جامـــعة زيان عاشور الجـــلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الزواج المشروط وآثاره بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة)

مذكرة تخرج ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالبيـــن:

مبخوتي مبخوت

العطري محـــمد

إشـــراف الأستاذ:

ضـــيفي النعاس

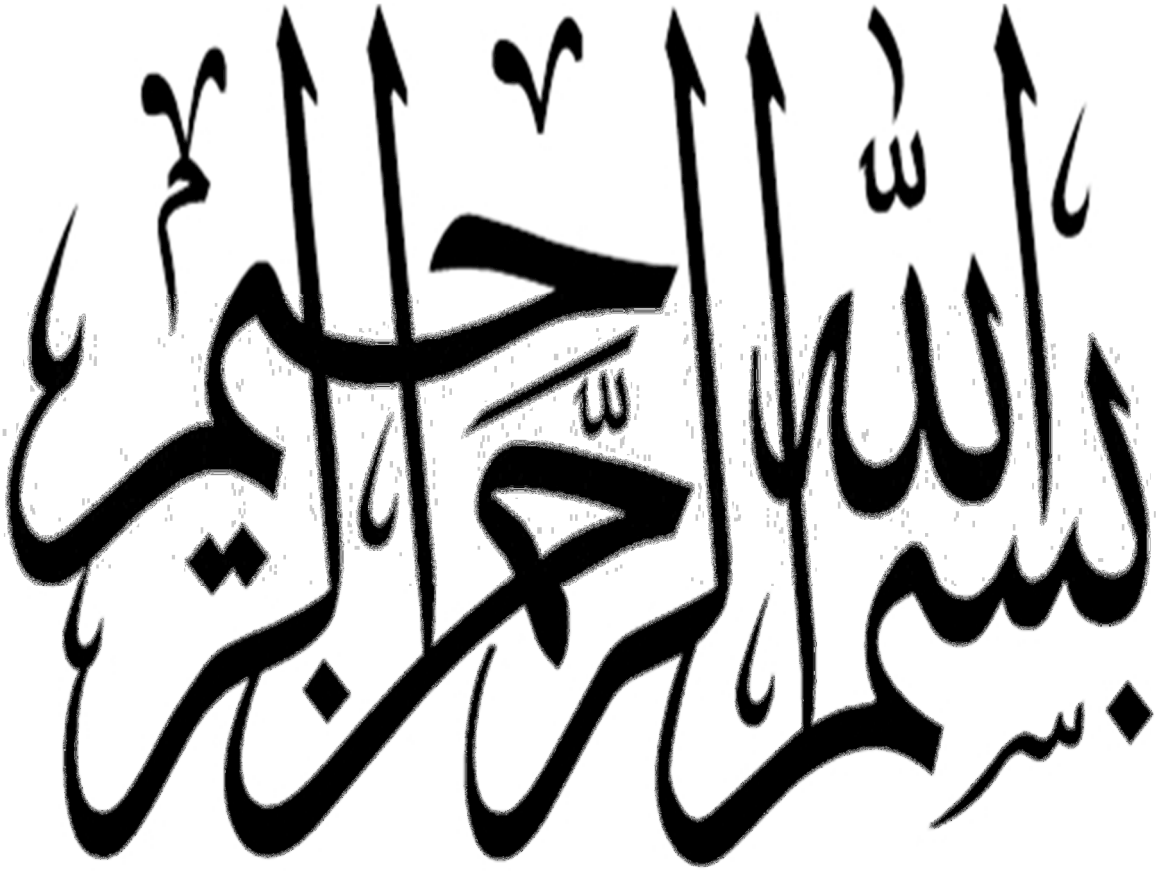
لجنة المناقشـــــة:

1-د/ عينة المسعود.....رئيسا

2-أ /ضيفي نعاس.....مشرفا ومقررا

3-أ /بريكي محمد.....مناقشا

السـنة الجامـــعية :2016/2015


بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــــداء

الى من كلله الله بالهيبة والوقار. الى من علمني العطاء بدون إنتظار

الى من أحمل إسمه بكل إفتخار. والدي العزيز.

الى بسمة الحياة وسر الوجود الى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي الى أغلى الحبايب .....أمي الحنون

الى الحبيب العزيز البعيد (م ش) فلسطين

الى من مهدو الطريق أمامي للوصول الى هذا المستوى. أساتذتي الافاضل

الى كل من ساعدني في إنجاز هذه الرسالة، من قريب أو بعيد بالكثير أو القليل، بالدعاء أو الابتسامة.

مبخوتي مبخوت

إهـــداء

أهدي هذا العمل إلى:

أمي نبع الحب والحنان

أبي نبع الرجولة والأمان

زوجتي وأبنائي الذين شجعوني على إكمال دراستي

الى إخوتي الذين شجعوني ماديا ومعنويا على إتمام

دراستي وعلى إنجاز هذا العمل.

كما أهدي هذا العمل إلى جميع الأصدقاء والزملاء الذين شجعوني وقدموا لي يد المساعدة

العطري محمد

شكر وعرفان

أشـــكر الله عز وجل وأحمـــــده على كل شيء

كمـا أتقدم بجزيل الشـكر إلى كل من قدم لي يد المساعـدة في إنجاز هذه المـــــــذكرة، وأخـــــص بالذكر الأستـــــاذ المشرف (ضيفي النعاس) الذي لم يبخل عليا بإرشـــاداته وتوجيهاته القيمة التي أفادتني كثيرا في إنجاز هذا العمـــل.

كـــما أوجه الشـــــكر الى الصديق العزيز (معمر شنوف)

والشكر موصول الى لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة.

مبخوتي مبخوت

شكر وعرفان

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ ضيفي النعاس الذي ساعدني في إنجاز هذا العمل، ولم يبخل عليا يوما بالنصح والتوجيه.

إلى كل الذين يسعون نحو العلم والمعرفة

إلى كل الذين ساعدوني ولو بكلمة

إلى كل هؤلاء أنحني بالشكر والعرفان والتقدير

العطري محمد

مقدمـــة

تعتبر الزوجية من سنن الله في الخلق و التكوين، إذ يعد الزواج من أوثـق العقود وأقدسـها فبه تتكون اللبنة الأولى التي تقـوم عليها دعائم المجتمع، و هـذا ما يجعله ينال اهتماما بالغا في الفقه الإسلامي والـقوانين الوضعية حيث تظـافرت التوجيـهات الربانية، والأحكام الشـرعية والوضعية للحفاظ على الرابطة الزوجية، و يتجلى ذلك من خـلال وضع نظام محكم للـزواج يقوم على أقوى المبادئ، و أثمن الأسس التي من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري بما يكفل دوام الزوجية، و سعـادة الأسرة و من بين هـذه الأسـس تعـزيز دور إرادة المتعـاقدين في إنشاء العـقد على أن يكون تحديد آثاره من صنع الشـارع صيانة للعقد من جهة، وحتى لا تكون العـلاقة الزوجية خاضعة لأهـواء الناس فتحيد عن معناها وما أحاطها الشـارع من رعاية وقداسة من جهة ثانية، إلا أن آثار عقد الزواج و إن كانت جلية الوضوح إلا أنها قـد توافـق مقصود الطرفين و عنـدها لا تحتاج إلى تعـديل آثـاره كـما قد لا توافقه وفي هذه الحالة يحـق إقران عـقد الزواج بشروط بما يحـقق مصلحـة الطـرفين أو كلاهما زيادة أو نقصانا شريطة المحافظة على مقتضيات عقد الزواج.

تسمى هذه الشروط بالشروط المقترنة بعقد الزواج؛ والتي يقصد بها الشـروط المضافة لعقد الزواج، والمصاحبة له بعد أن نشأ صحيحا مستكملا لأركانه وشروطه والتي أضافها الزوجان أوحدهما بقصد تحـقيق منفعـة أو تضيـيق منفعة الطرف الآخر الذي يكون قد قبل بها مختارا زيادة على الآثار التي يرتبها العقد.

ولهذه الشروط المقترنة بعقد الزواج مصطلحات عدة إذ تسمى بالشروط التقييدية باعتبار أن وظيـفتها ضبط العقد بجملة من القـيود التي يتفـق عليها الطـرفان ويرتضيانها، وتحملهما التزامات إضافية على التزامات عقد الزواج.

ومن هذه الآيـة الكريمة "يأيها الذين آمنو أوفوا بالعقود "[1] تظهر لنا أهمـية الإرادة في أنها تلزم وتَلزم وبمجرد صدورها واقترانها بإرادة أخرى لإنشاء عقـــود والتزامات وعلى المتعاقدين آدائها فهناك حرية للإرادة في انشاء العقود وما يلحقها من آثار بشرط عدم مخالفتها للشريعة الإسلامية

[1] - سورة المائدة، الآية الاولى

والنظام العام، فالشريعة الإسلامية جاءت لتحقـيق الاستقرار ولتحقيق مصالح النـاس بجلب المنافع ودرء المفاسـد.

والعـقود بصفة عامة هي من إحـدى الاحكام الشرعية الـتي احاطتها الشـريعة الإسلامية بضوابط ومعايير لابد من الالتزام بها حتى تتحقق المصلحة المتكامـلة بين طرفي التعاقد ولا تطـغى مصلحة أحدهما على الاخر.

ومن هذه العقود التي راعتها الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري عقد الزواج فلقد كرم الله الانسان على سائر المخـلوقات ولم يتركه لما تمليه عليه غرائزه ونزواته الشخصية، فشرع له الزواج من اجل تكوين أسرة مصداقا لقوله تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم ازواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون "[1].

إن صحة عقد الزواج تقتضي اشتماله على كل الأركان والشروط، فهو عقد يبين فيه كل طرف من المتعاقـدين مطـالبه ورغباته على أسـاس الرضا بينهما، فبمـجرد انعقاد العقد يرتب آثاره واحكامه الشرعية الامر الذي جعل الشريعة والقانون تعطي لكل من الزوجين الحق في تظمين العقد بالشـروط التي يريانها مناسبة لضـمان حقوقـهما وقيـام عـلاقة زوجية خـالية من المشـاكل، كأن تشـترط الزوجة على زوجها الا يتزوج عليها أو أن تشترط إكمال دراستها أو ممارسة العمل أو أن يشترط الزوج مشاركتها في راتبها أو أن يشتـرط عليها التخلي عن العمـل وعـدم المطالبة به ، وفي كل الحالات قد يشـترط أحدهما وصـفا معينا في الطرف الاخر وتصبح هذه الشروط لازمة كأثر لعقد الزواج المشروط.

فعقد الزواج المشروط هو الزواج الذي يتم تظمينه بالشـروط الخاصة بالمتعاقدين والتي يمكن لهم إدراجها في العقد وذلك حسب قانون الاسـرة الجزائري بالإضـافة الى الفقه الإسلامي الذي أعطى

[1] - سورة الروم، الآية 21

للمتعاقدين حرية إشتراط شروط في العقد مع ضوابط وأحكام لا يجب مخالفتها والا بطل العقد، وأحيانا أخرى يبطل الشرط ويبقى العقد صحـيحا.

الإشكالية:

مع التطور والتغير الحاصل للأعراف والتقـاليد في المجتمعات ومع اتـجاه الدول والمجتمعات الإسلامية الى رقمنه العقود وكتابتها كان لابد من ظهور عقـود زواج مشـروطة كثيرة وجديدة حسب طبيـعة كل مجتمع تماشيا مع عاداته وتقاليـده التي تحكمه.

فمن لحظة التقاء الارادتين على هذه الشـروط يقوم العقد مرتبا لأثاره مع وجوب الالتزام بالوفاء بهذه الشــروط، لكن هذا لا يعني أن للـزوجين مطـلق الحرية في الاشتراط وذلك لوجود ضوابط وأحكام وحدود لهذه الشروط الامر الذي يستدعي التساؤل عن هذه الحدود والاحـكام والضوابط التي يجب مراعاتها في تحويل عقد زواج عادي الى عقد زواج مشـروط وأهــم الاثار المترتبة عليه في الفــقه الإســلامي والقانون الجزائري، فما هي حقيقة هذه الشروط وماهي الاثار المترتبة عنها؟

أهمية الموضوع:

تكـمن أهمية موضوع الزواج المشـروط وآثاره بين الفـقه الإسلامي والقانون الجزائري كـونه عقد ضمن متطلبات التـطور والتغير الحاصل في التقاليـد والعادات بالإضافة الى ظـهور المشارطات في العقود ضمانا للمصالح الفـردية والمشتركة.

فالزواج المشروط حـلا أمام الزوجين لتحقيق مصالح ومنافع ضــرورية لا يمكن تحقيقها بمجرد إبرام العقد بل لابد ان يكون العقد يتضمن هذه الشروط ومن هنا لابد من إظهار أهمية هذه الشروط أو الاشتراطات وإلزامية الوفاء بها وحـكم الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري فيها بالإضافة الــى الآثار المترتبة عنها.

أسباب اختيار الموضوع:

ما دفعنا لاختيار هذا الموضوع هو كونه يرتبط بمـبدأ سلـطــان الإرادة وهذه من المسائل الهامة في هذا العصر من حيث أن الفقه الإسـلامي تضمنه بــآراء مختلفة وتوسع فيه كثيرا مـما اعطى للقوانين عدة اختيارات يمــكن أن يسـاير فيها القانون مذهب معين بخلاف المـذهب الاخر وهذا ما تضمنه التعديل الجـديد لقانون الاسرة الجزائري الامر رقم 02/05المـؤرخ في 2005/02/27 والـذي نص فيه المشرع الجزائري صراحة على انه يمكن للطرفين وضع شروط معـينة ضمن العقد يريانها ضرورية بشـرط عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامــة.

صعوبات الدراسة

إن من أبرز الصعوبات التي واجهتنا هي ضيق الوقت ونقص المراجع المتخصصة في هذا، كون الاشتراط في عقد الزواج موضوع متناول من طرف الفقه بكثرة اما الجانب القانوني فهو قليل بالإضافة الى كون دراسة الزواج المشروط تحتاج الى شواهد وعينات في المجال وهذا ما صعب علينا الامر لان المنطقة محافظة كثيرا فالاشتراط دائما ما يكون في مجلس العقد ولا يتم كتابته في عقد الزواج أو عقد لاحق أي أن الاشتراط عندهم يكون شفهي أكثر منه كتابي ، الا في بعض الحالات والتي ظهرت مؤخرا فانه يتم ابرام عقد زواج مشروط عند موثق ، وهذا الأخير لم يمكننا من الاطلاع على هذه العقود ودراستها وذلك لطبيعة المهنة مع حرص المتعاقدين على سرية التعاقد الخاص بهم .

