص 488.

[3]– سورة المائدة، الآية 01.

[4]– سورة الإسراء، الآية 34.

قال الله تعالى: " **وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ** ". [1]

و قوله تعالى: " ... **وَمَنْ أَوْفَىٰ بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهُ اللَّهَ فَسَيُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا** ". [2]

وجه الاستدلال:

إن وجه الدلالة من الآيات الكريمة أنها توجب الوفاء بما أحل الله من عقود و عهود، [3] و حفظ الأمانة و حرم الغدر فيها، بمعنى يا أيها الذين إلتزمتم بإيمانكم أوفوا بأنواع العقود و العهود، لأن في القيام بذلك إظهار لطاعة الله.

و حاصل الكلام أن الله أمر بأداء التكاليف فعلا و تركا، جاء الخطاب بلفظ الإيمان و التكريم و التعظيم على وجوب الوفاء بكل عقد و عهد سواء كان بين الإنسان و ربه، أو بين الناس فيما بينهم، [4] بشرط أن تتوافق أحكام العقد مع كتاب الله و سنة رسوله، و كل ما يصدق عليه اسم العقد فهو واجب الوفاء به حتى يقوم الدليل على التحريم و البطلان. [5]

و قد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود أمرا عاما من غير تعيين، و كذلك أمر بالوفاء بكل ما عقده المرء على نفسه، و في هذا المعنى يقول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، و من كان فيه خصلة منهن، كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا حدث كذب، و إذا وعد أخلف، و إذا عاهد غدر، و إذا خاصم فجر ". [6]

فقد ذم عليه السلام الغادر، و كل من شرط شرطا ثم نقضه فقد غدر، فقد دل الكتاب و السنة على الوفاء بالعهود، و الشروط و المواثيق و العقود، و لو كان الأصل الحظر و الفساد إلا ما أباحه

[1]– سورة المؤمنون، الآية 08.

[2]– سورة الفتح، الآية 10.

[3]– محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، مجلد 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص 05.

[4]– محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج 1، شركة الشهاب، الجزائر، د س ن، ص 226.

[5]– الشوكاني، فتح القدير، ج 2، دار الأرقم، بيروت، د س ن، ص 06.

[6]– رواه البخاري، كتاب الإيمان، باب علاقة المنافق، ح رقم 34، ص 339.

الشرع لم يجز أن يأمر بها مطلقا، و يذم من نقضها، و غدر مطلقا. [1]

فالله لا يأمرنا بالوفاء بما لا يجوز الإقدام عليه، و لو كان الأصل في العقود و الشروط الحظر و المنع إلا ما أجازه الشارع كما قال بذلك الظاهرية لما وجب أن يؤمر بالوفاء بها مطلقا و بصفة عامة لا تخصيص فيها و لا قيود عليها.

فلا فرق في الوفاء بالشروط من أن يكون العقد باتا منجزا أو أن يكون مضافا، أو عقدا معلقا، طالما أن مضمون العقد لا يتنافى مع مقاصد و أحكام الشريعة الإسلامية. [2]

و يجب الوفاء بالشرط بين المتعاقدين، لكونه ارتبط بذمتهما و قيدت بها أحكامه، و لهذا فالوفاء به نوع من الوفاء بالعهد.

ثانيا: من السنة

استدل المبيحين للإشتراط بجملة من الأحاديث الواردة عن رسول الله صلى الله عليه و سلم منها:

قوله صلى الله عليه و سلم: " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا، أو أحل حراما، المسلمون عند شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما ". [3]

و قوله صلى الله عليه و سلم: " أحق ما أوفيتهم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"، [4] فإذا لم تناقض هذه الشروط الشرع يكون الوفاء بها واجب بنص الحديث.

وجه الاستدلال:

وجه الدلالة من الحديث الأول أن المشترط ليس له إباحة ما حرم الله بإدراج شروط باطلة و إلا سيكون اشتراطه خروج عما أوجبه الله، و كذلك ليس له اسقاط ما أوجبه الله، و إنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجب في غياب الاشتراط، فمقصود الشروط، وجوب ما لم يكن واجبا و لا حراما، في ظل جواز الاشتراط.

---

[1]– أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، الملكية و نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، لبنان، ص 450.

[2]– رشدي شحاتة، مرجع سبق ذكره ، ص 96.

[3]– البخاري، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة، المسلمون عند شروطهم، الجامع الصحيح، ج 2، ص 135.

[4]– البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، مرجع سبق ذكره، ص 375.

و وجه الدلالة من الحديث الثاني أنه أوجب الوفاء بكل شرط تم إشتراطه في عقد الزواج. [1] و لو لم يكن له نص خاص أو دليل خاص، لأن ما لا دليل له من الشروط يكون دليله هذا الحديث بمقتضى عموم لفظه و شمول ما يدل عليه و تأكيد طلب الوفاء به.

الفرع الثاني: الرأي القائل بأن الأصل في الاشتراط الحظر

يمثل هذا الرأي مذهب الظاهرية و هم أتباع داوود بن على و ابن حزم الأندلسي، إضافة إلى رأي كل من الحنفية و المالكية و الشافعية الذين يتمسكون بظاهر النصوص و يقفون عندها. [2]

فإرادة الإنسان حسب هذا الرأي لا تنشئ من العقود و الشروط إلا ما نص الشارع على إباحته، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك إنشاؤه، و إن فعلته كان باطلا.

فهذه المذاهب تتفق مبدئيا على أن الأصل في الاشتراط الحظر و يتمسك أصحابها جميعا بهذا المبدأ إجمالا، و إن إختلفوا في التفصيلات. [3]

بمعنى أن الأصل في العقود و الشروط هو الحظر لا الإباحة، حتى يقوم الدليل من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان على الإباحة، و لهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه و صحته. [4]

فالشروط الجائزة هي التي توافق مقتضى العقد و تلائم حكمه، أو التي يدل على مشروعيتها دليل معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية.

[1]– محمد أبو زهرة ، مرجع سبق ذكره، ص 159.

[2]– فاطمة حداد، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، العدد السابع، ص 244.

[3]– عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط 6، د س ن، بيروت، لبنان، ص 393.

[4]– كوثر كامل علي، مرجع سبق ذكره، ص 18.

أدلـة هـذا الـرأي:

إستدل أتباع ابن حزم الظاهري بجملة أدلة من الكتاب و السنة نتطرق إليها فيما يلي:

أولا: من الكتاب

قال الله تعالى: " ... **وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** ". [1]

و قوله تعالى: " ... **الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا**... ". [2]

قال الله تعالى: " ... **وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا** ". [3]

و لهذا جاءت الشريعة الإسلامية شاملة لكل شيء، و قد تكفلت بما يحقق مصالح الأمة، على أساس من العدل و خاصة العقود، فليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من عقود و إلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة، و يكون ذلك من باب التعدي لحدود الله و الزيادة في دينه. [4]

وجه الاستدلال:

إن وجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة، أن الله سبحانه و تعالى بين أن من يتعدى حدوده يكون من الظالمين، فإذا ما اشترط شروطا لم يرد بها دليل معين يكون قد تعدى حدود الله سبحانه و تعالى و جاوز شرعه، و أن الله سبحانه و تعالى أكمل الدين و أتم الشريعة، فجاءت شاملة لكل ما يحتاجه العباد في الدنيا و الآخرة، و لهذا فإن إحداث أي عقد أو تصرف أو إضافة شروط عقد الزواج يكون زيادة على الدين و خروجا عنه فلا يصح ذلك.

و يقول ابن حزم الظاهري: "... أن الله تعالى إذا حرم بالنص الشرعي شيئا، فحرم إنسان شيئا غير ذلك، قياسا على ما حرم الله تعالى، أو أحل بعض ما حرم الله قياسا، أو أوجب غير ما أوجب الله تعالى قياسا، أو أسقط بعض ما أوجب الله تعالى قياسا، فقد تعد حدود الله تعالى فهو ظالم بشهادة الله تعالى عليه بذلك ". [5]

---

[1]– سورة البقـرة، الآية 229.

[2]– سورة المـائدة، الآية 03.

[3]– سورة الطلاق، الآية 01.

[4]– عبد الكريم زيدان، مرجع سبق ذكره ، ص 393.

[5]– ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المجلد 2، دار الحديث، مصر، 1984، ص 500.

و يقول الظاهرية أيضا: " إنه لا يعتبر من الشروط إلا ما ورد النص بإثباته و قام الدليل على وجوب الوفاء به، لأن الإلتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين و إرادتهما، و لكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم، و يحكم بأثر لتصرفاتهم، فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدان، لا يلتفت إليها و لا يحكم لها بأثر، و لا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه ". [1]

ثانيا: من السنة

يقول النبي صلى الله عليه و سلم: " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ".

و في حديث آخر عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءتني بريرة فقالت: " كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام وقية... ثم قام رسول الله عليه الصلاة و السلام في الناس و حمد الله و أثنى عليه ثم قال: " **أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل و إن كان مائة شرط قضاء الله أحق و شرط الله أوثق، و إنما الولاء لمن أعتق** ".[2]

وجه الاستدلال:

إن وجه الدلالة من الحديث الأول أن من يعقد عقدا أو شرطا لم يرد به النص الشرعي، يكون خارجا عن ما أمر به الشارع وقع باطلا، لأنه إذا تعاقد الناس بعقد أو شرط لم يرد في الشريعة الإسلامية، يكونون قد أحلوا أو حرموا غير ما شرع الله و ليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع، يقول ابن حزم بخصوص هذا الحديث: " فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان و إلتزمه، إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامه بإسمه أو بإباحة إلتزامه بعينه. [3]

أما وجه دلالة الحديث الثاني، أنه دليل على أن كل شرط لم يرد على صحته دليل معين في كتاب الله، فهو باطل ملغى، لأنه ليس في حكم الله تعالى و شرعه، لدى فلايجوز إشتراطه، و لا يحل الوفاء به ، بإعتباره منافيا لأحكام و قواعد الشريعة الإسلامية، فيؤخذ من ذلك عدم ثبوت الحقوق التي تخالف الأحكام الشرعية، ولم تخالف مقتضى العقد. [4]

---

[1]– محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة و تنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 236.