منهج وخطة البحث:

للإجابة عن التساؤل المطروح قمـنا باتباع عدة مناهج، تتمثل في المنهج التحليـلي المقارن اثناء المقارنة بين المذاهب الفـقهية ومدى مسايرة المشـرع الجزائري لها من خـلال تعديله لقانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد والمنهج الوصفي في وصف حالات الزواج المشروط بالإضافة الى

منهج الاستدلالي والمنهج الاستنباطي وذلك من خلال استنباط الاحكام والاستدلال بالقواعد الفقهية والقانونية.

بحيث تم تقسيم البحث الى قسمين:

حيث تطرق **الفصل الأول** الى حقيقة الشروط المقترنة بعقد الـزواج من حيث تعريف الشرط ومعنى اقترانه بالعقد إضافة الى خصائصه ومدى مشروعيته واقسام الشروط الواردة في العقد، هذا ضمن **المبحث الأول** بالإضافة الى انواع الشروط والقيود التي تتحكم في وضع هذه الشروط ضمن العقد **بالمبـــحث الثاني**

أما **الفصل الثاني** فتناول آثار وصور للزواج المشروط في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، من حيث آثار الشروط الصحيحة والشروط غير صحيحة من جانبي الفقه والقانون وهذا ضمن **المبحث الأول** ودراسة صور للزواج المشروط على ضوء الفقه والقانون والقضاء الجزائري وذلك من حيث الشروط المالية والشروط غير مالية **بالمبحث الثاني**.

وفي الأخير نختم موضوعنا هذا والذي هو محل دراسة بخاتمة نـعرض فيها اهم النتـائج المتوصل اليها والاقتراحات التي يمـكن ان تضـاف لهذا الموضوع من اجل تكريس مبدا سلطان الإرادة ضمن عقود الـزواج المشروط.

الفـصـل الأول:

حقيـقة الشروط المقترنـة بعقد الزواج

تمهيد

العقود هي من بين المعاملات التي ترتب أحكاما وآثارا شرعية توجب على المتعاقدين الالتزام بها ومن بين هذه العقود عقد الزواج وتتمثل الحكمة في جعل آثار عقد الزواج من عمل الشارع في الحفاظ على قدسية ميثاق الزوجية وصونا لها من ان تتعرض لشروط تتنافى مع مقصد الشارع

تبرز حكمة الشارع من مبدا جعليه آثار العقود في إقامة التوازن بين حقوق العاقدين الناشئة للعقد وضمان عدم اخلال أحدهما بحقوق الأخر[1] وهذا لان الشارع أقدر من غيره على حفظ العدل بين الناس وصون المعاملات عن أسباب الفساد وحسمًا لنشوء الخلاف بين الناس[2].

إن للعقد أحكاما شرعية أصلية وضعها الشارع لا يمكن مخالفتها كوجوب توافر العقد على الأركان والشروط التي يتكون منها كشروط الانعقاد وشروط الصحة والنفاذ واللزوم، وكما ان للعقد أحكاما أصلية وضعت من طرف المشرع نجد أحكاما تبعية خضعت للإرادة الحرة للمتعاقدين كإشتراط الزوجة على زوجها أو إشتراط الزوج على زوجته وهي شروط مقترنة بالعقد ولها آثار على صحة العقد وتمامه ، إن الأصل في عقد الزواج هو جعليه الآثار إذ أن عقد الزواج هو المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الجعلية بغرض حماية الاسرة من اهواء ورغبات الافراد التي تدمر الاسرة المسلمة وتقوض أركانها[3].

وإذا كانت آثار العقد جـــعليه فإنها غالبا ما تكون هي مقصود المتعاقدين حتى إذا بدا لهمـــا أولأحدهما أن يعدل من هذه الاثار زيادة أو نقصانا كان ذلك عن طريق الشروط العقدية التقييدية[4].

كما أن الشريعة الإسلامية لم تترك هذه الشروط مفتوحة على أهواء المتعاقدين فأجازت شروطا ومنعت أخرى وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري وذلك عند ذكره لبعض الشروط الجائزة مع اشتراط عدم مخالفتها لقواعد النظام العام.

---

[1] – محمد وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 577 وص 578

[2] – محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر،1996، ص 219

[3] – محمد أبو زهرة: المرجع نفسه، ص 222

[4] – محمد فتحي الديرني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي واصوله، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1994، ص 414

وقبل التطرق الى الاثار المترتبة على هذه الشروط حين وجودها في العقد كان لابد من معرفة ودراسة الشرط من حيث مفهومه وأقسامه وانواعه وأهم القيود الواردة عليه.

فمن خلال هذا الفصل سنتطرق الى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج

المبحث الثاني: أنواع الشروط وأهم القيود الواردة عليها

المبحث الأول: مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج:

وسنتناوله من حيث تعريف الشرط ومدى اقترانه بالعقد بالإضافة الى معرفة خصائص الشرط ومدى مشروعيته ضمن **المطلب الأول** وفي **المطلب الثاني** سنتطرق الى أقسام هاته الشروط من حيث مصدرها ووظيفتها بالإضافة الى موضعها.

المطلب الأول: تعريف الشرط ومدى اقترانه بالعقد

الفرع الأول: تعريف الشرط:

1-التعريف اللغوي:

يعرف الشرط في اللغة بأنه: " إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه" والشرط جمعه شروط وهو القيد أو الحكم. والشريطة هي الشيء المشروط. والشرط هو العلامة، ومنه أطلق الشرط في اللغة على ما يشترطه المتعاقد في عقوده والتزاماته اتجاه نفسه أو غيره، فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أمثاله باشتراط أحكام إضافية يتفق عليها الطرفان[1].

والشرط بالتحريك أي بتحريك الراء العلامة والجمع أشراط ومنه أشراط الساعة أي علاماتها وقد جاء في التنزيل العزيز قوله عز وجل {{فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها فَأَنِىٰ لهم إذا جاءتهم ذكرايهم}}[2] أي علاماتها.

الاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم، وأشرط فلان نفسه لكذا وكذا أعلمها له وأعدها ومنه سمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها وأشراط الشيء أوائله قال بعضهم ومنه أشراط الساعة وذكرها النبي صل الله عليه سلم، والاشتقاقان متقاربان لان علامة الشيء أوله ومشاريط الأشياء أوائلها كأشراطها، انشد ابن الأعرابي:

تشابه أعناق الأمور وتلتوي .....مشاريط ما الأوراد عنه صوادر

وأشراط كل شيء ابتداء أوله.[3]

---

[1] – مسعودي يوسف: الاشتراط في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي بشار، 2007/2006ص 12

[2] – سورة محمد الآية 18

[3] – سي ناصر بوعلام: الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، مذكرة ماجستير، جامعة وهران سانيا ،2012/2011 ص 13وص14

لذا يقال شرط يشرط بكسر الراء وضمها إذا شرط على صاحبه أمرا ويقال شارطه، فإذا اشترطت المرأة على زوجها أمرا في عقد الزواج فقد الزمته أمـرا وعند النحاة: ترتيب أمر على آخر بأداة أو أدوات الشرط وهي الالفاظ التي تستعمل في هذا مثل إن ومن ومهما.[1]

2-التعريف الاصطلاحي:

الشرط إصطلاحا: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، بان يوجد عند وجوده وينعدم بانعدام الشرط كقول الرجل لامرأته، إن خرجت من الدار فانت طالق فان وقوع الطلاق هنا يتوقف على خروج المرأة

وقيل إن الشرط: هو ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة الحكم أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط.[2]

ومثال ذلك الشروط التي يطلبها المشرع لأبرام العقود، كشرط الاهلية انها الزامية في كل عقد، حيث أن فاقد الاهلية كالمجنون لا يعقد عقده.[3]

وعرفه الحموي بانه: "التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصصة " عن طريق اقتران التصرف بالتزام أحد العاقدين بالوفاء بأمر زائد عن أصل العقد وغير موجود وقت التعاقد وباستعمال عبارة بشرط كذا أو على أن يكون كذا[4].

والشرط عند الأصوليين: هو ما توقف عليه الشيء الذي جعل شرطا له لم يكن جزءا من حقيقته.[5]

وعرفه الشوكاني بانه: "وصف ظاهر منضبط يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ولا عدمه "[6].

---

[1] – علي محمد قاسم: التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2005، ص 09

[2] – نور الدين عباسي: إتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر 1995، عدد04، ص352

[3] – كوثر كامل علي: شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس ،1983، ص36

[4] – على محمد قاسم: المرجع السابق، ص 10

[5] – محمد كمال الدين امام: الزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،1998، ص 84

[6] – على محمد قاسم: المرجع السابق، ص 10

أما فقهاء القانون فقد عرفوا الشرط على انه:

أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله وقد ذكر الشيخ مصطفى الزرقا تعريفا للشرط في الفقه الأجنبي فقال: الشرط هو ربط نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقل محتمل ومعنى كونه محتملا أنه غير مؤكد الحصول في المستقبل ولا ممتنع.[1]

إن ما يهمنا من هذه المفاهيم المتعددة للشرط هو التعريف الذي يخص الشرط المقترن بالعقد أي الشرط الذي يكون داخل ماهية العقد كون الزواج المشروط عقد زواج يتضمن شروط أو شرط مضاف سواء كان في العقد نفسه أو بواسطة وثيقة لاحقة للعقد ولهذا كان لابد من معرفة الشروط المقترنة بالعقد.

الفرع الثاني: معنى الشروط المقترنة بالعقد:

الشروط المقترنة بالعقد هي شروط تقترن بالعقد وتتأثر به وقد تؤثر فيه وهي شروط لا يوجبها الشرع ولا يفرضها القانون بل يمليها العاقدان أو أحدهما وفق لما يراه أنه مصلحة[2].

وهو إلزام العاقد في عقده امرا زائدا على أصل العقد سواء كان الالتزام الزائد مما يقتضيه العقد نفسه او مؤكد له ام كان مخالفا له، وسوآءا كان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط ام كان الاشتراط لصالح الغير ام لم تكن هناك منفعة لاحد مطلقا.[3]

ويمكن تعريف الشرط المقترن بالعقد بانه: التزام العاقد في عقده امرا زائدا على أصل العقد سوآءا كان مما يقتضيه العقد نفسه ام كان مؤكد له او كان منافيا له، او يحقق منفعة لمن اشترط لصالحه الشرط[4] وحسب منصور البهوتي فان المعتبر من الشروط هو ما يرد في صلب العقد كان يقول فلان زوجتك ابنتي بشرط الا تخرجها من بلدها ويقبل الزوج بذلك.[5]

---

[1] – سي ناصر بوعلام: مرجع سابق، ص 18،19

[2] – محمد كمال الدين امام: مرجع سابق، ص 101

[3] – سامي أبو عرجة: الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة الازهر، سلسلة العلوم الإنسانية، العدد 2–A، غزة ،2008، ص 17

[4] – رشدي شحاتة: الاشتراط في وثيقة عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص 32

[5] – على محمد قاسم: مرجع سابق، ص 11

ونخلص من هذه المفاهيم المختلفة إلى نتيجة مفادها: أن لفظ الشرط يطلق للدلالة على معاني مختلفة، كمعنى الالتزام الموصوف بأن يكون شرطا واقفا أو فاسخا، وقد يستعمل الشرط للدلالة على أركان العقد وشروط صحته فيسمى بالشرط الشرعي أو القانوني، وما يهمنا في هذا البحث هو لفظ الشرط الذي يطلق للدلالة على حكم من الأحكام التي يتفق عليها المتعاقدان في عقدهما.[1]

الفرع الثالث: خصائص الشرط المقترن بالعقد:

استنادا إلى تعريف الشـــرط يمكن استخلاص المقومات الأســاسية التي يقـــوم عليها الشرط وهي بمثابة الخصائص المميزة له وتتمثل فيما يلي:

01/ أنه أمر زائد على أصل العقد:

ويقصد بذلك أن العـقد ينعقد بمجرد توافر أركانه وشروطه التي تطلبها المشرع دون حاجة إلى وجود الشـرط المقترن بالعقــد، لأن هذا الأخير يدخل على العقد بعد تمامه وتوافر أركانه وشـروطه، فلو اشترطت المـرأة في عقد الــزواج كـفيلا لضمان المهر وقبل بذلك الزوج، فإن اشتراط الكفيل لضمان المهر أمر زائد عن عـقد الزواج لأنه ينعقد بدون هذا الشـــرط، ولا يتوقــف وجــوده في ذاته على هذا الشـرط، ونفس الحكم ينطبق على بقية أنواع العقــود.[2]

02/ أنه أمر مستقبل:

لابـد أن يكون الشرط متعلـقا بالتزام سيوجد في المسـتقبل وغـير موجود في الماضي ولا في الحال، حتى لا يستحيل على المتعاقـد الالتزام بالشـرط تـجاه المشترط وإذا كان الشرط واقعا بالفعل فلا فائدة من اشتراطه لأنه تحصيل حاصل، فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق إن كانت السماء فوقنا والأرض تحـتنا، فإنها تطلق في الحال.[3]

03/ أنه أمر محتمل الوقوع:

يجب أن يكون الشرط متعلقا بأمر يكون في وسع المتعاقد المشترط عليــه تنفـيذه وهذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا التـزام بمستحيل، لأنه إذا كان الشرط مستحيل الوقوع

---

[1] - مسعودي يوسف: مرجع سابق، ص 13

[2] – رشدي شحاتة: مرجع السابق، ص45.

[3] – رشدي شحاتة: المرجع نفسه، ص47.

فإن العقد يكون باطلاً. والاستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية، وتتحقق الاستحالة المادية متى وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحقق الشرط، كتعليق الهبة على الطيران في الهواء بغير طائرة أو على عدم غروب الشمس في اليوم الموالي، أما الاستحالة القانونية فمناطها نص القانون حيث يعتبر الشرط مستحيلا إذا واجه عقبة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم[1]

الفرع الرابع: مشروعية الشروط الواردة بعقد الزواج:

يجب ألا يكون الشرط مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وهذا لأن صحة ومشروعية الشرط يعتبر محض تقرير لمقتضى العقد وهو في حقيقته لازم دون أن يكون في حاجة إلى شرط.[2]

والحقيقة أن فكرة المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حد ذاتها، وإنما بالغاية المقصودة منها، وذلك لأن العمل المشروط قد ينطوي على عمل مشروع في حد ذاته، ولكن الغرض المقصود قد يكون غير مشروع كشرط عدم الزواج فالأصل فيه أنه مشروع إذا الأمر متروك لإرادة الشخص وحريته، ولكنه يصبح غير مشروع إذا كان من شأنه تقييد حرية الزواج.

ومن الأمثلة التي تضرب لبيان عدم مشروعية الشرط بسبب الغاية غير المشروعة شرط الترمل، الذي يفرض فيه الموصي على زوجته عدم إعادة الزواج بعد وفاته فيعتبر هذا الشرط غير مشروع إذا كانت الغاية منه حرمان الزوجة من حقها الطبيعي.[3] وعلى العكس من ذلك نجد القضاء أحياناً أخرى قد حكم بمشروعية هذا الشرط إذا كان مقصد الزوج منه هو جعل الزوجة تتفرغ لتربية أولادها بعد وفاته وضمان معيشتها.

ويضاف إلى جملة الشروط غير المشروعة الشرط الذي يقضي بعدم زواج بعض الموظفات في بعض المِؤسسات كشرط العزوبة الذي يفرض على بعض مضيفات الطيران وفي هذا الصدد

---

[1] – محمد شتا أبو سعد: أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2000، ص50

[2] – عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص107.

[3] – محمد شتا أبو سعد: المرجع سابق، ص54، 56.

قضت محكمة باريس ببطلان هذا الشرط غير أنه في حالات أخرى أقر القضاء بتبرير هذه الشروط.[1]

المطلب الثاني: أقسام الشرط:

ينقسم الشرط إلى عدة أقسام تختلف باختلاف زوايا النظر إليها فإذا نظرنا إلى الشرط باعتبار مصدر اشتراطه، فإنه ينقسم إلى شرط شرعي وشرط جعلي وشرط عرفي، وباعتبار وظيفة الشرط فإنه ينقسم إلى شرط تعليق وشرط إضافة ثم شرط التقييد، أما إذا نظرنا إلى الشرط من حيث موضعه من العقد فلا يخرج على أن يكون شرطا متقدما أو مقارنا بالعقد أو متأخرا عنه.[2]

الفرع الأول: أقسام الشرط من حيث المصدر:

إن العبرة في هذا التقسيم تكون بمصدر الشرط فإما أن يكون الشرط شرعيا أو قانونيا وإما أن يكون إراديا أو جعليا، وقد يكون شرطا عرفيا.

01/الشرط الشرعي:

الشرط الشرعي أو القانوني في إصطلاح القانون الوضعي هو الذي يكون اشتراطه بحكم من الشارع أو القانون، كالشروط التي اشترطها الشارع في مختلف أنواع العقود والتصرفات من بيع وهبة... وكذا الشروط التي اشترطها في مختلف أنواع العبادات كشرط الطهارة في الصلاة وشرط الحول للزكاة وشرط الإحصان في حد الرجم[3].

ومن أمثلة الشروط التي اشترطها القانون، شرط الأهلية لإبرام العقود، حيث تنص المادة 78 من القانون المدني الجزائري على أن: " كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون ".

---

[1] – محمود عبد الرحيم الديب: بدأ سريان الالتزام المشروط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999، ص54.

[2] – مسعودي يوسف: مرجع سابق، ص20

[3] – عبد المجيد طيبي: الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، قسم الشريعة، جامعة العقيد لخضر، باتنة، 2004/2003، ص 12،11

02/الشرط الجعلي:

الشـرط الجعلي أو الإرادي هو الذي يرجع تحديد نطاقه إلى إرادة العاقد، ولكن الشارع قيده بحدود شرعية معينة، فليس للعاقد اشتراط أي شرط يريده، بل يجب ألا يخالف حكم العقد أو التصرف، وإلا عد شرطًا لاغيًا[1]. وقـال الشـيخ محمد علوشيش الورثلاني: " الشـرط الجعلي هو ما يشترطه المتعاقدان أو أحدهما، ويكون القصد منه تحقيق المصلحة الخاصة، كما لو اشترطت المرأة تقديم معجل المهر كله، أو اشترط المشتري نقل المبيع أو استلامه في مكان معين "[2].

وتنقسم الشروط الجعلية من حيث مشروعيتها إلى ثلاثة أنواع:

- – شرط لا ينافي الشـرع بل هو مكمل للعـقد وذلك كما لو اشترط المقرض على المقترض رهنا أو كفيلا لضمان سداد القرض.
- – شرط غير ملائم للعقد وينافي مقتضاه، كأن يشترط الزوج في عقد الزواج عدم الإنفاق على زوجته.
- – شرط لا ينافي العقد ويحقق مصلحة لأحد العاقدين أو كليهما، غير أن العقد لا يقتضيه أي لا يعرف مدى ملاءمته أو عدم ملاءمته للعـقد، كـأن يبيع شـخص منزلا على أن يسكنه البائع لفـترة معلومة، واختـلف الفقــهاء في هذا النوع من الشروط. [3]

03/ الشرط العرفي:

الشرط العرفي هو ما يتقيد به التصرف بناءا على ما إعتاده جمهور النـاس وما ألـفوه من قول أو فعـل، تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن أثره في نفـوسهم وصارت تتلقـاه عقولهم بالقـبول، ومن أمثلة ذلك العرف الذي تعرفه بعض البلدان الإسلامية بتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل بنسبة يختـلف مقدارها من بلد إلى آخر أو أن يبيع شخص لآخر سلعة بثمن معين دون أن يشترط حلول

---

[1] – وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار الفكر، الجزائر، 1986، ص101

[2] – محمد علوشيش الورثلاني: الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الأصولية فيها، شركة دار الامة، الجزائر،1997، ص28

[3] – نشوة العلواني: مرجع سابق، ص46

الأجل ولا تعجيله، ويكون المتعارف عليه التأجيل إلى شهر أو التقسيط على أشهر معلومة فإن الثمن يقسط على تلك الشهور المتعارفة، ويكون ذلك شرطا في البيع كالشرط الجعلي[1].

ويشترط في العرف حتى يكون معتبرا في نظر الشرع توافر بعض الشروط نذكر من بينها مايلي:

- – أن يكون العرف مطردا أو غالبا.
- – أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها.
- – ألا يعارض العرف نصا شرعيا ولا نصا قانونيا، ولا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية، ولا حكما ثابتا بحيث يكون العمل بالعرف تعطيل له.

الفرع الثاني أقسام الشرط من حيث وظيفته:

ينقسم الشرط من حيث وظيفته وعلاقته بالشيء المشروط إلى ثلاثة أقسام، فقد يكون مقترنا بالعقد ومقيدا له ويسمى عندئذ بشرط التقييد، أو يكون العقد معلقاً عليه وهو ما اصطلح على تسميته بشرط التعليق، وقد يكون مضافا إليه ويسمى بشرط الإضافة [2]

01/ شرط التعليق:

إن التعليق على الشرط هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى أو هو ترتيب العقد على أمر سيوجد في المستقبل؛ ويفهم من هذا أنه عكس التعليق على الشرط وعكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقا مرتبا لآثاره فور صدوره، كأن يقول الإنسان إن سافر ابني فقد وكلتك في بيع داري، أو قال إن سافر مدينك فأنا كفيل بمالك عليه فهذا تعليق للكفالة فانعقاد الكفالة مربوط بتحقق سفر المدين، ولا يكون العقد معلقًا إلا إذا تحقق شرطان أساسيان:

- – يجب أن يكون الشرط المعلق عليه غير موجود وقت التعاقد فإن كان موجودا فإن التعليق عندئذ يكون صورياً والعقد منجزاً.
- – ألا يكون الشيء المعلق عليه مستحيلا وإلا كان العقد باطلا. ويكون التعليق بين جملتين يربط بينهما بإحدى أدوات الشرط مثل: إن وإذا ومتى وكلما[3].

---

[1] – لمطاعي نورالدين: الشرط المقترن بالعقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1996/1995، ص 48

[2] – يوسف مسعودي: مرجع سابق، ص24

[3] – عدنان خالد التركماني: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، الطبعة الاولى، دار الشروق، السعودية، 1991، ص244

02/ شرط الإضافة:

وهو الشرط الذي يقصد به تأخير سريان أحكام العقد إلى زمن المستقبل[1]. ويتحقق ذلك بإضافة صيغة الإيجاب إلى المستقبل، وقد تكون هذه الصيغة مطلقة عن الاقتران بشرط، ومثال ذلك: قول أحد المتعاقدين للآخر أجرتك منزلي هذا لمدة سنتين تبدأ من الشهر القادم أو من أول العام، ويقبل بذلك المتعاقد الآخر، وعلى العكس من ذلك قد تكون صيغة العقد المضاف مقترنة بالشرط، كأن يقول أحد المتعاقدين للآخر: أجرتك منزلي هذا لمدة سنة تبدأ من الشهر القادم بشرط أن تدفع لي الأجرة على قسطين، ستة أشهر لكل قسط ويقبل بذلك المتعاقد الآخر[2].

03/شرط التقييد:

الشرط التقييدي: " هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه "[3].

عرفه الحموي بأنه" التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة ". والمقصود من ذلك اقتران التصرف بالتزام أحد الطرفين أو كلاهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف، وغير موجود وقت التعاقد، ويكون ذلك بورود عبارات في العقد مثل بشرط كذا، أو على أن يكون كذا وغيرها من الألفاظ الدالة على الاشتراط[4].

وإنطلاقا من هذه التعاريف يختص الشرط المقيد بما يلي:

- – كونه أمراً زائداً على أصل التصرف فهو ليس عنصرًا أساسيا في تكوين العقد
- – كونه أمرًا مستقبلا مقرونا بالعقد[5].

الفرع الثالث أقسام الشرط من حيث موضعه:

ينقسم الشرط باعتبار مكانه من العقد إلى ثلاثة أقسام: إما أن يكون مقارنا للعقد ويذكر في أثناء العقد، وإما أن يحصل الاتفاق عليه قبل العقد ولا يجري له ذكر عند إبرام العقد، لا

[1] – وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ص 102

[2] – يوسف مسعودي: مرجع سابق، ص26

[3] – محمد علوشيش الورثلاني: مرجع سابق، 45

[4] – كوثر كامل علي: مرجع سابق، ص 38

[5] – نشوة العلواني: مرجع سابق، ص 48

بالإثبات ولا بالنفي ويسمى شرطا متقدما، وإما يحصل الاتفاق عليه بعد إنشاء العقد وإبرامه، ويسمى بالشرط اللاحق أو المتأخر.

ولا خلاف بين الفقهاء فيما يتعلق بثبوت الشرط المقارن للعقد وتأثيره فيه، ولكن الخلاف قائم بينهم بخصوص الشرط المتقدم والشرط المتأخر[1].

01/الشرط المتقدم:

يقصد بالشرط المتقدم ذلك الشرط الذي يشترطه العاقدان قبل إبرام العقد، ولكنهما لا يتطرقان إليه عند إبرام العقد لا بالنص ولا بالإشارة، ويسمى أيضا بالشرط السابق. ولكن السؤال الذي يثار هنا هو: هل يلحق هذا الشرط بالعقد على الرغم من عدم إدراج المتعاقدين لهذا الشرط في العقد؟[2].

ذهب المالكية والحنابلة إلى القول بالتحاق الشرط المتقدم بالشرط المقارن للعقد وثبوته في العقد وتأثيره عليه، بينما يرى كل من الشافعية والإمام أحمد في رواية عنه إلى أنه لا تأثير للشرط المتقدم على العقد، بل يكون مجرد وعد غير لازم الوفاء، لأن ما قبل العقد لغو فلا يلتحق به[3].

ويبدو أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد تبنى رأي الشافعية والحنفية القاضي بعدم تأثير الشرط المتقدم على العقد، وهذا ما يظهر جلياً من نص المادة 19 التي أباحت للزوجين الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق.

02/ الشرط المقارن:

وسمي بذلك لأنه يتم ذكره في أثناء العقد مقارنا ومرافقا للعقد بالصيغة الدالة عليه أي أنه ليس متأخرا عن إنشاء العقد ولا متقدما عنه[4]، وهو شرط مرتب لآثاره في العقد، فلا خلاف بين الفقهاء حول ثبوت هذا الشرط في العقد وتأثيره فيه تأثيرا يختلف باختلاف الشرط صحة وفسادا. ويعرفه 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

---

[1] – زكي الدين شعبان: نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، مصر، 1968، 46

[2] – يوسف مسعودي: مرجع سابق، ص29

[3] – نشوة العلواني: مرجع سابق، ص 92

[4] – محمد علوشيش الورثلاني: مرجع سابق، ص 35

بالأصل وشرط فيه أمر آخر"، فالشرط المقارن للعقد هو الشرط الذي لا يعلق عليه وجود الشيء أو انعدامه، وإنما هو أمر زائد يضاف إلى الشيء بحيث يقترن بالعقد بكلمة بشرط كذا، أو على أن يكون كذا، أو بشرط أن ويكون العقد المقترن بالشرط منجزا، وليس معلقا على شيء لأن معنى التقييد يدل على وجود الأمر المقيد[1].

فالعقد المقترن بالشرط مقيد به، والشرط المقارن هو التزام جديد زائد على أصل العقد ينشئه العاقدان ليزيدا أو يقويا التزامات العقد[2].

03/الشرط المتأخر:

يقصد به الشرط الذي يشترطه المتعاقدان بعد إبرام عقدهما ولذلك سمي هذا الشرط باللاحق أو المتأخر ولقد اختلفت آراء الفقهاء حول مدى تأثير هذا الشرط على العقد والتحاقه به كمايلي:

– ذهب فقهاء المالكية إلى أن الشرط المتأخر لا يلتحق بالعقد مطلقا صحيحا كان أم فاسدا وسواء اشترط قبل لزوم العقد أو بعد لزومه.

– أما الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى القول بالتحاق الشرط المتأخر بالعقد إذا اشترط قبل لزوم العقد، وإن كان بعد لزوم العقد فلا يلتحق به[3].

– بينما ذهب أبو حنيفة إلى القول بالتحاق الشرط المتأخر بالعقد مطلقا[4].

المبحث الثاني: أنواع الشروط وأهم القيود الواردة عليها

بعد ان بينا معنى الشرط ومعنى اقترانه بالعقد، فالشروط التي يمليها العاقدان في عقد الزواج هي شروط لا تمنع من الانعقاد لان صيغة العقد منجزة، ولكن هذه الشروط فيها ما يكون له من تأثير في العقد من ناحية أخرى عند الفقهاء تبعا لصحة هذه الشروط وعدم صحتها فقد تمس بأصل العقد ومقتضاه كما ان حرية الاشتراط في عقد الزواج تابعة لحرية التعاقد[5].