[2]– أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروط في البيع لا تحل، ح 2186، ج 3، ص 466.

[3]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 4، دار الفكر، 1992، بيروت، لبنان، ص 199.

[4]– محمد يعقوب الدهلوي، حقوق الزوجية و التنازل عنها، دار الفضيلة، ط1، 2002، السعودية، ص 68.

فالحديث ورد في حقه إشتراط المالك للعبد على أن يكون ولاء العبد له لا لمن إشتراه فأعتقه، و هذا شرط مخالف لما أثبته الله عز وجل من حق للمعتق، و كذلك هو شرط مخالف لمقتضى العقد و مقصده لذلك أنكر النبي صلى الله عليه و سلم كل شرط مخالف لما شرعه عز وجل. [1]

في الحقيقة إن الفقه الإسلامي ليس قاصرا على مذهب الظاهرية و بقية أنصار هذا الرأي، بل يشمل أيضا ما يعبر عن شمولية الفقه الإسلامي و صلاحيته لكل زمان و مكان بما يحمل من آراء و أفكار و حلول ناجعة، و هذا ما سيتضح لنا جليا من خلال آراء و أدلة الرأي المتمسك بحرية الاشتراط. [2]

الفرع الثالث: مناقشة أدلة الاشتراط في عقد الزواج

نبدأ بمناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الاشتراط الإباحة، ثم نعرج إلى مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الاشتراط الحظر.

أولا: مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الاشتراط الإباحة

نذكر الرد على الأدلة من الكتاب ثم الأدلة من السنة، ثم الرأي الراجح.

الرد على الأدلة من الكتاب:

و قد رد إبن حزم أن هذه الآيات التي – استدل بها الجمهور – ليست على عمومها، لكنها في بعض العهود، و بعض العقود، و بعض النذور، و بعض الشروط، و هي قول الرسول صلى الله عليه و سلم: " لا نذر في معصية الله تعالى "، و قوله صلى الله عليه و سلم: " من نذر أضحية يطيع الله فليطعه، و من نذر أن يعصي الله فلا يعصيه " و قوله صلى الله عليه و سلم : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " . [3]

[1]– محمد بن علي الولوي، شرح سنن النسائي، دار البروم، المملكة العربية السعودية، ط1، ج1، 2003، ص 126.

[2]– فاطمة حداد، مرجع سبق ذكره، ص 245.

[3]– ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سبق ذكره، ص 15.

الرد على أدلة السنة:

نوقش الحديث الأول من وجهين:

الوجه الأول:

إن الحديث ضعيف و أن هذا الكلام لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه و سلم.

الوجه الثاني:

لو صح لكان حجة لنا عليهم، لأن في إضافة النبي صلى الله عليه و سلم الشروط إلى المسلمين، و لا يجوز أن يضاف إلى المسلمين من الشروط فيقال: شروط المسلمين و المسلمون عند شروطهم، إلا في الشروط الجائزة، لا في الشروط المنهي عنها، و لا شروط للمسلمين غيرها، لأن المسلمين لا يستجيرون إحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها. [1]

فالمشترط ليس أنه يبيح ما حرم الله، و لا حرم ما أباحه الله، فإن شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله، كما ليس له أن يسقط ما أوجبه الله و إنما له أن يوجب بالشرط، ما لم يعين واجبا بدونه، لكن إذا اشترط يكون واجبا. [2]

و نوقش الحديث الثاني من وجهين:

الوجه الأول:

يكون هذا بلا شك، في الشروط التي أمر الله تعالى أن يستحل بها الفروج، من الصداق المباح ملكه الواجب إعطاؤه، و النفقة و الكسوة و الإسكان و المعاشرة بالمعروف و ترك المضرة، أو التسريح بإحسان، بما نهى الله تعالى أن يستحل به الفروج من الشروط الفاسدة المفسدة، من تحليل حرام أو تحريم حلال، أو إسقاط واجب أو إيجاب ساقط. [3]

و كون أن كل ذلك مخالف لأوامر الله عز وجل، و إشتراط المرأة ألا يتزوج عليها أو ألا يغيب عنها و أن لا يرحلها عن دارها، كل ذلك تحريم حلال و هو و تحليل الخنزير كحد سواء، و أن كل ذلك خلاف لحكم الله عز وجل، فصح أنه عليه الصلاة و السلام، إنما أراد شرط الصداق الجائز الذي أمرنا الله تعالى به، هو الذي استحل به الفروج لا ما سواه. [4]

---

[1]– ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سبق ذكره، ص 21.

[2]– ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 3، ج3 ، 1998، ص 95.

[3]– ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق ذكره، ص 23.

[4]– ابن حزم، المحلى، تحقيق أحمد شاكر، مكتبة دار التراث، القاهرة، 2005، ص 674.

الوجه الثاني:

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

الرأي الراجح:

إن الأخذ برأي الحنابلة في حرية الاشتراط في عقد الزواج يكون هو الرأي الأرجح بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقتضى عقد الزواج، و هكذا نجد أن حرية الإرادة في إشتراط الشروط في عقد الزواج تنعدم عند مذهب الظاهرية، فالأصل عندهم هو المنع التام، لأنهم حصروا الإستدلال بالأدلة الشرعية في الكتاب و السنة، ثم تخف درجة التقييد من حرية الإرادة عند كل من فقهاء المذهب الحنفي و المالكي و الشافعي، و هذا لإقرارهم الأخذ ببعض الأدلة الشرعية كالمصالح المرسلة و الإستحسان و العرف، [2] و تتسع دائرة الإباحة عند جمهور الحنابلة و على رأسهم ابن تيمية و تلميذه ابن القيم، حيث أجاز الحنابلة للزوجين إشتراط الشروط التي تحقق منفعة مقصودة، و لا تتعارض مع مقتضى عقد الزواج و نصوص الشريعة، و راعى الحنابلة في إباحة هذه الشروط في الحفاظ على إستقرار الأسرة، لذلك كانت رعاية الشروط التي ترد في عقد الزواج و فيها منفعة للزوجين أو أحدهما أوجب و ألزم من العقود الأخرى. [3]

و يرى الدكتور وهبة الزحيلي أنه يجب الأخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط سائدين في العقود المالية تحقيقا لمصلحة و حاجات الناس، و مراعاة لما يطرأ من تطورات و أعراف الناس، و يؤخذ برأي غير الحنابلة في عقود الزواج، حرصا على ما له من حرمة و قداسة،... و ما تتطلب الأسرة من إستقرار و دوام، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء و تعصف بأغراض الزواج السامية.

و أخيرا يجمل بنا أن نشير إلى أن الرأي الثاني الذي يقضي بأن الأصل في الاشتراط الإباحة يمتاز بالمرونة و الملائمة مع واقع الناس و متطلباتهم و روابطهم العقدية، و هو إتجاه سليم إذ الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على الحرمة، كما أنه يسمح للزوجين بإشتراط شروط تهدف إلى ضمان مستقبلهم و حماية مصالحهم المشتركة و تقوية أواصر المودة و الرحمة بينهما. [4]

---

[1]– صحيح مسلم، شرح النووي، مكتبة دار الوفاء، الأزهر، القاهرة، ط 2، ج 3، 2003، ص 159.

[2]– محمد أبو زهرة، مرجع سبق ذكره ، ص 282.

[3]– وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سبق ذكره، ص 210.

[4]– فاطمة حداد، مرجع سبق ذكره ، ص 247.

ثانيا: مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الاشتراط الحظر

نذكر الرد على الأدلة من الكتاب ثم من السنة.

الرد على الأدلة من الكتاب:

لقد أغلق أصحاب هذا الرأي باب الشروط و لم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف سعة و ضيقا تبعا لإختلاف نظرتهم في الأخذ بالأدلة الشرعية، و تبعا لإختلاف نظرتهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد و ملائمته لحكمته و إنتفاء ذلك.

الرد على الأدلة من السنة:

نوقش الحديث الأول و قد رد على أدلة المانعين للإشتراط بأن أكثر الأحكام الشرعية مستقاة من أدلة أخرى غير الكتاب و السنة، ما دامت لا تتنافى مع روح الشريعة الإسلامية و قواعدها العامة، و على هذا يكون المدلول الصحيح للحديث الأول هو بطلان كل عقد أو تصرف تضمن أمرا من الأمور المنهي عنها شرعا. [1]

و نوقش الحديث الثاني بأنه في غير موضعه، لأنهم حملوا الشرط الذي نفاه نص الحديث و حكم ببطلانه على الشرط الذي لم يرد به دليل في القرآن الكريم و هذا غير صحيح، لأنه ليس المراد بكتاب الله القرآن قطعا، فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن بل علمت من السنة، فدل هذا على أن المراد من كتاب الله حكمه **كقوله تعالى** " ... **كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ...** " [2]، **و قول النبي صلى الله عليه و سلم:** " **كتاب الله القصاص** "، و من ثم فإن كتاب الله يطلق على كلامه و على حكمه. [3]

إن المقصود الصحيح من الحديث هو بطلان الشرط المخالف لحكم الله و شرعه كما لو اشترطت الزوجة على زوجها طلاق ضرتها لورود النهي عن ذلك ... [4] ، و ليس هذا تخصيصا له بسبب وروده، لأن لفظ الحديث في بدايته جاء عاما "... ما كان من شرط ليس في كتاب الله ". [5]

[1]– كوثر كامل علي، مرجع سبق ذكره، ص 31.

[2]– سورة النساء، الآية 24.

[3]– نشوة العلواني، مرجع سبق ذكره، ص 97.

[4]– سالم بن عبد الغني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، 2002، ص 463.

[5]– زكي الدين شعبان، مرجع سبق ذكره، ص 74.