---

[1] – رشدي شحاتة: مرجع سابق، ص 75

[2] – رشدي شحاتة: المرجع نفسه، ص 78

[3] – زكي الدين شعبان: مرجع سابق، ص 56

[4] – نشوة العلواني: مرجع سابق، ص 93

[5] – طرشي سمية: الشروط في عقد الزواج –الاحكام والاثار –، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014، ص 14

المطلب الأول: انواع الشروط المقترنة بعقد الزواج:

إن احكام الشريعة الإسلامية لم تترك أمرا الشروط يسير حسب اهواء الناس ورغباتهم الشخصية، بل نظمتها بما يزيل الحرج عنهم ويحقق مصالحهم، فعلى الرغم من انها منحت لهم حرية التعاقد والتنويع في تصرفاتهم ومعاملاتهم التعاقدية الا انها الزمتهم بالأخذ بما يراه الفقهاء من كون هاته الشروط تتماشى ومقتضيات العقد فكانت لهم آراء في تحديد الشروط التي يمكن ادراجها في العقد والشروط التي لا يمكن ادراجها كونها تخالف مقاصد العقد أي وجود شروط صحيحة وشروط غير صحيحة

الفرع الأول: الشروط الصحيحة:

الشروط الصحيحة هي الشروط التي يقتضيها العقد أو تؤكد ما يقتضيها العقد وهي التي أورد الشرع بها نصا او جرى العرف بها.[1]

وهذه الشروط تكون ثابتة في العقد سواء اشترطها أحدهما او لم يشترطها فاذا ورد اشتراط المتعاقدين على مقتضى العقد لتأكيد ما يوجبه فهو اشتراط صحيح معتبر.[2]

ومن أمثلته، شرطه أن ينفق على زوجته أو يكسوها أو يبيت عندها أو يقسم لها أو لا يؤثر عليها أو لا يضرها في نفقة ولا كسوة ولافي عشرة وفي المقابل هي بأن لا تسمح لأجنبي أن يدخل بيته في غيابه ومثل هذه الشروط يكون كل من الزوجين ملزم بالوفاء بها، وقد كان من سنة السلف الصالح (رضوان الله عليهم) الاقتصار على هذه الشروط وروي عنهم في ذلك خصوصا قولهم حين العقد: {{فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان}}[3] ، فعن انس رضي الله عنه انه كان إذا زوج إمرأة من بناته أو إمرأة من بعض أهله قال لزوجها :(أزوجك على إمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان)

[1] – إسماعيل أبا بكرعلي البامري: احكام الاسرة (الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية)، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن ،2008، ص 107

[2] – محمد احمد سراج: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص 158

[3] – سورة البقرة، الآية 229

وبهذا إتفق جمهور الفقهاء على صحة الشروط التي توافق مقتضى العقد ومقاصده لقوله تعالى: {{يايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}}[1] ويعني بالعهود ما أحل الله وما حرم وما حد في القرءآن كله لا تغدروا ولا تنكثوا[2].

وفي ذلك يقول الخاطبي فيما نقله ابن حجر العسقلاني: " من الشروط يجب الوفاء بها إتفاقا هو ما امر الله به من امساك بمعروف او تسريح بإحسان ".[3]

عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {{إن أحق الشرط ان يوفى به ما استحللتم به الفروج}}.[4]

01/الشروط الصحيحة عند الحنفية:

وقد حددوها في أربعة شروط هي:

- يجب ان يكون شرطا يقتضيه العقد ويكون موجبه حكما من احكامه وأثرا من آثاره، كأن يشترط الزوج على زوجته بان لا تخرج من بيته الا بإذنه.
- يجب ان يكون الشرط مؤكدا لمضمون العقد كأن تشترط الزوجة ان يكون والد الزوج ضامنا للمهر
- أن يكون الشرط قد أورد الشرع بجوازه وأوجب مراعاته مثل لو تزوجها على ان أمرها بيدها صح.
- يجب ان يكون من الشروط التي جرى بها العرف كتعجيل المهر والنفقة[5].

02/ الشروط الصحيحة عند المالكية:

وهنا أعتبر المالكية أن الشروط الصحيحة تدور بين قسمين:

---

[1] – سرة المائدة، الآية 01

[2] – ابن كثير، (عماد الدين ابي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير البصراوي الدمشقي): تفسير القرآن العظيم، المجلد الاول، الطبعة الاولى، دار صادر، لبنان،1999، ص 140

[3] – عمر سليمان الأشقر: احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الاولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 1997، ص 180

[4] – الامام مسلم: صحيح مسلم مع الشرح النووي، دار احياء التراث العربي، لبنان،1929، ص641

[5] – احمد فراج حسين: مرجع سابق، ص 97

شروط صحيحة غير مكروهة وشروط صحيحة مكروهة

فالشروط الصحيحة الغير مكروهة هي ما تكون حكما من احكام عقد الزواج او تكون اثرا له او مما يبتغيه عقد الزواج او من موجبات عقد الزواج كان يشترط الزوج الطاعة فالطاعة واجبة وهي حكم لازم لعقد الزواج أو أن تشترط الزوجة النفقة وحسن المعاشرة فهذه الشروط صحيحة مادام هناك عقد زواج.

أما الشروط الصحيحة المكروهة فهي الشروط التي قد تضيق على أحد الزوجين وهي شروط لا تنافي المقصود من الزواج كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها[1].

03/الشروط الصحيحة عند الشافعية والحنابلة:

هنا كان رأي الشافعية مشابها لرأي الحنابلة، فقد ذهبوا الى أن هناك نوعين من الشروط فالأول شرط ما يقتضيه العقد وهذا لا حاجة الى ذكره في العقد لأنه مما يقتضيه ويدل عليه كتسليم المرأة اليه وتمكينه من الاستمتاع بها.

أما الثاني فهو شرط نفع معين وهذا الشرط لا يلزم الا إذا تم ذكره في العقد ووافق عليه الطرفان، فهنا الوفاء به أصبح ملزم وللزوجة او الزوج حق المطالبة بفسخ العقد إذا لم يفِ الطرف الاخر كأن تشترط الزوجة ان لا يتزوج عليها الزوج[2]

أما بخصوص المشرع الجزائري وبقراءتنا للمادة **19**[3].المعدلة بالأمر 05-02 من قانون الاسرة الجزائري نرى ان هذه المادة خضعت للتعديل بحيث تم فيها زيادة إمكانية إثبات الشروط في عقد رسمي غير عقد الزواج وهو عقد لاحق لعقد الزواج الأصلي وهنا يمكن القول إن المشرع الجزائري أخذ بالمنظور الفقهي وأجاز للزوجين الحق في اشتراط الشروط التي تكون فيها مصلحة لهما أو أحدهما مع احترام القانون بعدم ادراج شروط مناقضة للعقد أو تمس بالأصل الذي ابرم من اجله العقد.

---

[1] – احمد نصر الجندي: شرح قانون الاسرة الجزائري، دار شتات للنشر والتوزيع والبرمجيات، مصر ،2009، ص 60،61

[2] – صالح غانم السدلان: مرجع سابق، ص 42

[3] – المادة 19 المعدلة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 تنص على " للزوجين ان يتشرطا في عقد الزواج او في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتنافى هذه الشروط مع احكام القانون"

والملاحظ أن المشرع حين عدل هذه المادة قد أضاف نوعين من الشروط وذكرهما وهما شرط عدم التعدد وشرط العمل وهذا لكونهما من متطلبات التطور الحاصل في المجتمعات العربية بالإضافة الى وجود العديد من الإشكالات والنزاعات التي تأتي في أغلب الأحيان على هاتين الصورتين وهما التعدد بالنسبة للزوج والعمل بالنسبة للزوجة.

الفرع الثاني: الشروط غير الصحيحة:

وهذه الشروط هي الشروط المخالفة لمقتضى العقد ولم يرد فيها نص ولم يجرَ بها العرف كاشتراط عدم الانفاق أو عدم التوارث[1].

وفي هذا إتفق الفقهاء وأهل العلم على عدم صحة هذه الشروط التي تخالف ما أمر الله به أو نهى عنه أو تخل بمقصود الأصلي للزواج ومنها أن تشترط المرأة على زوجها ان لا تطيعه أو أن يشترط عليها ان لا مهر لها، ومثال ذلك أن تشترط عليه ما يخل بالمقصود الأصلي من النكاح وهو المعاشرة الزوجية.[2]

ونهى الرسول (صلى الله عليه سلم) عن بعض الشروط التي يكون فيها إثم وقطيعة الرحم مثل أن تشترط المرأة طلاق ضرتها فهذا شرط باطل.

فقد ثبت أن عليه الصلاة والسلام قال " لا تسال المرأة طلاق اختها لتستفرغ ما بصفحتها، فإنما لها ما قدر لها "[3]، فدل الحديث على بطلان شرط تطليق الضرة لمخالفته النهي المصرح به فضلا عن كونه شرط يلحق الضرر بالغير.

وما يستنتج من هذه الشروط أنها غير مقبولة في العقد وأن تم إشتراطها فالعقد صحيح والشرط باطل.

---

[1] – سرين شريفي، كمال بفرورة: قانون الاسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر،2013، ص 46

[2] – عمر سليمان الأشقر: مرجع سابق، ص 181

[3] – البخاري (أبو عبد الله بن إسماعيل): الجامع الصحيح المختصر (صحيح بخاري)، الطبعة الاولى، المطبعة السلفية، مصر ،1979، ص 250

المطلب الثاني: أهم القيود الواردة على الاشتراط في عقد الزواج:

إن الشروط التي تشترط في العقد قد تتبع رغبات وأهواء المتعاقدين التي لا تقف عند حد معين وقد يؤدي الغلو فيها إلى الخروج عن قواعد الشريعة الإسلامية، ولهذا فقد حدد الشارع لهذه الشروط والحدود التي يجب ألا يتجاوزها المتعاقدان وإلا كانت باطلة.

ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية قد إختلفوا في إستنباط هذه الحدود، فلم يتفقوا حول تحديد ضوابط التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة، وتعددت بذلك مذاهبهم وآراءهم وإختلفت سعتا وضيقا، فكان أضيقها مجالاً مذهب الظاهرية وأوسعها مجالاً مذهب الحنابلة، وأحتل المالكية والشافعية موقعاً وسطاً بين موقفي فقهاء كل من الظاهرية والحنابلة.

إن القيد الأساسي على حرية الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي هو عدم مخالفة الدليل الشرعي، ولكن الفقهاء مختلفون في الأخذ بكل هذه الأدلة الشرعية، فنصوص القرءآن والسنة لم تبين لنا الحد الفاصل بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة، ولهذا يجب البحث في بقية مصادر التشريع الإسلامي.

وخلافا لذلك نجد القوانين الوضعية تجعل من النظام العام القيد الأساسي على حرية الاشتراط ولا يخفى بأن هذا المفهوم يقبل التوسع والتضييق بسبب مرونة ونسبية النظام العام.[1]

ثم إن قانون الأسرة الجزائري وفي مادته 19 اكتفى بالنص على أن القيد الأساسي الوارد على حرية الزوجين في وضع الشروط هو عدم مخالفة أحكام هذا القانون.

وسنتعرض إلى دراسة أهم القيود الواردة على الاشتراط في عقد الزواج في الفروع الآتية:

الفرع الأول: مراعاة قواعد النظام العام والآداب العامة:

يعتبر قيد النظام العام والآداب العامة من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج، وهذا لأن أغلب مواضيع الأحوال الشخصية من النظام العام[2]، فلا يجوز للزوجين تعديلها باتفاقات فيما بينهم.

---

[1] – علي محي الدين: مبدا الرضا في العقود، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية، لبنان، دون سنة، ص 59

[2] – الياس ناصيف : موسوعة العقود المدنية والتجارية ، الجزء الأول ، لا توجد دار نشر ،الطبعة الثانية ، 1997، ص 43

وعلى هذا الأساس يقع باطلاً كل شرط بين الزوجين يقضي بالتنازل عن أبوتهما لابنهما أو الاتفاق على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية بالتنازل عنها مثلاً، ويقع باطلاً أيضاً كل شرطٍ يقضي بتعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها كشرط نفي المهر أو عدم الإنفاق عليها.[1]

ولكن الإشكال الذي واجهنا هنا هو صعوبة تحديد مفهوم ثابت للنظام العام، ومع 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 وهذا هو مجال القوانين الدستورية والإدارية، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية وهو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية، أو كانت هذه المصلحة اقتصادية.[2]

وعلى هذا الأساس فليس للزوجين الاتفاق على مخالفة أحكام وقواعد النظام العام حتى ولو كانت هذه الاتفاقات تحقق لهم مصالح شخصية، وتبرير ذلك يكون بتغليب المصلحة العامة للمجتمع على المصلحة الخاصة.[3]

أما المقصود بمراعاة الآداب العامة هو احترام الأصول الأساسية للأخلاق في مجتمع معين وعصر معين، بحيث يُفرض على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة لحماية المجتمع من الانحلال الخلقي، غير أن هذه الفكرة تبقى نسبية إلى حدٍ ما، وذلك لاختلاف المعيار الذي نحدد به ما هو من الآداب العامة أو ليس كذلك من مجتمع لآخر بل ونجده يختلف حتى في نفس المجتمع من عصرٍ لآخر.

غير أن هذه الميزة التي يتمتع بها النظام العام تعتبر الوسيلة الوحيدة لتحقيق التوافق بين النظام القانوني لمجتمع ما والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والخلقية، بشرط ألا يكون هذا على حساب قيم ومبادئ المجتمع، فالمفاهيم الخلقية تعتبر المحدد الأساسي لمفهوم الآداب العامة كما جرى على ذلك التطبيق العملي.[4]

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 79،78

[2] – مسعودي يوسف: مرجع سابق، ص 58

[3] – زكي الدين شعبان: مرجع السابق، ص 97،96

[4] – مسعودي يوسف: مرجع سابق، ص 58

وانطلاقاً مما سبق، فإنه لا يجوز للزوجين تضمين عقود الزواج شروط وبنود تمس بالآداب العامة، فعلى سبيل المثال يقع باطلاً اشتراط الزوجة على زوجها السماح لها بالعمل في الملاهي الليلية كبائعة خمور أو أن تعمل كراقصة أو عارضة للأزياء وذلك لتعارض هذه الشروط مع الآداب العامة التي تحكم المجتمعات العربية في حين قد تعتبر هذه الشروط مشروعة في المجتمعات الغربية.

ومقارنة فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون الوضعي كقيد وارد على حرية الاشتراط وما يقابل هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية، ونعني بذلك عدم مخالفة الشروط للدليل الشرعي، نجد أنهما يختلفان في كون النظام الشرعي العام في الشريعة الإسلامية ثابت على مر الزمن ولا يجوز تغييره ولا تبديله، بخلاف فكرة النظام العام حسب القانون الوضعي فإنها تخضع للتغيير. فضلاً عن أن نطاق المحرم في الشريعة الإسلامية أوسع مجالاً من نطاق التحريم في القانون الوضعي، فالفقه الإسلامي يعالج القضايا الدينية والدنيوية، بينما يقتصر القانون الوضعي على معالجة الأمور الدنيوية فقط.[1]

ولم يجعل الفقه الإسلامي من المعيار الذاتي المتمثل في المصلحة الفردية للمتعاقد أساساً لترتيب آثار العقود والشروط، بل الأساس المعتمد في ذلك هو المعيار الموضوعي الذي يغلب مصلحة المجتمع ويحمي النظام الشرعي العام والآداب العامة، ولتحقيق ذلك لابد من الخضوع لأوامر الشارع ونواهيه.