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري

إن قانون الأسرة و في **مادته 19**،[1] إكتفى بالنص على أن القيد الأساسي الوارد على حرية الزوجين في الاشتراط هو عدم منافاة أحكام هذا القانون، بينما نجد القانون المدني يجعل من النظام العام القيد الأساسي على حرية الاشتراط، حيث نص القانون المدني في **المادة 106** أن: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، و لا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون "،[2] و طبقا لهذا النص يرتبط المتعاقدان بالعقد كما يرتبطان بالقانون، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقضه أو بتعديل ما ورد فيه من إلتزامات، بل يجب أن يتفق الطرفان عليه، أو أن تكون هناك أسباب يقررها القانون لتعديل العقد، أو يقررها لنقضه كما إذا كان مخالفا للنظام العام،[3] أو كان مخالفا للآداب العامة.

و سنتعرض إلى دراسة أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج في الفروع الأتية:

الفرع الأول: مراعاة قواعد النظام العام

يعتبر قيد النظام العام من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج، و هذا لأن أغلب مواضيع الأحوال الشخصية من النظام العام، فلا يجوز للزوجين تعديلها بإتفاقات فيما بينهم.

و على هذا الأساس يقع باطلا كل شرط بين الزوجين يقضي بالتنازل عن أبوتهما لأبنهما، أو الإتفاق على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة و الأمانة الزوجية بالتنازل عنها مثلا، و يقع باطلا أيضا، كل شرط يقضي بتعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها كشرط عدم الإنفاق عليها.

و لكن الإشكال الذي يواجهنا هنا هو صعوبة تحديد مفهوم ثابت للنظام العام، و مع ذلك يمكن القول بأن النظام العام على وجه الإجمال هو عبارة عن مجموعة القوانين التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية و هذا هو مجال القوانين الدستورية و الإدارية، أو كانت هذه المصلحة إجتماعية و هو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية، أو كانت مصلحة إقتصادية.[4]

---

[1]– قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سبق ذكره.

[2]– الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

[3]– علي علي سلميان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 05، 2003، الجزائر، ص 86.

[4]– https://droit7.blogspot.com/2015/blog-post_6.htm ,date de visite: 01/09/2020

يرى عبد الرزاق السنهوري أن قواعد النظام العام هي مجموعة النظم التي يراد بها تأسيس سير المصالح العامة في الدولة، و ضمان الثقة و حسن الآداب العامة في علاقة الأفراد فيما بينهم، بحيث لا يجوز لهؤلاء الإتفاق على عكسها، فإذا خرجوا عن هذا النظام بإتفاق خاص وقع الإتفاق باطلا، و من المعروف أن النظام العام و حسن الآداب يعتبران من الأفكار النسبية و المتطورة و تختلف من مجتمع لآخر، و من زمان لآخر في نفس المجتمع، فهما يتأثران بالظروف السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية و الخلقية، و لهذا فإن الفصل في مسألة النظام العام تعتبر مسألة قانونية مهمة جدا، يخضع فيها قاضي الموضوع إلى رقابة المحكمة العليا، و عليه عندما ينطق القاضي بأحكامه عليه مراعاة مصالح الجماعة كون معيار النظام العام هو المصلحة العامة التي تختلف بإختلاف نظام المجتمع العام. [1]

إن كان الأصل العام هو حرية الاشتراط في العقود تطبيقا لمبدأ سلطان الإدارة، فإن الإستثناء هو عدم إشتراط شروط تخالف النظام العام، و بما أن غالبية مواد قانون الأسرة هي قواعد آمرة، أي هي من النظام العام لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، فإذا كان محل العقد مخالفا للنظام العام عرض الزوجين عقدهما للبطلان، و هذا ما أكدت عليه **المادة 93** من القانون المدني التي تنص: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ". [2]

كما أن الشرط المخالف للنظام العام يختلف باختلاف نوعية ما إذا كان شرطا فاسخا أو واقفا، طبقا **للمادة 204** من القانون المدني التي تنص: " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم. غير أنه لا يقوم الإلتزام الذي علق على الشرط الفاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للإلتزام ". [3]

[1]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سبق ذكره ، ص 360.

[2]– الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

[3]– الأمر رقم 75-58، المرجع السابق ذكره.

الفرع الثاني: مراعاة قواعد الآداب العامة

إن فكرة الآداب العامة ترتبط ارتباطا وثيقا بالنظام العام، و المقصود بمراعاة الآداب العامة هو إحترام الأصول الأساسية للأخلاق في مجتمع معين و عصر معين، بحيث يفرض على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة لحماية المجتمع من الانحلال الخلقي، غير أن هذه الفكرة تبقى نسبية إلى حد ما، و ذلك لإختلاف المعيار الذي نحدد به ما هو من الآداب العامة أو ليس كذلك من مجتمع لآخر، بل و نجده يختلف حتى في نفس المجتمع من عصر لآخر. [1]

و يقصد بالآداب العامة أيضا هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في عصر معين و بيئة معينة، و هي ترجع عادة إلى مجموعة المعتقدات الموروثة، و العادات المتأصلة، و ما جرى به العرف و تعارف عليه الناس، و للدين أثر كبير في تحديد هذه الآداب، فكلما اقتربت الحضارة من الدين، كلما زادت القواعد المتعلقة بالآداب العامة. [2]

و إنطلاقا مما سبق، فإنه لا يجوز للزوجين تضمين عقود الزواج بنود و شروط تمس بالآداب العامة، فعلى سبيل المثال يقع باطلا إشتراط الزوجة على زوجها السماح لها بالعمل في الملاهي الليلية كبائعة خمور، أو أن تعمل كراقصة أو عارضة للأزياء، و ذلك لتعارض هذه الشروط مع الآداب العامة التي تحكم المجتمعات العربية، في حين قد تعتبر هذه الشروط مشروعة في المجتمعات الغربية. [3]

و يأخذ الشرط المخالف للآداب العامة نفس حكم الشرط المخالف للنظام العام، فيكون الشرط باطل مبطل للإلتزام إذا كان الشرط واقفا، و يكون الشرط باطلا غير مبطل للإلتزام إذا كان فاسخا، إلا من حالة ما إذا كان هذا الشرط السبب الدافع للتعاقد، فإنه حينئذ يكون مبطلا للإلتزام. [4]

من خلال ما سبق، يتضح لنا أن فكرة الآداب العامة فكرة نسبية إلى حد ما، و ذلك لاختلاف المعيار الذي تحدد به، ما هي من الآداب العامة إذ تختلف من مجتمع إلى مجتمع، و تجدها تختلف في المجتمع الواحد من عصر لآخر.

---

[1]– فاطمة حداد، مرجع سبق ذكره، ص 252.

[2]– بدرة حمودة، مرجع سبق ذكره، ص 39.

[3]–ibid, https://droit7.blogspot.com/2015/blog-post_6.html

[4]– عبد الحميد الشواربي، الالتزامات و العقود التجارية، المعارف للطباعة و النشر و التوزيع، الإسكندرية، 2001، ص 149.

الفرع الثالث: عدم منافاة أحكام قانون الأسرة

إن من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط هي عدم منافاة أحكام قانون الأسرة، فالمقصود بهذا القيد الخروج عن كل ما أوجبه قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، كأن يكون الشرط يعارض مقاصد الشريعة الإسلامية التي من المفروض مراعاتها، و هذا لا نستطيع أن ندرك حقيقته، إلا بعد مراجعة فحوى قانون الأسرة، و التمعن بمواده من أوله إلى آخره لتقصي جميع القواعد الأساسية و جمعها بقدر الإمكان، أو جمع أهمها على الأقل و ترتيبها. [1]

فقانون الأسرة بعد أن كان قد نص في المادة 19 قبل تعديلها على أنه يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون نص في المادة 19 بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02 على أنه يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، و لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، و عمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون، [2]

يتضح من نص **المادة 19** سالفة الذكر أن المشرع الجزائري أجاز و بصريح النص للزوجين أن يتفقا على كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تكن مخالفة لقانون الأسرة، و قد خص بالذكر إشتراط المرأة على الرجل أن لا يتزوج عليها و أن لا يمنعها عن العمل. [3]

إن محاولة حصر أحكام قانون الأحوال الشخصية، التي لا يجوز للزوجين تعديلها بإشتراط شروط زائدة على أصل العقد، قد يبدو صعبا و عسيرا عند أول وهلة، إلا أنه يمكن القول أن المقصود بهذه الأحكام، هي كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضيات العقد، و هذا ما يتضح جليا من

[1]- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص 169.

[2]- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة ، ط 3، الجزائر،2018، ص 73.

[3]- محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية الاجتماعية و الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2009/2008، ص 453.

خلال **المادة 32** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على بطلان الزواج الذي اشتمل على شرط يتنافى و مقتضيات العقد. [1]

ففي حالة الاتفاق مثلا على أن الزوج يسمح لزوجته بالعمل أو عدم تعدد الزوجات و أخل الزوج بالتزاماته التعاقدية فإنه و استنادا لأحكام الفقرة 09 من **المادة 53** من قانون الأسرة فإن للزوجة أن تقيم ضد زوجها دعوى قضائية تتضمن طلب تطليقها.

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أطلق العنان للزوجين في حرية اشتراط ما يريانه ضروريا، بغض النظر عن موافقة هذه الشروط للضوابط الشرعية من عدمها، حتى و لو جاءت مقيدة بعدم منافاتها لأحكام القانون، إلا أن القانون نفسه لم يتقيد بأحكام الشريعة الإسلامية في هذه الجزئية، عندما جعل للمرأة الحق في طلب التطليق من خلال **المادة 53** من القانون نفسه لمجرد الزواج عليها، أو لمنعها عن العمل لضرورة أو لمصلحة. [2]

و الجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تقيد تعدد الزوجات إلا بشرط العدل، أما جعله بيد القاضي و موافقته و مطالبة الرجل بإبداء المبرر الشرعي و اقتناع القاضي بذلك، هي شروط ما أنزل الله بها من سلطان، كما أن إعطاء ولاية غير مشروعة للقاضي على الرجل من شأنه أن يعمق و يوسع مساحات الزواج العرفي و العلاقات غير المشروعة. [3]

و بالتالي فإن الشروط التي يشترطها أحد الزوجين و يضمنها العقد، لكي نعرف ما إذا كانت شروط صحيحة أو غير ذلك، يتعين علينا أن ننظر إليها من ناحية كونها مخالفة لأحكام قانون الأسرة أم لا.

[1]– يوسف مسعودي، مرجع سبق ذكره، ص 47.

[2]– محفوظ بن صغير، مرجع سبق ذكره، ص 453.

[3]– فاطمة حداد، مرجع سبق ذكره، ص 255.

المبحث الثاني: صور الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

نتطرق إلى صور الاشتراط في عقد الزواج في مطلبين، الأول نخصصه لصور الاشتراط من ناحية الفقه الإسلامي و الثاني نخصصه من ناحية قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: صور الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

توجد عدة صور للشروط في الزواج، منها ما هو موافق لمقتضى عقد الزواج و هي الشروط الصحيحة، و منها ما هو مناقض لمقتضى عقد الزواج و هي الشروط غير الصحيحة، و منها ما اختلف الفقهاء فيه.

الفرع الأول: الشروط الصحيحة

نحاول توضيح هذه الشروط عند فقهاء المذاهب الأربعة كما يلي:

أولا: عند الحنفية

ذهبوا إلى إعتبارها شروط جائزة، لأن من شأن إدراجها في العقد أن يزيد من ضمان الوفاء بالآثار المترتبة على عقد الزواج، و قسموها إلى ثلاثة أقسام: الأولى الشروط التي يقتضيها العقد ينصرف معناها إلى كل الشروط التي يوجبها عقد الزواج حتى و لو لم تذكر فيه، و تجب بالعقد من غير حاجة إلى اشتراطها في الأصل، باعتبار أنها مقررة و ثابتة بموجب عقد الزواج ذاته.

و من أمثلتها: اشتراط الزوجة على زوجها الانفاق، دفع المهر أو عدم تأجيله...

و الثانية الشروط الملائمة للعقد و المؤكدة لمقتضاه و يقصد بها كافة الشروط التي لا يقتضيها العقد في الأصل، فهي ليست واجبة بمقتضى عقد الزواج، و لا توجب فساده، و إنما هي شروط يستوثق بها صاحبها للحصول على أثر من آثار العقد، و من أمثلتها: أن تطلب الزوجة كفيلا يضمن حقها في المهر، و أن يكون والد الزوج ضامنا للنفقة. [1]

[1]– إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2013، ص 07.

أما الثالثة هي الشروط التي جرى بها العرف، حيث يعتبر العرف عندهم مصدر للشرط الصحيح بخلاف باقي المذاهب الفقهية الأخرى، و قد اعتمد المذهب الحنفي على العرف لتوسيع حرية الاشتراط، و من أمثلتها: جرى العرف بتعجيل المهر، فإذا اشترطته الزوجة كان لها ذلك . [1]

ثانيا: عند المالكية

و هي نوعان شروط صحيحة غير مكروهة، و أخرى صحيحة مكروهة.

1- شروط صحيحة غير مكروهة:

هذه الشروط قصد بها ما يكون حكما من أحكام عقد الزواج أو تكون أثرا له، فالرجل له أن يشترط على الزوجة أن تطيعه لأن هذا الشرط من أحكام عقد الزواج، و له أن يشترط عدم خروج زوجته من منزل الزوجية. [2]

و للزوجة أن تشترط على زوجها في عقد الزواج التعجيل بصداقها و إشتراط حسن المعاملة و ألا يضربها، و ألا يسكنها مع أهله أو مع ضرتها و إشتراطها أن تزور أهلها بين الفينة و الأخرى. [3]

2- شروط صحيحة مكروهة:

هذه الشروط قصد بها الشروط التي لا تنافي المقصود من عقد الزواج، و إنما فيها تضييق على الزوج كأن تشترط المرأة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يسافر بها من بلدها.

أو تشترط المرأة على زوجها الشرط المانع للتعدد، إذ أن زوجة الخليفة المنصور العباسي إشترطت عليه في عقد الزواج أن لا يتزوج عليها. [4]

من خلال كل ما سبق إتفق الفقهاء على أن الشروط الصحيحة هي مشروعة، بل تعتبر من الآثار الواجبة على العقد بمجرد إنعقاده و الوفاء بها واجب لأنها واجبة بالعقد من غير شرط، أي أن الوفاء بهذه الشروط واجب من الطرف الملتزم بها شرعا، سواء اشترطت في العقد أو لم تشترط. [5]

---

[1]- إيمان لعريبي، مرجع سبق ذكره، ص 08.

[2]- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار النشر، 2009، مصر، ص 60.

[3]- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج 1، دار الثقافة، 2012، ص 20.

[4]- شيماء الصراف، أحكام المرأة بين الاجتهاد و التقليد، دار القلم للنشر، ط 1، 2001، ص 66.

[5]- محمود بلال مهران، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، عقد الزواج و آثاره، ط 1، دار الثقافة العربية، 2000، ص 24.

ثالثا: عند الشافعية

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

و من أمثلتها: كأن يشترط الزوج أن يتزوج عليها أو يسافر بها، أو أن يطلقها إن شاء، و كأن تشترط الزوجة أن يوفر لها صداقها، أو ينفق عليها. [1]

أو أن يشترط الزوج على الزوجة: القرار في البيت، و عدم الخروج إلى بإذنه، أو خلوها من الموانع الشرعية فلا تكون زوجة للغير، أو أن لا تكون في عدتها، و أن لا تصوم تطوعا إلا بإذنه، إذ قال الرسول صلى الله عليه و سلم: " لا يحل للمرأة أن تصوم تطوعا، و زوجها شاهد إلى بإذنه" فجعل له منعها ما يقربها إلى الله إن لم يكن فرضا عليها لعظيم حقه عليها، و أوجب الله عز وجل له لفضيلة عليها. [2]

رابعا: عند الحنابلة

هي تلك الشروط التي لا يقتضيها العقد أو التي يقتضيها العقد و يكون فيها منفعة لأحد العاقدين، و لم يرد عن الشارع نهي عنها ما دامت لا تخل بالمقصود من عقد الزواج، مثل إشتراط الزوجة أن ينفق عليها الزوج أو أن يحسن معاشرتها، أو ألا يتزوج عليها و إشتراط الرجل أن تكون الزوجة بكرا. [3]

يجوز للزوجة كما للزوج أن تشترط على زوجها في عقد الزواج أو في عقد لاحق، الشروط التي تدخل ضمن حقوقها، لأنها في هذه الحالة كما سبق و أن ذكرنا تقوم بتأكيد هذه الحقوق و ليس بإنشائها، و ذلك بإجماع الفقه الإسلامي، [4] مثل إشتراطها في الصداق و إشتراطها في النفقة أو إشتراطها على زوجها أن يسكنها في بيت منفرد أو أن تشترط أن ينفق عليها رغم غناها.

[1]– فتيحة بوراق، مرجع سبق ذكره، ص 38.

[2]– محمد بن إدريس الشافعي، موسوعة الإمام الشافعي، دار إحياء التراث العربي، ط 1، 2000، لبنان، ص 218 .

[3]– أحمد نصر الجندي، مرجع سبق ذكره، ص 61.

[4]– فتيحة بوراق، المرجع السابق ذكره، ص 41.

الفرع الثاني: الشروط غير الصحيحة

هي الشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج أو ورد نهي الشارع عنها، كإشتراط عدم الوطأ، أو كأن يشترط الزوج على زوجته أن لا ترث منه، أو كأن تشترط الزوجة أن لا يعدل بينها و بين ضرتها في المبيت، أو كإشتراط الزوج على زوجته ألا ينفق عليها أو تنفق هي عليه، أو أن نفقتها على أبيها.

فإن مثل هذه الشروط تتنافى مع ما تقتضيه طبيعة عقد الزواج في مقصوده الأصلي، و تخالف أحكام الشرع، فإن وقع هذا الشرط في عقد الزواج، كان الشرط باطلا و العقد صحيح،[1] فالشـروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج، هي باطلة بإتفاق الفقهاء، لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلا تصح، و صح عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط، لأنها شروط تعود إلى معنى زاد في العقد لا يشترط ذكره، و لا يضر الجهل به. [2]

اتفق الفقهاء في عدم مشروعية الشروط غير الصحيحة، لكنهم اختلفوا في مدى تأثيرها على عقد الزواج على النحو التالي:

أولا: عند الحنفيـة

ذهبوا إلى تغليب قوة العقد على فساد الشرط، و منه فإنه يظل العقد صحيحا، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عندهم، و إنما يبطل الشرط فقط، [3] في حين يبقى عقد الزواج مرتبا لكافة آثاره، بمعنى أنه لا تأثير على الإطلاق لهذه الشروط غير الصحيحة على صحة العقد كأصل عام ما لم يرد نص يقضي ببطلان الشرط و النكاح كما هو الحال بالنسبة لنكاح المتعة.

من أمثلتها: متى تزوج رجل امرة دون رؤيتها، فليس له أي خيار بعد الرؤية، و إذا تزوج امرأة بها عيب، و لم يعلم به منذ البداية فليس له الخيار فيما بعد عند علمه، باستثناء على حالة اصابة الرجل بإحدى العيوب (الخصاء– الجب – العنة)، أين يثبت للمرأة الخيار خروجا على ما سبق قوله.

و حوصلة لما أسلفنا ذكره يكون الحنفية استقروا على عدم وجوب الوفاء بكافة الشروط غير الصحيحة " الباطلة "، و على عدم تأثيرها على عقد الزواج رغم بطلانها . [4]

---

[1]– العربي بلحاج، مرجع سبق ذكره، ص 201.

[2]– ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 486.

[3]– السرخسي، المبسوط، دار كتب العلمية، ج 3، بيروت، لبنان، د س ن، ص 90.

[4]– إيمان لعريبي، مرجع سبق ذكره، ص 14.