وتبعاً لذلك فإنه لا يجوز للزوجين الاتفاق على ألا يرتب عقد الزواج آثاره الشرعية، والحكمة في ذلك أنه لو ترك الشارع الناس وشأنهم في ترتيب ما يحلو لهم من آثار وشروط في العقود وخاصة في عقد الزواج لخرجوا عن حدود الله وطغى الظلم والفساد في الأرض، بسبب الأنانية الطاغية على الإنسان التي تجعله يسعى إلى تحقيق مصالحه على الطرف الآخر، فكان من اللازم تقييد إرادة المتعاقدين بعدم مخالفة قواعد النظام الشرعي العام.[2]

[1] – علي محي الدين: مرجع سابق، ص 1216

[2] – صاحب عبيد الفتلاوي: تحول العقد، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص63.

الفرع الثاني: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة:

لقد ورد هذا القيد الثاني في نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري الـتي تضمنت أحكاماً عامة غير محددة، بل وفي منتهى التعميم والشمولية، إذ نجد المشرع الجزائري قد أباح للزوجين كقاعدة عامة أن يشـترطا كل الشروط التـي يريانها ضرورية، ثم أورد على هذه القاعدة العامة استثناءا يقيد العمـوم السابق؛ وهذا يعني أن قانون الأسرة قد أباح للزوجين حرية الاشتراط، غير أن هذه الإباحة مقيدة بعـدم مخالفة ما ورد من أحكام وقواعد في قانون الأسرة.[1]

غير أن تحديد ماهية الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري، والتي يتعين على الزوجين عـدم مخالفتها عند وضع الشروط الإرادية فعـقد الزواج تكتـنفه بعض الصعوبات. فعـلى سبيل المثال قد يبدو للبعض أن هناك تعارض بين إباحة المشرع مثلاً لشرط عدم تعدد الزوجات وما تقضي به المادة 8 بإباحة التعـــدد.

إنه بالنسبة لمحاولة حصر أحكام قانون الأسـرة التي لا يجوز للزوجين تعـديلها باشتراط شروط زائدة على أصل العقد، قد يبدو للوهلة الأولى عسيراً بعض الشيء، إلا أنه يمكن القول بأن المقصود بهذه الأحكام كـل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضى العقد وهـذا ما يتضح جلياً من خلال نص المادة 32 من قانـون الأسرة بنصها على بطلان الزواج الذي أشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد. وتتمثل أهم هذه الأحكام فيما يلي: –حل الاستمتاع بين الزوجين (المادة04)

–استحقاق الزوجة الصداق (المادة 14) –استحقاق الزوجة للنفقة (المادة 74)

–حسن المعاشرة بين الزوجين (المادة 36) –التوارث بين الزوجين (المادة 126)

–ثبوت نسب الأولاد (المادة 41)

وبالنسبة للإشكال الثاني المتمثل في تضمين عقد الزواج بعض الشروط التي قد تخالف أحكام قانون الأسرة، كاشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها زوجها وحول ما إذا كان هذا الاشتراط يعد في مضمونه تحريماً لشيء محلل شرعاً؟[2]

[1] – عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996، ص169.

[2] – مسعودي يوسف: مرجع سابق، ص 61

فيرى الدكتور عبد العزيز سعد بأن هذا الشرط يعتبر باطلاً لتنافيه مع نص المادة 08 التي تسمح بتعدد الزوجات، لذلك فإن الزوج لا يلزم بالوفاء بأي شرط ورد في العقد وكان مخالفاً لأحكام قانون الأسرة، ولا يجوز مطالبته بالوفاء بذلك أمام القضاء وليس للزوجة أن تطلب التطليق اعتمادا على عدم الوفاء بهذا الشرط.[1]

وتزداد أهمية طرح هذا الإشكال في ظل التعديل الأخير لقانون الأسرة حيث خصت المادة 19 بالذكر شرط عدم تعدد الزوجات إلى جانب شرط عمل المرأة باعتبارهما شرطين ضروريين لتأثيرهما الهام على حياة الأسرة وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حسم مسألة هذين الشرطين تشريعياً، وتم بذلك رفع الحرج عن القاضي والمتقاضين.[2]

غير أنه وبهذا التخصيص لشرط عدم تعدد الزوجات في المادة 19 يصبح التعارض والتناقض بين نص المادتين 19 و8 أكثر وضوحاً وبروزاً من السابق على الأقل من ناحية صياغة هاتين المادتين.

وفي اعتقادنا أنه كان في وسع المشرع الجزائري تفادي وقوع هذا التعارض في صياغة نص كل من المادتين لو نص على هذا الشرط في المادة 8 كقيد من القيود الواردة على تعدد الزوجات كما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع المغربي حيث نص في المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه: " يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها "، فالموضع الصحيح لإدراج شرط عدم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري يكون هو نص المادة 8 وليس نص المادة 19.

ومن ناحية أخرى فإن صيغة التعبير التي أوردها المشرع الجزائري بخصوص شرط عدم تعدد الزوجات في نص المادة 19 تعتبر غير سليمة، لأنها تتجه بذهن القارئ نحو تحريم مبدأ التعدد أصلاً، والتعبير السليم حسب رأينا يكون باستبدال عبارة "... ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات... " بعبارة ". ولا سيما شرط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها...".

والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تقيد تعدد الزوجات إلا بشرط العدل، أما جعله بيد القاضي وموافقته ومطالبة الرجل بإبداء المبرر الشرعي واقتناع القاضي بذلك هي شروط ما أنزل

[1] – عبد العزيز سعد: مرجع السابق، ص172.

[2] – بن داود عبد القادر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر،2004، ص102، 103.

الله بها من سلطان، كما أن إعـطاء ولاية غير مشروعة للقاضي على الرجل من شأنه أن يعـمق ويوسع مساحات الزواج العرفي والعلاقات غير المشروعة.[1]

إن ما يجب فهمه بالنسبة لتعدد الزوجات أن الشريعة الإسلامية تأبى أن يكون الغرض من التعدد المباهاة أو التذوق أو الإهانة، فالتعدد رخصة لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة ووجود مسوغاتها.

وانطـلاقا من هذا فلا حرج في وضع قيـود على تعـدد الزوجات وإحاطته بإجراءات اجتهادية من وضع المـشرع، إذا كان الغرض منها هو حماية التعـدد وتنظيمه وتحقيق العدل فيه، وحماية المرأة من تعسـف الزوج وضمان حقـوق الزوجة.[2]

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وتحـديداً الفقه الحنبلي نجده يبيـح للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من منزل أبيها.... وغيرها من الشروط التي لا توافق مقتضى عقد الزواج ولا تنافيه، ولم يرد بها أمر أو نهـي من الشـارع ويكون في اشتراطها تحقيق غرض مشروع لمن اشترطها، فالحنابلة يرون بإلزامية الوفاء بمثل هذه الشـروط، ويمنحون لمن تضرر من جراء عـدم الوفاء بها حق فسخ عقد الزواج. [3]

بينما نجد كل من فقـهاء الشافعية والمالكية والحنفية يعتبرون بأن كـل شرط خالف الشرع أو يزيد على مقتضى العقد من غير ورود نص في الشرع بإقـراره، شـرط فاسد لا يؤثر على العقـد بحيث يفسد الشـرط وحده ويبقى العقد صحيحاً كاشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها.[4]

هكذا نجد أن الفقه الإسـلامي على خلاف حول شـرط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها وواضح أيضاً مما سبق أن المشرع الجزائري قد استوحى تنظيمه لهذا الشرط من الفقه الحنبلي الذي يعتبر أكبر المذاهب توسعاً في تصحيح الشروط.

---

[1] – فاروق أبو سراج الذهب: مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، الجزائر 2004، العدد 08، ص116، ص117.

[2] – كمال لدرع: نظرة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2001، العدد 01 ص201.

[3] – مسعودي يوسف: المرجع سابق، ص 62

[4] – كوثر كامل علي: مرجع السابق، ص72.

إن تبني المشرع الجزائري لرأي الحنابلة فيما يخص اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها له ما يبرره، فما كان للزوجة أن تلجأ إلى ذلك إلا منعاً لمفسدة، وما سميت الضرة بهذا الاسم لدى العرب إلا لاشتقاق اسمها من الضرر.[1] كما أن في اشتراط الزوجة لمثل هذا الشرط تحقيق لمصلحة جدية للمرأة ورغبة أكيدة لديها في الاستئثار بزوجها.[2]

ونخلص مما سبق ذكره إلى أنه لا تعارض بين شرط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ومبدأ تعدد الزوجات، فتنازل الزوج عن حقه في التعدد لا يبطل المبدأ من أصله، بل يبقى التعدد في أصله مباح دون أن ينفي ذلك إعطاء الحق للزوجة في أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها كلما كان في ذلك تحقيق لمصلحة جدية للزوجة.

الفرع الثالث: جدية المصلحة:

تعرف المصلحة في الشريعة الإسلامية بأنها جلب المنفعة ودفع المضرة والمفسدة.[3] والمصلحة المعتبرة في شريعة الإسلام هي كل مصلحة تؤدي إلى الحفاظ على الدين والنفس والمال والعقل والنسل، وفي هذا يقول الإمام الغزالي: " إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع. ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة ". [4]

والمقصود بجدية المصلحة كقيد وارد على حرية الاشتراط في عقد الزواج هو أن يكون الهدف من الاشتراط تحقيق مصلحة مقصودة لكلا الزوجين أو أحدهما، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد عقد الزواج، فإذا كان الشرط موافقاً لغايات ومقاصد العقد ومحققاً لمصلحة مقصودة فيجب الوفاء به. أما إذا كان الشرط منافياً للغاية الأساسية التي شرع العقد من أجلها فيبطل الشرط.[5]

---

[1] – بن داود عبد القادر: مرجع السابق، ص145.

[2] – وحيد الدين سوار: مرجع السابق، ص587.

[3] – محمد تقية: مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994، ص149.

[4] – محمد أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، مصر، بدون سنة، ص293.

[5] – سعيد فكرة: الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، معهد الشريعة، قسنطينة، السنة الجامعية 1997/1996، ص633.

وتقدير جدية المصلحة وأهميتها مرجعه إلى الموازنة بينها وبين الأضرار التي تنتج عنها، أو عن عدم تقريرها، بحيث إذا بلغت المصلحة حداً من الأهمية يربو أو يزيد في قيمته على الضرر الذي يترتب على عدم قيام الحقوق أو استعمالها كانت المصلحة جدية، لأن الحقوق لا تعد غايات في حد ذاتها وإنما هي وسائل لتحقيق غايات ومصالح مشروعة يحميها القانون، فإذا لم يكن لصاحب الحق مصلحة من وراء استعماله، أو كانت المصلحة المقصودة ضئيلة بحيث لا تبرر ما ينجم عن التصرف من أضرار اعتبر ذلك تعسفاً في استعمال الحق ، فلو أن الزوجة اشترطت على زوجها ألا يتزوج عليها، فهذا الشرط يحقق غاية مقصودة للزوجة في الاستئثار بزوجها، ولكن إذا أضحت تلك الغاية غير ذات جدوى بسبب أن الشرط الذي اشترطته الزوجة على زوجها يلحق الضرر بالزوج ويفوت عليه مصلحة حقيقية، فإن مثل هذا الشرط يبطل لأن الغاية شرع والشرط تصرف، ولا يجوز للتصرف أن يلغي الشرع فما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط.[1]

وعلى ذلك فإذا كانت الزوجة ولود وتقوم بجميع واجباتها الزوجية، فإنه ليس للزوج مخالفة شرطها بألا يتزوج عليها، بل يجب عليه الوفاء بهذا الشرط لأنه يحقق مصلحة مقصودة للزوجة.[2]

أما إذا كانت الزوجة عاجزة عن القيام بحقوق الزوج أو كانت غير قادرة على الإنجاب بسبب العقم، فهنا تظهر للزوج مصلحة جديدة من أجلها شرع عقد الزواج وهي حفظ النسل، وبناءًا على هذا فلا يكون الزوج ملزماً بالوفاء بالشرط السابق، ولا يكون للزوجة حق فسخ الزواج، إذ لا يمكن اعتبار الزوج مخلاً بشرطه في هذه الحالة، وهذا لظهور مصلحة أخرى حقيقية يجب على الزوجين السعي نحو تحقيقها.[3]

[1] – سعيد فكرة: مرجع سابق، ص 633

[2] – مسعودي يوسف: مرجع سابق، ص 65

[3] – سعيد فكرة: المرجع نفسه، ص 634

الفصل الثاني:

آثار وصور للزواج المشروط في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

تمهيد

إن المتأمل في التشريع الإسلامي يجد أنه قد اهتم بسائر العقود عامة فوضع لها الضوابط والمعايير التي تضبطها، ولكن هناك عقود اهتم بها التشريع الإسلامي اهتماما خاصا، لما لها من أهمية وخصوصية، ومن هذه العقود عقد الزواج لأن هدف هذه العقود هو تحقيق مصالح المكلفين، ولذا جعلها الشرع تجمع بين الثبات والتطور، لتساير مصالح الناس في كل وقت، فيجوز للعاقدين أو لأحدهما أن يضيف للعقد ما يراه محققا مصلحة لهما أو لأحدهما وهذا عن طريق الاشتراط ، وقد فصل الفقهاء وبينوا أقسام وأحكام هذه الشروط مع تباين بينهم في بعض أنواعها وفي وضع الحدود والقواعد التي بها يعرف صحة الشرط مع فساده، وبهذا يختلف أثر هذه الشروط على عقد الزواج إيجابا أو سلبا، وهذا يعني أن هذه الشروط ليست على درجة واحدة إذ منها الصحيح باتفاق الفقهاء ومنها المتفق على فسادها ومنها ما ورد نص صريح بالنهي عنها ومنها ما هو مختلف فيه، وعلى هذا يختلف أثرها على عقد النكاح فهل يا ترى تصح تلك الشروط ويصح معها العقد؟

إن الجدير بالذكر أن قانون الأسرة الجزائري قد سلك طريق الحنابلة في أصل الاشتراط في عقد الزواج، حيث أباح للزوجين في المادة 19 حرية الاشتراط ولاسيما شرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، اللذان قد يكونا أساس كل خلاف عائلي في الوقت الراهن وقد تناول هذا في قسم عقد الزواج وإثباته، بينما في الفصل الثالث من هذا القانون الذي هو بعنوان النكاح الفاسد أو الباطل تطرق فيه إلى أثر الاشتراط على عقد النكاح، وفي مادتين فقط وهما 32 و35 بحيث اكتفى بطابع العموم ولإجمال في معظم مواده وربما هذه النقطة تحسب على قانون الأسرة الجزائري مما يجعله عرضة للنقد، فكان لابد من معرفة اثار هذه الشروط في الفقه والقانون بالإضافة تبيان صور الزواج المشروط فقها وقانونا وقضاءا

فمن خلال هذا الفصل سنتطرق الى مبحثين:

المبحث الأول: آثار الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الثاني: صور للزواج المشروط على ضوء الفقه والقانون والقضاء

المبحث الاول: آثار الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري:

إن الاشتراط بصفة عامة في العقود هو عمل جائز مع مراعاة عدم مخالفته للشريعة والقانون وذلك تطبيقا للمبدأ المعروف بأن " العقد شريعة المتعاقدين " ولقوله صلى الله عليه سلم " المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا "وذلك يعني أن الافراد أحرار في أن ينشئوا ما يشاؤون من العقود والاتفاقيات مع تقييد الحرية في ذلك فهي ليست مطلقة في هذا الباب بل يجب مراعاة ما هو مباح وما هو محرم من هذه الشروط.[1]

وانطلاقا من هذا كان لزاما علينا أن نعرف أحكام وآثـار الشروط المقتـرنة بالعقــد.