ثانيا: عند المالكية

يرى المالكية أن الشروط المنافية لمقتضى العقد، أو التي تناقض النصوص صراحة، كإشتراط المرأة طلاق ضرتها لتحل محلها تعد شروطا باطلة في المذهب المالكي، أما بالنسبة لأثارها على عقد الزواج فيفرقون بين إشتراطه قبل الدخول أو بعده، و عليه إن وقع شرط منها فسخ العقد قبل الدخول، أما من دخل بها مضى العقد، و ألغي الشرط، و بطل المسمى، و وجب للمرأة مهر المثل. [1]

فإذا اشترطت مثل هذه الشروط عندهم، يفسخ النكاح قبل الدخول، و يثبت بعده بمهر المثل و يلغى الشرط، و هم يفرقون بين حالتي قبل الدخول و بعده طبقا لقاعدة " مراعاة الخلاف ". [2]

ثالثا: عند الشافعية

يسمى هذا القسم من الشروط ما يخالف مقتضى العقد و مقصود النكاح الأصلي، مثاله كشرط أن يتزوجها على أن يطلقها في رأس الشهر فالنكاح باطل، لكن له تفصيل في بعض الشروط حيث يختلف الحكم باختلاف جهة مشترطه، كأن يتزوجها على أن لا يطأها، فإن كان الشرط من جهتها، فالزواج باطل لأنها منعته من ما استحقه عليها من مقصود العقد، أما إذا كان من جهة الزواج صحيح، و أيضا كما لو أنه يتزوجها على أن لا نفقة لها أبدا، فسمي هذا الشرط أنه رفع بدل المقصود بالعقد، فلو كان الشرط من جهتها صح النكاح أما في حالة إذا كان الشرط من جهته، فقد اختلف الفقهاء في ذلك. [3]

رابعا: عند الحنابلة

ذهبوا إلى القول أن مثل تلك الشروط مفسدة للعقد، و حكموا على الشروط بالبطلان و على عقد الزواج بالصحة، كنكاح الشغار، و استدلوا على ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله نهى عن الشغار، و الشغار معناه كأن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق. [4]

الحنابلة يوافقون الحنفية بخصوص بعض الشروط، و لكنهم يذكرون أن هناك شروط أخرى نهى الشرع عنها، فلا يجب اعتبارها في مضمون العقد، كاشتراط تأقيت النكاح و التحليل، و يخالفون الشافعية لكون الشرط الفاسد عندهم يفسد العقد ما دام لم يحدث دخول، فإذا دخل بها صح العقد و ألغي الشرط، و بطل المسمى و وجب للمرأة مهر المثل. [5]

---

[1]– عبد القادر داودي، مرجع سبق ذكره، ص 149.

[2]– الشاطبي، الموافقات في أصول الأحكام، دار الفكر، 1341هـ، ص 95.

[3]– الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، ج 1، بيروت، لبنان، د س ن، ص 495.

[4]– صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشغار، مرجع سبق ذكره، ص 203.

[5]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سبق ذكره، ص 674.

الفرع الثالث: الشروط المختلف فيها

هي تلك الشروط التي يشترطها أحد الزوجين على الزوج الآخر، و لا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، و لا منافية لمقتضاه، و لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، و يكون فيها منفعة للزوج المشترط، فهل الشروط المختلف فيها تعتبر صحيحة يجب الوفاء بها أم لا ؟

للإجابة عن هذا التساؤل اختلف الفقهاء على ثلاثة آراء على النحو التالي:

أولا: أصحاب الرأي الأول

يرى أن هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها، فإن لم يوف بها من اشترطت عليه كان من حق المشترط فسخ العقد، و قد روي هذا عن عمر بن الخطاب و بعض الصحابة و التابعين و هو مذهب الحنابلة و الأوزاعي و إسحاق بن رهويه. [1]

و استدل أصحاب هذا الرأي بالأحاديث النبوية التالية:

- **قوله عليه الصلاة و السلام:**" **أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج** ". [2]

أوجب هذا الحديث الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج و لو لم يكن له دليل خاص أو نص خاص، لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليله، بمقتضى عموم لفظه و شمول ما يدل عليه و تأكيد طلب الوفاء به. [3]

- **و قوله صلى الله عليه و سلم:** " **المسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما** ".[4]

دل هذا الحديث على أن الشروط ما لم تحرم حلال أو تحلل حرام يكون الوفاء بها واجب.

- أن رجلا أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: يا أمير المؤمنين تزوجت هذه و شرطت لها دارها و إني أجمع لأمري أن انتقل أرض كذا و كذا، فقال عمر لها " **شرطها** " فقال الرجل: هلك الرجال، إذ ما تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا و طلقته، فقال عمر:" المؤمنون عند شروطهم عند مقاطع حقوقهم". [5]

---

[1]– ابن قدامة، مرجع سبق ذكره، ص 483.

[2]– صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، مرجع سبق ذكره، ص 375.

[3]– محمد أبو زهرة، مرجع سبق ذكره، ص 160.

[4]– صحيح البخاري، كتاب الإجارة، مرجع سبق ذكره، ص 135.

[5]– صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، المرجع السابق ذكره، ص 153.

ثانيا: أصحاب الرأي الثاني

يرى أصحاب هذا الرأي من فقهاء الحنفية و الشافعية بأن كل شرط خالف الشرع أو يزيد على مقتضى العقد من غير ورود نص في الشرع بإقراره، شرط باطل لا يؤثر على العقد بحيث يبطل الشرط وحده و يبقى العقد صحيحا، كاشتراط الزوجة على الزوج أن لا يتزوج عليها. [1]

و استدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية:

ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: **قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " ما بال أقوام يشترطون شروط ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له و إن اشترط مائة شرط ".** [2]

يتبين من خلال كل ما سبق أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على صحته فهو باطل، لأنه ليس في كتاب الله تعالى. [3]

ثالثا: أصحاب الرأي الثالث

يرى أصحاب هذا الرأي من فقهاء المالكية، أن هذه الشروط مكروهة و الوفاء بها غير لازم بل مستحب بل تقترن بما يستلزم الوفاء بها، و استدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية:

– ما روي أن رجل تزوج امرأة و شرطت عليه ألا يخرجها من دارها، فتخاصما إلى علي–كرم الله وجهه– فقال: " **شرط الله قبل شرطها** "، و لم يرى لها شيء.

– **قوله صلى الله عليه و سلم: " أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج ".**

فدل الحديث على أن الحث على الوفاء محمول على الندب و ذلك جمعا بين هذا الحديث

– **و قوله صلى الله عليه و سلم:" من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، و إن اشترط مائة".** [4]

فجمعا بين هذه النصوص قال المالكية إن الوفاء بهذه الشروط مستحب و ليس بواجب و إن كان يكره اشتراطها أصلا.

---

[1]– كوثر كامل علي، مرجع سبق ذكره، ص 72.

[2]– صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب ما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، ح رقم 2567، ص 971.

[3]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سبق ذكره، ص 159.

[4]– الزرقاني، شرح الموطأ، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج 3، ص 137.

المطلب الثاني: صور الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

لقد نحى المشرع الجزائري منحى المذهب الحنبلي من أن الأصل في الاشتراط الإباحة – كما سبق و أن ذكرنا – ما لم يقم الدليل على المنع، حيث أباح الاشتراط لكل من الزوجين من خلال **المادة 19** السالفة الذكر من قانون الأسرة التي وردت في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول، و هو ما يؤكده قرار المحكمة العليا ملف رقم 358665 الصادر بتاريخ 2006/04/12.

المبدأ: تقيم الزوجة، كقاعدة عامة، حيث يقيم زوجها. يحق لها اشتراط تحديد مكانة الإقامة الزوجية، عند أو بعد إبرام عقد الزواج. [1]

و لا شك أن احترام الشروط المقترنة بعقد الزواج، يكون عاملا هاما و أساسيا من عوامل استقرار الحياة الزوجية و تماسكها و عدم اضطرابها و إصابتها بالخلل.

و قرار آخر للمحكمة العليا ملف رقم: 480264 الصادر بتاريخ 2009/02/11.

المبدأ: يعد مخالفا للقانون، حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي ما دام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة. [2]

الفرع الأول: الجهة المختصة بتوثيق الاشتراط

ترك المشرع الجزائري للزوجين حرية اختيار طريقة توثيق الشروط التي يريانها ضرورية في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، و بالرجوع إلى **المادة 18** من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في **المادتين 9 و 9 مكرر** من هذا القانون ". [3]

[1]– مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2006، العدد 1، ص 491.

[2]– مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2009، العدد 1، ص 283.

[3]– قانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سبق ذكره.

و بالتالي الجهة المختصة أو الموظف المختص بإبرام عقد الزواج هو ضابط الحالة المدنية أو الموثق باعتباره ضابط عمومي يختص بإبرام العقود التي يشترط فيها القانون الصفة الرسمية، أو العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصفة. [1]

و هو ما أكده نص **المادة 71** من قانون الحالة المدنية: " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج و لا تطبق هذه المهلة على المواطنين".[2]

أي أنه يجوز للزوجين حين إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، إدراج كل الشروط التي يريانها ضرورية، كما يجوز لهما أن يوثقا هذه الشروط في عقد رسمي لاحق.

و لقد تناولت **المادة 324** من القانون المدني العقد الرسمي، حيث نصت على ما يلي: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه ". [3]

بمعنى أن الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج يقوم بتدوين الشروط التي يتفق عليها الزوجين و التي يريانها ضرورية لضمان حياة زوجية سعيدة، هذا التدوين قد يكون خلال إبرام عقد الزواج أو يكون بموجب عقد رسمي لاحق، ذلك أن الشروط في عقد الزواج من العقود التـي يتطلـب إفراغـه فـي شكل رسمي لكي يرتب أثاره القانونية، و هذا الجانب الرسمي الذي فرضه القانون للإثبات، و على هذا الأساس أجاز القانون للموثق، و لغيره من الموظفين المؤهلين قانون لتحرير عقود الزواج أن يتحققوا من شروط المتعاقدين، بحيث لا تخالف النظام العام، و لهم تبعا لذلك سلطة تقييم و قبول ما يمكن قبوله، و رفض ما يجوز رفضه مما يضيفه المتعاقدين من شروط. [4]

---

[1]– محمد ضويفي، شرح قانون الحالة المدنية الجزائري، دار بلقيس للنشر، 2019، ص 83.

[2]– الأمر رقم 70–20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المعدل و المتمم بالقانون رقم 17–03 المؤرخ في 10 يناير2017 المتضمن قانون الحالة المدنية .

[3]– الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

[4]– فاطمة حداد، مرجع سبق ذكره، ص 262.

الفرع الثاني: جزاء مخالفة الاشتراط في عقد الزواج

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

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

المادة 32: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد".

المادة 35: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا و العقد صحيحا ".

و بإستقراء هذه النصوص جميعا يمكن أن نبدي الملاحظات التالية: ... أن نص **المادة 32** قد أخلط بين المانع من الزواج، و الذي يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد و بالتالي بطلانه. و بين الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض و مقتضيات العقد، و التي لا تؤثر على صحة العقد. و إنما يجب إلغاؤها. و هو ما نص عليه في **المادة 35** التي تؤكد على صحة العقد و بطلان الشرط. مع أن هذه الحالة الأخيرة هي التي يبطل بها العقد.

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

أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حالة كون الشرط ينافي أصل العقد كأن يكون شرط توقيت الزواج بمدة محددة. [2]

أما مسألة جزاء الإخلال بالشروط المقترنة بعقد الزواج كما لو تضررت الزوجة بفقدانها لمنصب عملها بسبب إخلال الزوج بالشرط الذي وافق عليه و الذي يسمح للزوجة بمزاولة عملها، هنا لا نجد جواب في

[1]– يوسف مسعودي، مرجع سبق ذكره ، ص 72.

[2]– الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص 129.

قانون الأسرة بل لابد من الرجوع إلى القانون المدني أين يسمح للطرف المضرور أن يلجأ إلى القضاء و يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق به من جراء ذلك و تؤسس الدعوى على أساس أحكام المسؤولية العقدية و يقدر القاضي التعويض بناء على الضرر اللاحق سواء كان ضررا مادي أو معنوي، [1] و ذلك طبقا **للمادة 124** من القانون المدني الجزائري التي تنص: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ". [2]

و قد سمح قانون الأسرة الجزائري في **المادة 53** البند 9 للزوجة أن تطلب التطليق في حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

و الجدير بالذكر أن قانون الأسرة الجزائري لم يرد به نص خاص يمنح للزوجين حق اللجوء إلى القضاء، من أجل إبطال أو تعديل الشرط أو في حالة عدم تنفيذ الشرط، و يبقى ذلك خاضعا للقواعد العامة في القانون المدني. [3]

و عليه يتضح مما سبق أن الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج تقع باطلة و يبقى عقد الزواج صحيحا هذا من جهة ومن جهة أخرى أن الشروط المتفق عليها في عقد الزواج هي شروط ملزمة و واجب الوفاء بها شريطة أن تكون إما في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق.

و قد جاء في إجتهادات المحكمة العليا قرار بتاريخ 1991/02/20: " من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا و لاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات، أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية، و لما كان من الثابت في قضية الحال، أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة و لا هي مطلقة، بإعتبارها خرجت من بيت الزوجية و أخذت كل أثاثها منه استحالت الحياة الزوجية، فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون، متى كان كذلك استوجب رفض الطعن". [4]

---

[1]– فاطمة حداد، مرجع سبق ذكره، ص 262.

[2]– الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

[3]– فتيحة بوراق، مرجع سبق ذكره، ص 89.

[4]– مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993، العدد 3، ص 98.

و هو الإجتهاد القضائي الذي أكدته المحكمة العليا في قرار بتاريخ 2006/07/12: " ... عدم العدل بين الزوجة و ضرتها يبرر حق طلب التطليق ". [1]

و جاءت المحكمة العليا في قرار آخر بتاريخ 2008/03/13 بالمبدأ التالي: " لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول ". [2]

و استثناءا من ذلك توجد حالات خاصة يسقط فيها حق الزوجة في الفسخ، كأن ترضى الزوجة بإخلال زوجها بالشرط الذي اشترطته عليه أو لزوال سبب الشرط، فإذا زال سبب الشرط و لم يعد موجب، كما لو توفي والدي الزوجة، و كانت الزوجة قد اشترطت على زوجها ألا يخرجها من بلدها.

و في حالة استحالة تنفيذ الشرط، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها أن يسكنها بمنزل والديها، ثم تعذرت سكن المنزل لسبب طارئ كحدوث زلزال أدى إلى انهياره، فإن الوفاء بالشرط يكون متعذرا. [3]

و في الأخير يمكن القول أنه كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة **222** من قانون الأسرة.

الفرع الثالث: أمثلة عن الاشتراط

أشار قانون الأسرة في **المادة 19** إلى نوعين من الشروط، و ذلك على سبيل المثال بالنظر إلى أهميتهما في الواقع العملي، و هما شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة، و الواقع أن هناك أنواع أخرى من الشروط لا حصر لها.

[1]– مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2006، العدد 2، ص 441.

[2]– مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2008، العدد 1، ص 277.

[3]– فاطمة حداد، مرجع سبق ذكره، ص 262.

أولا: شرط عدم تعدد الزوجات

أباح المشرع الجزائري تعدد الزوجات كحالة إستثنائية يسمح بها عند الضرورة، فقام بتنظيمه و ضبطه بجملة من القيود و هو ما أكدته المادة 08 من قانون الأسرة التي تنص: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل.." [1]

لقد استحدث قانون الأسرة شرط عدم تعدد الزوجات كإحدى الأمثلة على الشروط الصحيحة الجائز إشتراطها في عقد الزواج، و المعتبرة من الناحية القانونية، و هذا تماشيا مع مذهب الحنابلة.

فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها فقبل بهذا الشرط فيجب عليه الوفاء به، و إذا أراد أن يتخلص من هذا الشرط لسبب أو لآخر فما عليه سوى إقناعها بالتنازل عن الشرط.

يبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر برأي الأحناف في هذا الموضوع، حيث يجيزون هذا الشرط. فإذا إشترطت عليه ألا يتزوج عليها فوافق لزمه الشرط.

أما بحسب رأي المالكية فإن هذا الشرط غير لازم. [2] فهم يرون أن شرط التعدد لا يقتضيه عقد الزواج و لا ينافيه، و حكمه أنه صحيح يلزم الوفاء به، و إن فات الشرط كان لصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد أو إمضاءه. [3]

و بالرجوع إلى نص **المادة 08** من قانون الأسرة الجزائري، فهو يسمح للرجل بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، أي أنها أعطت حق للرجل في التعدد، ثم جاءت **المادة 19** من قانون الأسرة الجزائري و قيدت هذا الحق بأن منحت المرأة اشتراط عدم تعدد الزوجات في عقد الزواج و ذلك لتفادي الإشكالات التي قد تقع.

[1]– الأمر رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سبق ذكره.

[2]– الرشيد بن شويخ، مرجع سبق ذكره ، ص 127.

[3]– ابن قدامة، مرجع سبق ذكره، ص 487.

و من المعلوم أن إشتراط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها هو شرط لا يقتضيه العقد و لا ينافيه...، و هو ما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهادها، فإن خالف الرجل الشرط و تزوج، كان للمرأة طلب التطليق (**المادة 9/53** قانون أسرة جزائري)، أو فسخ الزواج (**المادة 35** قانون أسرة جزائري) و استيفاء كامل من حقوقها الشرعية. [1]

يقول الأستاذ محمد لمين لوعيل إن حق الاشتراط المقرر للمرأة فيما يتعلق بعدم إعادة الزواج عليها يتنافى مع القانون، إذ يرى أن القانون أباح تعدد الزوجات، و بالتالي يعتبر إشتراط عدم الزواج ثانية مخالف لأنه يتنافى مع أحكام هذه المادة. [2]

ثانيا: شرط عمل المرأة

إذا اشترطت الزوجة على زوجها عند إبرام عقد الزواج أن لا يمنعها من الاستمرار في العمل، أو كانت تعمل و سكت، فإذا قبل الزوج بهذا الشرط يجعل للزوجة الحق في طلب التطليق وفقا **للمادة 53 فقرة 9** من قانون الأسرة، و قد ذهب إلى أبعد من ذلك، عندما لم يجعل عمل المرأة سببا كافيا لسقوط حقها في الحضانة طبقا **للمادة 67 فقرة 2** من قانون الأسرة. [3]

يعتبر اشتراط المرأة العمل من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج و لا ينافيها، و التي في الأصل يجب الوفاء بها ليس من باب الإلزام، و إنما من باب الإستحباب، فهو شرط مكروه عموما لما فيه من التحجير على الزوج... مثل من تزوج ماشطة و اشترطت عليه عند عقده النكاح أن لا يمنعها من صنعتها، و قبل ذلك منها ثم أراد منعها من ذلك، أجاب ابن عرفة: " لا يلزمه الوفاء بالشرط، قيل: إن كانت صنعتها لا تجوز فواضح... [4]

[1]– العربي بلحاج، مرجع سبق ذكره، ص 202.

[2]– محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة، ط 2، 2006، الجزائر، ص 62.

[3]– محفوظ بن صغير، مرجع سبق ذكره، ص 465.

[4]– عز الدين عبد الدائم، حكم النفقة الزوجية للمرأة العاملة، دار كردادة للنشر، ط 1، 2011، الجزائر، ص 121.