من خلال دراستنا السابقة لأنواع الشروط التي قلنا عنها أنها نوعين وهي شروط صحيحة وشروط غير صحيحة وبالتالي يجب أن ندرس أحكام وآثار هاته الشروط بنوعيها وذلك من الجانبين الفقه والقانون.

المطلب الاول: الشروط الصحيحة:

وهذه الشروط سوآءا كانت مما يقتضيه العقد أو مما لا يقتضيه العقد ولا تؤثر فيه، المهم أنها شروط صحيحة وسنرى ذلك من خلال رأي الفقه والقانون.

الفرع الاول: موقف الفقهاء:

إتفق الفـقهاء على أن الشروط الصحيحة هي ما كان عقـد الزواج يقتضيه ولا يضر بأصله كما اتفقوا على وجوب الوفاء بها كالإنفاق على الزوجة أو دفع المهر لها[2]. فمثل هـذه الشـروط يكون كل واحد من الزوجين ملزما بالـوفاء بها وأدائها على أتم وجه. لقوله تعالى: {{يا أيها الذين امنوا أوفـوا بالعـقود}}[3]، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"[4]

---

[1] – طرشي سميه: مرجع سابق، ص 28

[2] – محمود علي السرطاوي: فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، ط1، دار الفكر، الأردن، 2008، ص 87

[3] – سورة المائدة، الآية 1

[4] – صحيح البخاري: باب الشروط، حديث رقم 5151، مرجع سابق، ص 249

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

- فمن العلماء من رأى أن الزواج صحيح وأن هذه الشروط ملغاة ولايلزم الوفاء بها.[1]
- منهم من ذهب الى واجب الوفاء بما إشترط للمرأة فإن لم يفِ لها كان لها طلب الفسخ.

لكن أصحاب الرأي الاول وهم جمهور الحنفية والشافعية والمالكية وكثير من أهل العلم يرون أن الشرط الفاسد لا يلزم الوفاء به لأن فساد الشرط لا يؤثر في العقد بل يبقى الشرط فاسد والعقد صحيحا أي يتم ترك العقد على حاله وكان الشرط غير موجود.

ويرى المالكية أن الشروط الغير المؤثرة في عقد الزواج كالتي تؤثر في جهالة المهر ولا تغير مقتضى العقد، مثل أن يشترط عليه ألا يتزوج عليها وألا يتخذها آمة ولا يخرجها من بلدها ونحو ذلك من الشروط فهذه الشروط لاتصل الى أن تكون حراما أو يفسخ العقد من أجلها.[2]

أما أصحاب الرأي الثاني وهم الحنابلة والظاهرية والشيعة الامامية، فيرون أن هذه الشروط صحيحة ويلزم الوفاء بها، فإن إمتنع الزوج عن الوفاء بها كان لها حق الفسخ.[3]

قال الظاهرية " لو عقد عليها بشرط ألا يضر بها في نفسها أو مالها فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان. صح هذا الشرط وصح هذا العقد معه".

وزاد الشيعة الامامية الإتيان ليلا أو نهارا لأنه شرط لا ينافي العقد لجواز الغرض بالاستمتاع في وقت دون آخر فهو شرط صحيح.[4]

وأساس الخلاف بين جمهور الفقهاء والحنابلة، أن نطاق بطلان الشروط أو الغائها عند احمد بن حنبل أضيق من الشروط الملغاة عند جمهور الفقهاء، فهو قد جعل البطلان في حالة النهي الصريح، ومناقضة العقد الذي ورد به النص.

---

[1] – طرشي سمية: مرجع سابق، ص 31

[2] – محمد علوشيش الورثلاني: مرجع سابق، ص 163

[3] – كوثر كامل علي: مرجع سابق، ص 72

[4] – محمد خضر قادر: دور الإرادة في احكام الزواج والطلاق والوصية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن ،2010، ص 163

أما الجمهور فقد جعلوا البطلان في دائرة متسعة، وهي ما لم يقع دليل على إقرار الشرط من الشارع بأن يكون موافقا لمقتضى العقد، ولو ثبت القياس، أو يكون مؤكدا له، أو ثبت دليل شرعي على صحة الشرط، وماعدا ذلك يكون باطلا، فصحة الشرط عندهم هي التي تحتاج الى دليل يثبت الالتـــزام، أما احمد بن حنبل، فيـرى أن كل شرط صحيح لازم، الا إذا كان نص يثبت البطلان.[1]

استدل كلا الطرفين بأدلة لا تخرج عن الادلة التي استـدلوا بها على أن الاصل في الشروط المنع والاباحة.

استدلى الحنابلة بقوله (صلى الله عليه وسلم): " أحق الشـروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج "[2]، ووجه الدلالة من الحديث أنه أوجب الوفاء بكل شـرط يذكر في عقد الزواج، لم يكن له نص خاص، أو دليل خاص، لأن ما لا دليـل له من الشـروط يكون هذا الحديث دليـله بمقتضى عموم لفضه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به [3]

ومن أدلة الجمهور قـوله (صلى الله عليه وسـلم):" كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط " وقـوله:" المسلمون عند شروطهم الا شرطا، أحل حراما أو حرم حلالا ".[4]

ومن ذلك يظهر لنا جليا أن كل شـرط لم يقم دليل من الشرع على صحته فهو باطل لا يلزم الوفاء به، لأنه ليس في كتاب الله تعالى.

ورد الجمهور على دليل الحنابلة في حـديثه (صلى الله عليه وسـلم)، أنه المـقصود في حديثة شرط الصداق الجائز الذي امرنا الله به وهو الذي استحل به الفروج لا ما ســواه.

الفرع الثاني: موقف المشـرع الجزائري:

المشرع الجزائري يرى أن الشرط الصحيح قد أصبح جزءا من مقتضى العقد، اذ لا يتم التراضي بين العاقدين الا على أساسه، فيلزم الوفاء به، وفي هذا المعنى جاء في القانون المدني الجزائري في المادة 204: لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط

---

[1] – محمد أبو زهرة: مرجع سابق، ص 158

[2] صحيح البخاري: باب الشروط، حديث رقم 5151، مرجع سابق، ص 249

[3]– محمد أبو زهرة، المرجع سابق، ص 158

[4] – الترمذي (ابي عيسى): الجامع الصحيح سنن الترمذي، باب الاحكام، ت ح محمد فؤاد عبد الباقي، ج4، دار الكتب العلمية، لبنان، دون سنة، ص 635

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

أما في قانون الاسرة الجزائري في موضوع الاشتراط في عقد الزواج فقد نص المشرع على ذلك في نص المادة 19 من قانون الاسرة 1984أنه:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها، مالم تتناف مع هذا القانون ".[2]

وهي كما نرى تتضمن أحكاما غير محدودة وعامة جدا، في منتهى التعميم والشمولية وذلك نظرا الى أن الجزء الاول منها ورد في صيغة تحمل قاعدة عامة تبيح لزوجين أن يرفقا بالعقد أو يضمناه أي شرط من الشروط التي تكون فيها مصلحة لأحدهما.[3]

وأن الجزء الثاني جاء في صيغة إستثناء يفيد العموم السابق ويجعل من الجزء الثاني شرطا يجب توفره لاستعمال أحكام الجزء الاول ومعنى ذلك هو أن قانون الاسرة قد سمح لكل واحد من الزوجين أن يشترط في العقد على الزوج الاخر ما يشاء من الشروط بما يضمن مصلحته الخاصة أو المشتركة، الى جانب هذا السماح أو هذه الاباحة، فأنه قد حصر هذه الشروط فقط في الشرو ط التي لا تخالف ولا تعارض أو تتنافى مع ما ورد في قانون الاسرة من قواعد وأحكام ملزمة. [4]

من خلال نص المادة السابقة، نلاحظ أنها لم تحدد أي نوع من الشروط التي يمكن أن يشترطها الزوج أو الزوجة، وإكتفى بضابط واحد لهذه الشروط وهو عدم مخالفتها لأحكام الشرع والقانون، غير أن التعديل الاخير وبموجب الامر رقم 02/ 05أضاف المشرع بعض المعطيات الجديدة التي لم ينص عليها النص القديم وقد أشار هذا القانون الى نوعين من الشروط على سبيل المثال بالنظر الى أهميتهما ، ويهدف هذا التعديل الى تمكين الزوجين من حل ما قد يطرا من مشكلات بينهما بعد الزواج لاسيما فيما يتعلق بعمل الزوجة وتعدد الزوجات وعليه فأنه في حالة الاتفاق مثلا على أن الزوج يسمح لزوجته بالعمل أو عدم التعدد وأخل بالتزاماته التعاقدية فأنه

---

[1] – امر رقم 75–58 مؤرخ في 26سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

[2] – قانون رقم 84–11مؤرخ في 09يونيو 1984والمتظمن قانون الاسرة الجزائري

[3] – طرشي سمية: مرجع سابق، ص 33

[4] – عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الاسرة، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر،1996، ص 146

واستنادا لأحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الاسرة 02/05 فإن للزوجة أن ترفع ضد زوجها دعوى قضائية تتضمن طلب تطليقها ، حيث جاء في المادة 53فقرة 09: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الاتية : ..... مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج".

والشروط المقصودة هي ما جاءت به المادة 19، بالإضافة الى حقها في المطالبة بالتعويض، إذا أصابها ضرر مادي أو معنوي بسبب عدم الوفاء بالشرط، كما إذا تزوج عليها بعد أن اشترطت ذلك.

وكان على المشرع الجزائري في التعديل الجديد أن يتطرق الى كيفية المطالبة بالتنفيذ أولا تطبيقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات والاتفاقيات المبرمة بين المتعاقدين.[1]

أما على المستوى التطبيقي فنجد قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/20/20 جاء فيه: من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، لاسيما عند مخالفة شروط التعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لاهي متزوجة ولا هي مطلقة، باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل اثاثها منه واستحالت الحياة الزوجية فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون، متى كان ذلك استوجب رفض الطعن.[2]

أن إعطاء المشرع الجزائري امكانية الاشتراط للزوجين من خلال عقد الزواج نفسه الذي جمع بينهما أو من خلال عقد رسمي لاحق، تأكيد لضرورة الالتزام بالشروط المقيدة لكلا الزوجين، وأوجب الوفاء بها شريطة إثباتها، على أن اثبات هذه الشروط ليس عسيرا باعتبار أن وضعها أما أن يكون اثناء الزواج، ومعلوم أن من شروطه حضور شاهدين حسب المادة 09 مكرر من القانون نفسه، وأما بعقد رسمي لاحق، ولا يختلف اثنان حول ما لهذا العقد من حجية اثبات عند النزاع.[3]

اضافة الى هذا فالشخص له حرية الاختيار في جهة ابرام عقد الزواج أمام الموظف المؤهل قانونا أو الموثق، الا أن الكثير من الناس يلجؤون الى الموظف (ضابط الحالة المدنية) لتفادي

---

[1] – الرشيد بن الشويخ: شرح قانون الاسرة المعدل، الطبعة الاولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 137

[2] – المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/20/20، المجلة القضائية، عدد 4، 1993، ص 78

[3] – احمد شامي: قانون الاسرة (طبقا لأحدث التعديلات)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 135

المصاريف[1] وهذا يعني أن الموظف يقتصر دوره على تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية، أما الموثق فله أن يضمن العقد بالشروط المتفق عليها.

المطلب الثاني: الشروط الغير الصحيحة:

من خلال هذا المطلب سنحاول معرفة حكم الشرط الغير الصحيح المنافي لمقتضى العقد وتأثيره في صحة العقد في حال تمام العقد مع النص على هذا الشرط في متنه، وما كان رأي الفقهاء تجاه هذا الشرط مع بيان لموقف المشرع منه، وذلك من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الاول: موقف الفقهاء:

اتفق أهل العلم على عدم صحة الشروط التي تخالف ما أمر الله به أو نهى عنه، أو تخل بمقصود النكاح الاصلي.

ومن هذه الشروط أن تشترط المرأة على زوجها الا تطيعه، أو أن تخرج من غير إذنه، أو الا يقسم لضرائرها.[2]

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

ومن هذا النوع أن شرطت عليه أن يطلق ضرتها، لم يصح الشرط، لنهي الشرع عنه، لما روي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تشترط المرأة طلاق أختها والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأنها شرطت عليه فسخ عقده، وإبطال حقه وحق امرأته، فلم يصح. وعليه فأننا نرى أن كل شرط يحرم حلالا أو يحل حراما، هو شرط باطل كان يشترط الرجل أن لا مهر لها. فهذا يعتبر إسقاط حق من الحقوق التي تجب بمجرد انعقاد العقد. غير أن الخلاف

---

[1] – عيسى حداد: عقد الزواج (دراسة مقارنة)، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة ،2006، ص 201

[2] – عمر سليمان الأشقر: مرجع سابق، ص 181

[3] – ابن تيمية (احمد): مجموع فتاوى احمد بن تيمية، ت ح عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، م ج 32، مكتبة المعارف، المغرب، دون سنة، ص 28

بين الفقهاء كان حول معرفة حكم العقد الذي يشترط في هذه الشروط الفاسدة، وكان ذلك على ثلاثة أقـــوال:

أولا:

ذهب جمع من أهل العلم إلى بطلان العقود التي اشترطت فيها، وهذا هو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية، فلا فرق بين ما نهى عنه الشرع ولم ينهِ عنه، واستدلوا بأن الأنكحة التي ورد الشرع بالنهي عنها كالشغار والتحليـــل.[1]

ثانيا:

ذهب الحنفية إلى أن الشروط الفاسدة لا تبطل النكاح الا إذا اشترط التأقيت في العقد فهذا يتنافى مع التأبيد الذي يوصف به عقد الزواج، الذي يقوم على استمرار الحياة الزوجية.[2] وعلى هذا فأن الأنكحة المنهي عنها كالشغار والتحليل، تصح إذا أبطلت منها الشروط الفاسدة، الا نكاح المتعة لأنه اشترط فيه التأقيت فلا تصح، لأنها تجعل الصيغة غير صالحة للأنشاء، وهي التي تجعل صيغة العقد دالة بصريحها على توقيته بزمن، وتنحصر في اقترأن اللفظ بذكر مدة معينة.[3]

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

وقالوا إن الشرع جواز خيار الشرط لأجل المغابنة، والمغابنة في باب النكاح أكثر من باب البيع فيجوز بشرط الخيار فكذلك في النكاح.[4]

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

---

[1] – عمر سليمان الأشقر: مرجع سابق، ص 182

[2] – الغوثي بن ملحة: قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء، دوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 46

[3] – محمد أبو زهرة: مرجع سابق، ص 157

[4] – إسماعيل أبا بكر علي البامري: مرجع سابق، ص 108

1) : ضابط النوع الاول أن يكون مخلا بمقصود النكاح، ومثال ذلك بالاشتراط في العقد طلاقها، أو عدم وطئها، ومنه أيضا شرط التأقيت والخيار وشبهه في عقد النكاح.

وأضاف المالكية أن من الشروط التي يبطل بها العقد أن تشترط المرأة على الرجل أن يكون أمرها بيدها، تطلق نفسها متى شاءت، الا إذا علق أمر الطلاق بيدها على سبب، حينئذ لا يبطل العقد بل الشرط جائز ولازم، مثل أن يشترط لها أنه متى ضربها أو سافر عنها فأمرها بيدها.[1]

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

ومن هذا نلاحظ أن خلاف الفقهاء كان في حكم العقد الذي تم متضمنا هذه الشروط التي اتفق الفقهاء على فسادها وبطلانها، فكان هناك من الفقهاء من أوجب إبطال هذه الشروط وإبقاء العقد صحيحا، مع استثنائهم شرط التأقيت وهو ما ذهب إليه الحنفية.[3]

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

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

وعليه فالرأي الراجح هو الرأي القائل بوجوب الوفاء بالشروط، وذلك لأن العاقدين تراضيا على هذه الشروط إذا كان فيها مصلحة ما لم تكن مخالفة للشرع وأنه في حال عدم الوفاء بها كان للمشروط حق الفسخ، ولأن صاحب العقد لم يرضَ بالعقد الا على أساس الوفاء بالشرط، ولأن الرضا يعتبر ركنا أساسيا في العقد، وهو أساس نجاح واستمرار الحياة بينهم.[5]

---

[1] – محمد خضر قادر: مرجع سابق، ص 163

[2] – عمر سليمان الأشقر: مرجع سابق، 182

[3] – طرشي سمية: مرجع سابق، ص 37

[4] – محمد خضر قادر: المرجع سابق، 164

[5] – طرشي سمية: مرجع سابق، ص 37

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

ان كانت الشـروط المشتـرطة في العقد تتنافى وطبيعة عقد الزواج، تكون باطـلة ولا يعتد بها، كاشتراط الا مهر لها، أو شرط عدم النفقة عليها.

فقانون الاسرة الجزائري يؤكد على أحقية الزوجة للصداق في نص المادة 16 منه، كما أوجبت المادة 14 على الزوج الأنفاق على الزوجة.[1]

وبالتالي تلغى هذه الشـروط ويصح العقد، وهذا ما سلف ذكره عند الفقـهـاء، غير أنهم وضحوا بعض الشروط التي تبطـل العقـد من أصله كشـرط التأقيت أو شـرط الخيـار، الذي يمنح للزوجين أو أحدهـما حق العدول عن العقد بعد مـدة معينة فكل هذه الشـروط باطلة في نفسها ويبطل بها الزواج.

تعرض قانون الاسرة لهـذه المسألة في جملة من النصوص منها المـادة 32 منه بنصها: {{يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد}}.

والمادة 35 أيضا بنصها: {{إذا اقتـرن عقد الزواج بشـرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا}}[2]. باستقرائنا لهذه النصوص نجد أن المشـرع قد رتب البطلان على الزواج المشتمل على شـرط يتنافى ومقتضيات العقد في المادة 32.

أما بالنسبة للمـادة 35 فنجده قد نـص على حكم مغاير يقضي ببطـلان الشـرط المنافي لمقتضى العقد وبقاء العـقد صحيحا، وبالتالي ينبغي تصحيح النص بحذف عبارة (مقتضيات) في المادة 32 وإضافة هذه العبارة إلى المادة 35. بحيث يصبح النـص في هذه المادة كالتالي: {{إذا اقتـرن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقـد صحيحا}}.[3]

وعليه فإنه لا إشكال في بطلان الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج بنص المـادة 35 فهي تعتبرها لاغية ولا يلزم الوفاء بها.

---

[1] – يوسف مسعودي: مرجع سابق، ص 72

[2] – قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09يونيو سنة 1984والمتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27فبراير 2005

[3] – الرشيد بن شويخ: مرجع سابق، ص 129

المبحث الثاني: صور للزواج المشروط على ضوء الفقه والقانون الجزائري:

تعد المشارطات بين الزوجين من أهم العوامل التي تؤدي الى إجتناب النزاعات والخلافات التي من شأنها أن تمس العلاقة الزوجية مستقبلا، ومما لا شك فيه أن أهمية هذه الشروط تبرز في جانبين وهما جانب مالي وجانب غير مالي وهذا ما يؤثر في عقد الزواج وعليه يجب تسليط الضوء على ما جاء به الامر 05-02 المعدل لقانون الاسرة إضافة الى ما سبق ذكره والذي لا يقتصر على المشارطات في عقد الزواج فقط، وإنما يشمل حتى الاشتراط في عقد رسمي لاحق، ومن هذا المنطلق عرجت على صور المشارطات المالية المشار اليها صراحة في المادة 37 ، إضافة الى شرط السكن المنفرد والذي تتمحور حوله اغلب القضايا المطروحة أمام القضاء، وكذا الاشتراطات الغير مالية و المدرجة في نص المادة 19 ن والتي تتمثل في شرط عدم التعدد وعمل المرأة بالإضافة الى شرط آخر وهو شرط تعلم الزوجة.

المطلب الاول: الزواج المشروط بشروط مالية:

ومما لا شك فيه أن أهمية الشروط الارادية في عقد الزواج تزداد في المجال المالي، وعلى هذا الاساس سنتطرق لاهم شرطين ذو الطبيعة المالية واللذان تطرح بشأنهما قضايا لدى القضاء وعليه سنبين، أولا الاشتراط حول الاموال المشتركة بين الزوجين (فرع الاول)، ثم نذكر شرط السكن المنفرد (فرع ثاني).

الفرع الاول: الاشتراط حول الاموال المكتسبة يبن الزوجين:

يقصد بالشرط **الاشتراك في الاموال المكتسبة بين الزوجين** [1]كل شرط إتفاقي يدرج في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق مضمونه أن تكون جميع الاموال المكتسبة بعد الزواج، والتي يكتسبانها من عملهما (مجتمعين أو منفردين)، أو بإرادتهما الشخصية من الرواتب والكسب اثناء قيام الحياة الزوجية، مشتركة بينهما، مع تحديد النسب التي تؤول لكل واحد شريطة عدم المساس

[1] – لا تشمل الأموال المكتسبة المشتركة بين الزوجين:
– ما يتحصل عليه الأزواج عن طريق الهبة، الإرث، الوصية
– العقارات والمنقولات المكتسبة قبل انشاء الزواج
– التعويضات الناشئة عن التصرفات الضارة ضررا ماديا او معنويا
– الديون المترتبة لصالح الغير الديون التي تتعلق بذمة الغير لصالح أحد الزوجين

بالحق الشرعي الثابت لكل منهما بالميراث وعليه حتى يتسنى لنا الاحاطة بحكم هذا الشرط سنبين الموقف الفقهي ثم موقف القضاء والقانون.

01/الموقف الفقهي:

إن المستقر بشأنه أن الشريعة الاسلامية تقوم على مبدا الانفصال الكامل للذمم المالية للزوجين، فهي تساوي بين الرجل والمرأة، وتقر لكل منهما بأهلية الوجوب، وأهلية أداء كاملة تسمح لكل منهما بالتصرف في أمواله دون قيد أو شرط كأصل عام، فالزواج ليس له أثر على استقلال الذمم المالية، مما ينتج عنه عدم منح أي سلطة للزوج على أموال زوجته فهو يعتبر أجنبيا في أموالها، إذ ليس من حقه حتى مراقبة تصرفات الزوجة في أموالها[1]، بإعتبار أن حق القوامة الذي منحه الاسلام للزوج على زوجته حق شخصي وليس مالي إعمالا وتكريسا للقاعدة الشرعية " الزواج مبني على المكارمة والبيوع مبنية على المكايسة والمشاحة "[2].

وإقرار حرية المرأة في التصرف في أموالها إتفق عليه جمهور الفقهاء بإستثناء المالكية في قول لهم أين قيدوها فيما تجاوز الثلث من مالها بضرورة استئذان الزوج وفي هذا الصدد يبدو رجاحة رأي الجمهور مادام أنه لم يوجد نص في الكتاب أو السنة يقيد أهلية المرأة المتزوجة، وأن كان المالكية لا يعارضون ما ذهب اليه الجمهور فيما قل عن الثلث.

وفي المقابل نجد أنه يمنع أيضا على المرأة التصرف في مال زوجها دون وجه حق، أي أن ذلك مسموح لها به في حالات محددة، وبهذا يكون كل طرف حر في ماله سوآءا أراد الاحتفاظ به، أو إدخاره أو التصرف فيه بالبيع أو الشراء أو التبرع، أو أي عمل تجاري يدر عليه الربح.

02/موقف القانون والقضاء الجزائري:

تبنى المشرع الجزائري نظام انفصال الذمة المالية للزوجين بكل صريح بموجب الفقرة الاولى من المادة 37 من قانون الاسرة الجزائري "لكل واحد من الزوجين ذمة مستقلة عن الاخر " مما

---

[1] – هجيره دندوني: النظام المالي بين الزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، عدد خاص 1994، ص194

[2] – عبد الفتاح تقية: الذمة المالية للزوجة في الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 2، 2011، ص 148

يعكس إقرار المشرع تماشيا مع احكام الشريعة الاسلامية بحق كل واحد من الزوجين بالتصرف في أمواله بكافة أنواع التصرفات المالية المشروعة، والذي ينتج عنه بالتبعية وجوب وفاء كل منهما بالديون المترتبة بذمته دون أن يؤثر الزواج في ذلك[1]، الا أن هذا الاصل ادخلت عليه إستثناءات فرضت بشدة وجوب تداخل أموال الزوجين واشتراكها ، مما أدى الى ظهور معالم اتحاد فعلي في ذمم الزوجين ، وهو ما يعرف بنظام الاشتراك المالي الذي طرحه المشرع الجزائري تحت مصطلح "الاموال المشتركة " ، لكن ليس بالمفهوم المجرد والمطلق الذي تتبعه الدول الغربية ، إنما الاشتراك يستنبط معالمه من مبادئ الشريعة الاسلامية ومقاصدها التي تقدس الروابط الاسرية ، هذا تماما ما جاء به نص المادة 2/37 من قانون الاسرة " غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الاموال المشتركة التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية ، وتحديد النسب التي تؤول الى كل واحد منهما "

وعليه يمكن القول إن الحياة المشتركة تفرض على الزوجين التعاون بوضع كل مواردهما المادية والمعنوية من اجل رعاية مصالح الاسرة والحفاظ على الروابط الزوجية وهذه الضرورة التي تفرضها الحياة الزوجية تكشف عن نوع من الاتحاد الفعلي لذمم الزوجين ومن شأن هذا الاتحاد الفعلي لذمم الزوجين أن يفرض اللجوء الى القضاء على سبيل بيان مصير مسكن الزوجية وتوزيع الأموال الأخرى عند إنحلال الزواج.[2]

تطبيقا لأحكام المادة 02/37 فأنه متى إتفق الأطراف على اشتراكهما في الأموال المكتسبة خلال الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما، فإن كان ذلك محددا في عقد الزواج أو في عقد لاحق فإنه يغني عن أي نزاع ينشب مستقبلا، إلا أن هناك حالة تطرق المشرع فيها لكيفية الفصل في حال تداخل الممتلكات، وأخرى لم يفصل فيها كالسكن الزوجي في هذا الصدد اشارت المحكمة العليا في احدى قراراتها على امكانية اشتراط الزوجة على الزوج اقتسام المسكن الزوجي، إذ جاء فيه من المقرر قانونا أن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما ...ولما كان من الثابت – في قضية الحال– أن الطاعن لم ينكر إتفاقه مع مطلقته باقتسامه المنزل الزوجي معها

[1] – العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة السادسة، الجزائر، 2010، ص 319

[2] – هجيره دندوني: مرجع سابق، ص 159

والزوجية قائمة بينهما طبقا للعقد العرفي الممضى من طرفه ، فان قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة والمطبخ للمطعون ضدها طبقوا صحيح القانون.[1]

وفي قرار آخر أقرت المحكمة العليا بحق المرأة في حق إشتراط البقاء في مسكن الزوجية في حالة الطلاق، وعدم مغادرته إلا في حالة ما إذا أعادت الزواج مرة أخرى، واعتبرته صحيحا إذا جاء فيه " لكن حيث أنه يستخلص من دراسة عقد الزواج المبرم بين الطرفين أمام الموثق، أن المطعون ضدها اشترطت أن لا تغادر السكن إلا في حالة إعادة زواجها ، ومادام الطاعن قد وافق على هذا الشرط فعقد الزواج يعد شريعة بين المتعاقدين ،بالإضافة الى ذلك فالحق في البقاء في السكن لصالح الزوجة يعتبر وصية بمنفعة لمدة غير محددة ، وهذا الحق عد عمري في الشريعة.[2]

الفرع الثاني: إشتراط الزوجة السكن المنفرد:

إن نفقة الزوج على زوجته واجبة ومن النفقة إيجاد المسكن الصالح لها فهو المحل الذي يأوي اليه الزوجان ليجدا مسترقهما، والمقصود بشرط السكن المنفرد إلزام المرأة بموجب شرط يتم إدراجه في عقد الزواج، الزوج بإعداد محل معين ومخصص لإقامتهما بصفة مستقلة دون ان يشاركها فيه اهله او ضرتها، ويصنف هذا الشرط من مقتضيات عقد الزواج فهو شرط لا ينافي العقد ولا يخالف الشرع.