لكن استثناءا يجوز للزوج منع زوجته من العمل في حالتين:

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

2- منافاة خروج المرأة للعمل مع مصلحة الأسرة و هي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، و يراعي في ذلك مدى تأثير عمل المرأة على أداء واجباتها الأسرية و الزوجية. [1]

لقد اعتبر المشرع الجزائري أن هذا الشرط من أهم الشروط الشرعية و القانونية لأنها لا تحرم حلال و لا تحلل حرام، و لا تمس بحقوق الغير، و عليه فإن قام الزوج بداية على الموافقة على هذه الشروط ثم أخل بها أي خالفها، فهنا يحق للزوجة مقاضاته أمام القضاء و طلب تطليقها و إنهاء عقد الزواج. [2]

ثالثا: إشتراط الزوجة السكن المنفرد

إن نفقة الزوج على زوجته واجبة، و من النفقة ايجاد المسكن الصالح لها، و هو الذي يعد من أهم حقوق الله تعالى على الزوج و من أهم مستلزمات الحياة الزوجية، فهو المحل الذي يأوي إليه الزوجان ليجدا مستقرهما، فهو حق ثابت و من ثم فإن اشتراطه في عقد الزواج من باب تأكيد ليس إلا، و يقصد باشتراط الزوجة السكن المنفرد، إلزام الزوج بموجب شرط يتم إدراجه في عقد الزواج بإعداد محل معين و مخصص لإقامتهما بصفة مستقلة دون أن يشاركها فيه أهله، أو ضرتها، يعد هذا الشرط من الشروط الجائز اشتراطها و المقررة لها بموجب المادة 19 من قانون الأسرة، و يعتبر السكن من أهم مشتملات النفقة الزوجية طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة. [3]

ترى المحكمة العليا أن للزوجة التمسك بحقها في المسكن المنفرد بإعتباره حق ثابت، إذ جاء في قرارها " من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة و مستقلة عن أهله، و لو لم تكن قد إحتفظت بهذا الحق حين أبرم عقد الزواج، أو سبق و أن سكنت مع أقارب زوجها ثم إشتكت بسبب الضرر الذي لحق منهم، فإن القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أقرته من مبادئ،

[1]- يوسف مسعودي، مرجع سبق ذكره، ص 131.

[2]- محفوظ بن صغير، مرجع سبق ذكره، ص 438.

[3]- الأمر رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سبق ذكره.

و عليه يستوجب نقض القرار الذي ألزم بإستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة ". [1]

و قد استقر الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا بإقرار أحقية الزوجة في السكن المنفرد عن أهل الزوج، أو عن الضرة مستلهما هذا من أحكام الشريعة الإسلامية بل أعطاها حق المطالبة به في أي وقت حتى و لو تحفظت عند العقد، و لم تطلبه أو سكنت مع أهله، و كذا أجاز للزوجة إشتراطه في حال الإخلال بالشرط المطالبة بالتطليق إذ جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 ملف رقم 213669 " من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في المطالبة بسكن مستقل عن أهل الزوج لقول خليل و لها الإمتناع من أن تسكن مع أقاربه " و هذا لما فيه من إضرار و سوء معاملة، و كذا لإطلاعهم على أمورها، هذا دون أن تشكل المطالبة بالسكن المنفرد عن أهل الضرة و عن أهل الزوج نشوزا في حال رفض الزوجة الرجوع لبيت الزوجية، و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم نشوز الزوجة طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن ". [2]

و هذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2011/11/10، ملف رقم 653383 " لا يعد نشوزا إمتناع الزوجة عن الرجوع، في حالة عدم توفير الزوج المسكن المستقل المحكوم به قضاءا ". [3]

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، 1989، عدد 01، ص 101.

[2]– المحكمة العليا، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 219.

[3]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، المجلة القضائية، 2012، عدد 02، ص 234.

خاتمة

خاتمة :

نخلص في ختام هذا البحث المتواضع إلى أن كل من الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري أباح للزوجين عند إنشاء عقد الزواج إقترانه بشروط على حسب مصلحة الزوجين أو أحدهما، و أعطى لكل منهما الحرية في إشتراط ما يبدو ضروريا و مناسبا لهما من شروط.

لكن الفقه الإسلامي اختلف حول مبدأ جواز الإشتراط في عقد الزواج بين مضيق و موسع، فإعتبر 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 ما لم تتنافى مع أحكامه، أي أنه أخذ برأي الحنابلة في توسعهم في مجال الشروط.

و عليه فالطبيعة الفقهية و القانونية للإشتراط في عقد الزواج أنه أمر جائز شرعا و قانونا، لكنه لم يبق على إطلاقه، بل وضع له الفقه الإسلامي قيود شرعية، تتمثل في عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، بينما وضع له قانون الأسرة قيود قانونية، تتمثل في عدم منافاة الشروط مع أحكام قانون الأسرة.

و رتب عدة صور للإشتراط منها ما هي موافقة لمقتضى عقد الزواج و هي الشروط الصحيحة، و منها ما هي مناقضة لمقتضى عقد الزواج و هي الشروط غير الصحيحة، و منها ما إختلف الفقهاء فيها.

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

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

– أن قانون الأسرة أخذ بالرأي القائل بأن الأصل في الإشتراط الإباحة، حيث أجاز بصريح النص للزوجين حرية إنشاء الشروط في العقد ما لم تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، و ذلك لتحقيق مصالحهما المتجـددة.

– أن السماح للزوجين بالإشتراط ليس على إطلاقه، بل هما مقيدان فلا يجوز الإشتراط بما لا يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية و أحكام قانون الأسرة، للمحافظة على إستقرار الأسرة و تماسكها.

– أجاز المشرع الجزائري بعد تعديله للمادة 19 من قانون الأسرة، أن يكون الإشتراط في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق.

– لقد نص قانون الأسرة على شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، فيحق للزوجين اشتراط شروط أخرى غيرهما.

– رتب قانون الأسرة جزائين متناقضين للشروط غير الصحيحة، أحدهما نصت عليه المادة 32 التي إعتبرت أن الشرط غير الصحيح مبطل لعقد الزواج، و الجزاء الثاني نصت عليه المادة 35 حين إعتبرت أن الشرط باطل و العقد صحيح.

و عليه نخرج من خلال هذا البحث المتواضع بالتوصيات التالية :

– إبراز دور الإجتهاد القضائي و مبادئ المحكمة العليا، حول ما يستجد من إشتراطات نظرا لظهور إشتراطات جديدة.

– تفعيل دور كل من الموثق و ضابط الحالة المدنية في مجال الإشتراط في عقد الزواج.

– تنظيم الإشتراط من الجانب الشرعي و القانوني و توسيع دائرته، قصد مسايرة المستجدات في مسألة الاشتراط.

– عدم الإكتفاء بإدراج الإشتراط في عقد رسمي لاحق أمام الموثق، بل لابد من توسيع صلاحية ضابط الحالة المدنية لتمكين الأزواج من إدراج الإشتراط في عقد إداري لاحق يبرم أمامه.

– تعديل المادة 19 من قانون الأسرة بإدراج معايير واضحة، للتمييز بين الشروط الصحيحة و الشروط غير الصحيحة عند توثيقها في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق.

– تعديل كل من المادة 32 و المادة 35 من قانون الأسرة، لإزالة الغموض القائم بينهما، و ذلك بالتمييز بين المانع من الزواج الذي يؤدي بالضرورة إلى بطلان عقد الزواج، و بين الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض و مقتضيات العقد، و التي لا تؤثر على العقد فيبقى صحيح.

– تعديل المادة 53 في شقها المتعلق بالسماح للزوجة أن تطلب التطليق لمجرد مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، كونه يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية و فيه تعدي على قدسية الزواج.

و ختاما نحمد الله عز و جل أن وفقنا إلى إنجاز بحثنا، فإن أصبنا فبتوفيق من الله سبحانه و تعالى، و إن أخطأنا فبتقصير منا.

ملخص البحث :

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

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

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

Résumé :

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

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

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

قائمة المصادر والمراجع

قائمـة المصادر و المراجع

القرآن الكريم: برواية حفص عن عاصم.

أولا: كتـب التفسير

1- محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، المجلد 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

2- محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج 1، شركة الشهاب، الجزائر، د س ن.

ثانيا: كتـب الحديث و شروحه

3- ابن حزم الأندلسي، الإحكام في أصول الأحكام، المجلد 2، دار الحديث، مصر، 1984.

4- ابن حزم الأندلسي، المحلى، تحقيق أحمد شاكر، مكتبة دار التراث، القاهرة، 2005.

5- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، لبنان، د س ن.

6- الترمذي، الجامع الصحيح سنن الترمذي، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، د س ن.

7- الشوكاني، فتح القدير، ج 2، دار الأرقم، بيروت، لبنان، د س ن.

8- مسلم، صحيح مسلم، شرح النووي، ج 3، ط 2، مكتبة دار الوفاء، الأزهر، القاهرة، 2003.

ثالثا: المصادر الفقهية

- الفقه الحنفي

9- السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 3، لبنان، د س ن.

- الفقه المالكي

10- الزرقاني، شرح الموطأ، دار الفكر، بيروت، لبنان، د س ن.

- الفقه الشافعي

11- الشاطبي، الموافقات في أصول الأحكام، دار الفكر، 1341 هـ.

12- الشافعي، موسوعة الإمام الشافعي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط 1، 2000.

13- الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 1، لبنان، د س ن.

- الفقه الحنبلي

14- ابن القيم شمس الدين الجوزية، زاد الميعاد في هدي خير العباد،مكتبة الصفاء،القاهرة، ط1، 2002.

15- ابن النجار الفتوحي ، شرح الكوكب المنير، المملكة العربية السعودية، ج 1، ط 2، 1993.

16- ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، المجلد 32، النكاح، مكتبة المعارف، المغرب، د س ن.

17- ابن قدامة المقدسي، المغني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1994.

18- علاء الدين الحنبلي، التحبير في شرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد، الرياض، 1997.

رابعا: المصادر القانونية

19- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، جريدة رسمية عدد 21 سنة 1970، المعدل و المتمم بالقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2017، جريدة رسمية عدد 02 سنة 2017، المتضمن قانون الحالة المدنية.

20- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، جريدة رسمية عدد 78 سنة 1975، المعدل و المتمم بالأمر 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية عدد 31 سنة 2007، المتضمن القانون المدني.

21- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، جريدة رسمية عدد 24 سنة 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15 سنة 2005، المتضمن قانون الأسرة.

خامسا: المعاجم و القواميس

22- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق علي عبد الرحمان و آخرون، دار المعارف، مصر، د س ن.

23- الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة للنشر و التوزيع و التصدير، القاهرة، ط 1، 2004.

24- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 8، 2005.

سادسا: الكتب

25- أبو بكر السيوطي، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت، لبنان، 1403 هـ.

26- أحمد إبراهيم بك، الإلتزامات في الشرع الإسلامي، دار الأنصار، د س ن.

27- أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج 1، منشورات قصر الكتاب، د س ن.

28- أحمد خليفة العقلي، الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية، الدار الجماهيرية للنشر و التوزيع و الإعلان، ليبيا، 1990.

29- أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، نظرية العقد، منشورات الحلبي، 2002، لبنان.

30- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار النشر، مصر، 2009.

31- إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، ج 2، الدار الجامعية للنشر،مصر،د س ن.

32- الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1 ، ط1 ، 1983.

33- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008.

34- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، ج 1، 2012.
35- القرافي، شرح تنقيح الفصول في إختصار المحصول في الأصول، دار الفكر، لبنان، 1973.
36- أنور طلبة، المدلول في شرح القانون المدني، مسؤولية حارس الحيوان، مسؤولية حارس البناء، الشرط الجزائي، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، ج 4، الإسكندرية، 2004 .
37- حسن حسنين، أحكام الأسرة المسلمة فقها و قضاء، دار الآفاق العربية، 2001.
38- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار الإتحاد العربي للطباعة، د س ن.
39- رابح بن غريب، مدخل إلى دراسة الشرعية الإسلامية، دار العلوم، جامعة جيجل، الجزائر،ط1، 2002.
40- رشدي شحاتة، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001.
41- رمضان أبو السعود ، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
42- زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة و القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
43- سالم بن عبد الغني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، 2002.
44- سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دارالنفائس، الأردن، ط 1،ج 1، 1997.
45- شيماء الصراف، أحكام المرأة بين الإجتهاد و التقليد، دار القلم للنشر، ط 1، 2001.
46- صبحي المحمصاني، الطريقة العامة للموجبات و العقود في الشريعة الاسلامية، ج 2، ط 2، دار العلم الاسلامي، بيروت، 1972.
47- عبد الحميد الشواربي، الإلتزامات و العقود التجارية، المعارف للطباعة و النشر و التوزيع، اسكندرية، 2001.
48- عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للإلتزام، الإلتزام في ذاته،ج 1، دون دار نشر،مصر، د س ن.
49- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الإنقضاء، ج 3، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د س ن.
50- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،دار نهضة عربية، قاهرة، مجلد 3،د س ن.
51- عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر و التوزيع، د س ن.

52- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط 3، الجزائر، د س ن.

53- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة ، ط 3، الجزائر، 2018.

54- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، 2010، الجزائر.

55- عبد الكريم بن علي، المهذب في أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، مجلد 1، 1999.

56- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط 6، د س ن، بيروت، لبنان.

57- عز الدين عبد الدائم، حكم النفقة الزوجية للمرأة العاملة، دار كردادة للنشر، ط 1، الجزائر، 2011.

58- علاء أحمد إدريس، الوجيز في أصول الفقه، دار مكتبة الهلال، بيروت، ط 2، ج 1، 2001.

59- علي علي سلميان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5، الجزائر، 2003.

60- علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.

61- كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة و النشر و التوزيع، تونس، 1983.

62- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ج 1، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.

63- محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة و تنظيم النسل، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.

64- محمد بن علي الولوي، شرح سنن النسائيين، دار البروم، المملكة العربية السعودية، ج 1، 2003.

65- محمد بن علي بن وهب، إحكام الأحكام في شرح عمدة الأحكام، مطبعة السنة المحمدية، ج 1، القاهرة، 1953.

66- محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2000.

67- محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، النظرية العامة للإلتزامات، القسم الثاني، القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، د س ن.

68- محمد ضويفي، شرح قانون الحالة المدنية الجزائري، دار بلقيس للنشر، 2019.

69- محمد عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984.

70- محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد و آثارها في الفقه الاسلامي، قطر، د س ن.

71- محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، المجلد 1، دار محمود للنشر و التوزيع، د س ن.

72- محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة، ط 2، 2006، الجزائر

73- محمد يعقوب الدهلوي، حقوق الزوجية و التنازل عنها، دار الفضيلة، ط 1، 2002، السعودية.

74- محمود بلال مهران، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، عقد الزواج و أثاره، ط 1، دار الثقافة العربية، 2000.

75- محمود عبد الرحيم الدين، بدأ سريان الإلتزام المشروط، دار الجامعة للنشر، مصر، 1999.

76- مصطفى الزرقاء، مدخل للفقه العام، دار القلم، دمشق، ج 1، ط 2، 2004.

77- منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام،ج 2، مكتبة الثقافة للنشر، عمان، د س ن.

78- نشوة العلواني، عقد الزواج و الشروط الإتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، 2003.

79- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ج 1، ط 1، 1986.

80- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 4 ، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان ، 1992.

81- ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية العقد، دار وائل للطباعة و النشر، الأردن، 2002.

سابعا: الرسائل و المذكرات

82- محمد عبد الله علي طلاحفة، التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية، رسالة دكتوراه، جامعة الأردن، الأردن، 2004.

83- محفوظ بن صغير، الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الإجتماعية و الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، 2009/2008.

84- نعيم محمد، الشرط و الأجل بنوعيهما في القانون المدني الجزائري و في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية و السياسية، جامعة الجزائر، 1976.

85- نور الدين لمطاعي، الشرط المقترن بالعقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1996/1995.

86- عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي و بعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة العقيد لخضر، باتنة، 2004/2003.

87- يوسف مسعودي، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، المركز الجامعي بشار، الجزائر، 2007/2006.

88- جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه و القانون، رسالة ماجيستر، قسم القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2009 .

89- إيمان لعريبي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2013.

90- فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المغربي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2015.

91- حمودة بدرة، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر أكاديمي، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2017/2016.

ثامنا: المجلات

92- سامي محمد أبوعرجة، الشروط المقترنة بعقد النكاح في سلسلة العلوم الانساني، الفقه الإسلامي، العدد 2، المجلد 10، مجلة جامعة الأزهر بغزة، فلسطين، 2008.

93- فاطمة حداد، الإشتراط في عقد الزواج بين الإعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، العدد السابع، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، د س ن.

94- نور الدين عباسي، إتفاق الضبط في الفرق بين السبب والشرط، مجلة الموافقات، العدد الرابع، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، 1995.

تاسعا: الإجتهاد القضائي

95- المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 01.

96- المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 03.

97- المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص .

98- المجلة القضائية لسنة 2006، العدد 01 و 02.

99- المجلة القضائية لسنة 2009، العدد 01.

100- المجلة القضائية لسنة 2012، العدد 02.

عاشرا: المواقـع الالكترونيـة

101- تعريف الشرط و خصائصه و أصنافه/https://estifada.com.

102- https://droit7.blogspot.com/2015/blog-post_6.html

103- www.joradp.dz

الفهرس

الفهـرس

العناويـــــن	الصفحـة
مقدمـة	أ – ج
الفصل الأول: ماهية الإشتراط في عقد الزواج	6
المبحث الأول: مفهوم الإشتراط في عقد الزواج	7
المطلب الأول: تعريف الشرط المقترن بالعقد	7
الفرع الأول: تعريف الشرط في اللغة	7
الفرع الثاني: تعريف الشرط في الفقه الإسلامي	8
الفرع الثالث: تعريف الشرط في القانون	10
المطلب الثاني: الفرق بين الشرط و بعض المفاهيم المشابهة	11
الفرع الأول: التمييز بين الشرط و الركن	11
الفرع الثاني: التمييز بين الشرط و العلة	12
الفرع الثالث: التمييز بين الشرط و الوعد	13
المبحث الثاني: الأسس التي يقوم عليها الشرط و أصنافه	14
المطلب الأول: الأسس التي يقوم عليها الشرط	14
الفرع الأول: الشرط أمر غير محقق الوقوع	14
الفرع الثاني: الشرط أمر مستقبلي	15
الفرع الثالث: الشرط أمر ممكن الحدوث	17
المطلب الثاني: أصناف الشرط المقترن بالعقد	18
الفرع الأول: مصادر الشرط	18
الفرع الثاني: وظيفة الشرط	23
الفرع الثالث: موضع الشرط	27
الفصل الثاني: أحكام الإشتراط في عقد الزواج	32
المبحث الأول: القيود الواردة على حرية الإشتراط في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة	32
المطلب الأول: القيود الواردة على حرية الإشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي	32
الفرع الأول: الرأي القائل بأن الأصل في الإشتراط الإباحة	33
الفرع الثاني: الرأي القائل بأن الأصل في الإشتراط الحظر	36
الفرع الثالث: مناقشة أدلة الإشتراط في عقد الزواج	39

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الإشتراط في قانون الأسرة الجزائري	43
الفرع الأول: مراعاة قواعد النظام العام	43
الفرع الثاني: مراعاة قواعد الآداب العامة	45
الفرع الثالث: عدم منافاة أحكام قانون الأسرة	46
المبحث الثاني: صور الإشتراط في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	48
المطلب الأول: صور الإشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي	48
الفرع الأول: الشروط الصحيحة في عقد الزواج	48
الفرع الثاني: الشروط غير الصحيحة في عقد الزواج	51
الفرع الثالث: الشروط المختلف فيها في عقد الزواج	53
المطلب الثاني: صور الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري	55
الفرع الأول: جهـة توثيـق الإشتراط	55
الفرع الثاني: جزاء مخالفة الإشتراط	57
الفرع الثالث: أمثلــة عــن الإشتراط	59
الخاتمـة	65
ملخص البحث	68
قائمة المصادر و المراجع	70
الفهرس	78