01/الموقف الفقهي:

ويعتبر انفراد الزوجة بمسكن الزوجية من اهم الحقوق المقررة للزوجة في الشريعة الإسلامية، فشرعية المسكن الزوجي مرتبطة اشد الارتباط بخلو المسكن من مشاركة الغير للزوجة في السكن ومن ثم فان اشتراط السكن المنفرد جائزا وهذا حسب اغلب المذاهب الفقهية والتي أجمعت على الإقرار بحق السكن المستقل من جهة وبجواز تضمين العقد بهذا الحق كشرط للتأكيد ليس إلا.

---

[1] – المحكمة العليا: غرفة الاحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1987/12/07، ملف رقم 45658، المجلة القضائية 1990، عدد4، ص 61

[2] – المحكمة العليا: غرفة الاحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/10/17، ملف رقم 25311، المجلة القضائية 2003، عدد2، ص 280

02/موقف القانون والقضاء الجزائري:

يعد إشتراط الزوجة على الزوج السكن المنفرد والمستقل عن الاهل، أوعن الضرة من الشروط الجائز إشتراطها، والمقررة لها بموجب احكام المادة 19 من قانون الاسرة الجزائري والتي أعطت لكلا الزوجين حق إشتراط كل شرط ضروري.

وبالرجوع الى قانون الاسرة الجزائري نجد ان السكن يعتبر من اهم مشتملات النفقة الزوجية[1] إذ تعد هذه الأخيرة حقا خالصا للزوجة بموجب عقد الزواج بغض النظر عن اشتراطه أم لا، إذ ان شرط السكن المستقل يعد من مقتضيات العقد وإن كان المشرع الجزائري لم يفصل تفصيلا دقيقا في سكن الزوجية حال قيام العلاقة الزوجية على خلاف القوانين الأخرى.

أما بخصوص القضاء فقد إستقرالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بإقرار أحقية الزوجة في السكن المنفرد عن اهل الزوج او عن الضرة مستلهما هذا من احكام الشريعة الإسلامية واعطاها حق المطالبة به في أي وقت حتى ولو تحفظت عليه عند العقد، لم تطلبه او سكنت مع اهله، وكذا أجاز للزوجة اشتراطه وفي حال الاخلال بالشرط عليها المطالبة بالتطليق، اذ جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 "من المقرر شرعا ان للزوجة الحق المطالبة بسكن مستقل عن اهل الزوج ولها الامتناع من ان تسكن مع اقاربه " وهذا لما فيه من اضرار وسوء معاملة ، واحتمال الشجار مع الاهل وكذا لا اطلاعهم على أمورها هذا دون ان تشكل المطالبة بالسكن المنفرد عن اهل الضرة واهل الزوج نشوزا في حال رفض الزوجة الرجوع للبيت الزوجية، وعليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بعدم نشوز الزوجة طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن.[2]

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في اخر قراراتها بتاريخ 2011/11/10 " لا يعد نشوزا امتناع الزوجة عن الرجوع، في حالة عدم توفير الزوج المسكن المستقل المحكوم به قضاءا.[3] "

[1] – تنص المادة 78من قانون الاسرة: تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن او أجرته، وما يعتبر من ضروريات في العرف والعادة.

[2] – المحكمة العليا: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/02/06، ملف رقم 213669، عدد خاص، ص 219

[3] – المحكمة العليا: غرفة شؤون الاسرة والمواريث، قرار بتاريخ 2011/11/10، ملف رقم 653383، المجلة القضائية 2012عدد2، ص 234

إذ أن المحكمة العليا ترى أن للزوجة التمسك بحقها في المسكن المنفرد باعتباره حق ثابت ولا يمكن التحجج بأزمة السكن في العاصمة مالم تسمح هي، اذ جاء في قرار المحكمة العليا "من المقرر شرعا ان للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن اهله ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج، او سبق وان سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم ، فان القضاء بما يخالف هذه الاحكام يعد خرقا لما اقرته من مبادئ وعليه يستوجب نقض القرار الذي الزم باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل اهله بسبب ازمة السكن السائدة في العاصمة"[1] ،في حين ان قرار اخر راعى حال الزوج ورفض الطلاق لمجرد عدم قدرة الزوج على توفير السكن نظرا لعجزه اذ جاء فيه "لما كان من الثابت –في قضية الحال– ان الزوجة (الطاعنة) علقت طلب الطلاق في حال ما إذ ارفض زوجها توفير سكن منفرد لها بعيدا عن اهله ،فان قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الزوجة بالرجوع الى البيت الزوجية التي زفت فيه ،ورفض الطلبات الأخرى اعتمادا على عجز الزوج وعدم قدرته على تلبية رغبتها طبقوا احكام الشريعة الإسلامية تطبيقا صحيحا.[2]

وفي هذا الصدد نميل إلى الرأي الذي يوجب مراعاة حالة الزوج عموما، غير أنه متى اشترطت الزوجة شرط السكن المنفرد ووافق عليه ابتداءا، ألزم به بغض النظر عن أي اعتبار أن موافقته دليل على قدرته على توفيره مسكن وإلا لما وافق.

لكن ما سارت عليه المحكمة العليا في آخر قرارتها بتاريخ 1997/05/13" من المقرر شرعا انه يحق للزوجة أن تطلب سكنا منفردا عن أهل الزوج...ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما حكموا –في قضية الحال –بعدم إمكانية تلبية طلب الزوجة في الانفراد بالسكن عن عائلة زوجها الذي يعتبر بمثابة حق لها فإنهم خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية وعرضوا قرارهم للنقض –ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار".[3]

وزيادة على تأكيد القضاء الجزائري على أحقية الزوجة في الاستقلال عن أهل الزوج نجده يؤكد من ناحية أخرى على الاستقلال عن الضرة إذ جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا "حيث أنه

---

[1] – المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1985/11/14، ملف رقم 38331، المجلة القضائية ،1989عدد1، ص 101

[2] – المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1987/02/23، ملف رقم 44994، المجلة القضائية ،1989عدد3، ص 58

[3] – المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1997/05/13، ملف رقم 44994، عدد2، ص 100

لا مجال لإجبار الزوجة على العودة إلى السكن الذي يسكنه، وخاصة مع الضرة، ولو لم يثبت الضرر لها بمشاجرة ونحوها.

وحيث أن الطاعن ينادي بإرجاع المطعون ضدها في سكن تجمعها مع ضرتها هو أمر رفضته هذه، ومع هذا الاختلاف فلا سبيل للحل سوى ما سلكه القرار المطعون فيه، فإسكان الزوجة منفردة واجب لها كوجوب النفقة".[1]

وفي الأخير نخلص إلى القول إن القانون الجزائري يعتبر أن شرط السكن المنفرد شرط صحيح وواجب الوفاء به، وكذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي أكد أحقية المرأة ة في السكن المنفرد بغض النظر عن اشترا طه أو عدم اشتراطه، إذ يؤكد أحقية المرأة فيه حتى ولو سكنت مع أهله ابتداءا، ثم تضررت وطالبت الانفراد أو الاستقلال بسكن عنهم.

الفرع الثالث: اشتراط الزوجة على زوجها دفع راتب شهري إذا طلقها

إن من أهم الآثار القانونية الناجمة عن فك الرابطة الزوجية التعويض في حالة الطلاق التعسفي، ويشمل هذا التعويض نفقة العدة ونفقة الإهمال ونفقة المتعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل هذه التعويضات.

ويجب أن يراعى في التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا ارتفاع الأسعار وتغييرها، وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع. ومن هنا، فإن مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي الوارد في المادة 52 يعتبر وسيلة ناجحة للحد من الطلاق، ومن شأنه تحسين المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة وإقرار التوازن في الحقوق والواجبات الزوجية.[2]

[1] – المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1986/01/13، ملف رقم 39390، غير منشور، أشار اليه العربي بلحاج، مرجع سابق، ص53

[2] – بلحاج العربي: مرجع السابق، ص363.

إن سبب التعويض عن الطلاق التعسفي هو تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، فإذا اجتمع هذا العنصر مع الضرر الذي لحق بالزوجة المطلقة سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً، فإنه يجوز للمطلقة أن تطلب من المحكمة أن تقضي لها بتعويض مالي لجبر الضرر اللاحق بها.[1]

وإذا كان مبدأ تعويض الزوجة عن الضر اللاحق بها ثابت في نظر قانون الأسرة الجزائري، فإن السؤال المطروح هنا: هو هل يجوز للزوجة أن تشترط في عقد الزواج دفع راتب شهري لمدة سنة أو أكثر على سبيل التعويض، إذا طلقها زوجها بغير سبب ضماناً لحقوقها؟

لقد اختلفت آراء الفقهاء حول حكم هذا الشرط على قولين:

القول الأول: يرى أصحاب هذا الرأي بأن الزوج لا يكون مسؤولاً عن تعويض زوجته عن الطلاق، ولا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق تحت طائلة الضمان أو التعويض؛ لأن ذلك يؤدي إلى حرمان الزوج من استعمال حقه في الطلاق، وهو حق متصل بنظام الأسرة ويعتبر من النظام العام.

القول الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي بأن الزوج مسؤول عن تعويض زوجته إذا طلقها بغير سبب، وخاصة إذا وافق على هذا الشرط في عقد الزواج. وتأييداً لهذا الرأي فقد أقرت محكمة النقض المصرية في حكم لها، بأنه إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها، فإن هذا التعهد ليس فيه مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ولا قواعد النظام العام. وأقرت أيضاً بأنه ينتفي على الزوج واجب الالتزام بهذا الشرط إذا كان قد طلق زوجته بناء على سبب منها.[2]

وفي الحقيقة، فإن اشتراط الزوجة على زوجها دفع راتب شهري على سبيل التعويض إذا طلقها تعسفياً، هو شرط صحيح وموافق لمقتضى نص المادة 52 من قانون الأسرة، فالغرض من هذا الشرط هو ضمان حق المرأة في التعويض

وتزداد أهمية هذا الشرط في حالات كثيرة، كما هو الشأن بالنسبة للمرأة المطلقة التي كثيراً ما تكون قد تجاوزت السن الذي تطلب فيه للزواج، وقد تترك بدون عائل ينفق عليها، وقد لا يكون متاحاً لها المكوث في بيت أهلها، أو عند زوجة الأخ أو الأخت.[3]

---

[1] - عبد العزيز سعد: مرجع السابق، ص306.

[2] – رشدي شحاتة: مرجع السابق، ص 361،362.

[3] – نشوة العلواني: مرجع السابق، ص122.

المطلب الثاني: الزواج المشروط بشروط غير مالية:

أجاز قانون الأسـرة للزوجين حق الإشتراط في عقد الزواج وأشـار بعد التعـديل إلى نوعين من الشروط على سبيل المثال نظرا لما لـها من أهمـية لدى الأسرة المعاصـرة، وعليه سنعـالج هذه الشروط المستـحدثة على التوالي، إذ سنتناول شرط عدم تعدد الزوجات (فرع أول) ثم شرط عمل المرأة وتعليمها أي شرط مواصلة الدراسة (فرع ثان).

الفرع الأول شروط عدم تعدد الزوجات:

إن الحديث عن شرط عدم تعدد الزوجات والتفصيل فيه، يقتضي منا تبيان موقف الفـقه الإسلامي والقـانون والقضاء من نظـام تعدد الزوجات، وعلى هـذا الأسـاس سنتناول حق الزوج في تعدد الزوجات أولا ثم نبين حق الزوجة في اشتراط أن تكون وحيدة

أولا: حق الزوج في تعدد الزوجات

يعد نظام تعدد الزوجات من الأنظـمة الضاربة بجذورها عبر التاريخ، فهو ليس وليد الإسلام كما يعتقد البعض، إلاّ أنه نظرا لما في التعدد من مزايا وحكم تناسب فطـرة الإنسـان أبقى عليه الإسلام ولم يقم بإلغائه كما فعل مع عادة أخرى سيئة كشرب الخمر، وأكـل الخنزير التي كانت سائدة من قبل.[1]

ويراد بتعدد الزوجات أن يتزوج الرجل أكثر من إمرأة جامعا بينهن على ألا يزيـد عددهن عن الأربعة، أو أن يتــزوج أكثر من امـــرأة رجل واحد مجتمـــعات على ألاّ يـــزيد عددهـن على أربعة[2]

01/ الموقف الفقهي

إنقسمت آراء الفقهاء سواء القدامى، أو المحدثين بشأن تعدد الزوجات إلى ثلاثة اتجاهات:

أ/ الاتجاه المانع لتعدد الزوجات:

[1] – لعريبي ايمان: الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق،2015/2014، ص 116

[2] – لعريبي ايمان: المرجع نفسه، ص117

إتجه إليه الفقهاء المحدثين ، و رأوا رأيا مغايرا تماما للفقهاء القدامى ، إذ ذهبوا إلى القول بعدم إباحة التعدد و من ثم ضرورة منعه و هذا لأنهم تناولوا ظاهر الآيات القرآنية التي وردت بشأن التعدد ، دون التعمق في فهمها إذ يرون أن القرآن الكريم منع تعدد الزوجات في الآيتين يقول عز و جل :(وان خفتم الا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع فإن خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم ذلك ادنى الا تعولوا لم تستطيعوا فواحدة)[1] فهذه الآية تبيح التعدد شريطة العدل بين الزوجات في حين تقرر الآية الثانية (و لن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء و لو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصحوا وتتقوا فإن الله كان غفورا رحيما)[2] ، كما يزعمون أن العدل بين الزوجات مستحيل و على هذا الاعتبار فإن التعدد مشروط بأمر مستحيل القيام به ، و بالتالي فهو ممنوع[3]، ومن بين المؤيدين لهذا الطاهر بن عاشور الذي أكد أن المقصود بالعدل الوارد في الآية يشمل العدل في الإنفاق و ميل القلب و المعاشرة ، و من ثم فهو يرفض تعدد الزوجات ، و يرى أنه ليس أمرا مرغوبا فيه ، أو مدعوا إليه خلاف الأصل في الزوجية الذي يقتضي أن يتزوج الرجل بواحدة يكون بها كما تكون به زوجا ، و من ثمة يقول " ليس لي أن اقول بتعدد الزوجات في الإسلام لأنني لم أرى للإسلام أثر فيه ، و إنما هو سيئة من سيئات الجاهلية الأولى التي جاهدها الإسلام .."[4] ، وهذا لأن للتعدد مساوئ عديدة إضافة إلى قاسم أمين الذي يرى أن تعدد الزوجات إحتقار شديد للمرأة ، فلا نجد إمرأة ترضى أن تشاركها في زوجها إمرأة أخرى .

ب/ الاتجاه المقيد لتعدد الزوجات:

يرى هذا الاتجاه أن التعدد مباح، إلاّ أن الأصل الطبيعي في الزوجية الوحدة ولا يلجأ إلى تعدد الزوجات إلاّ لضرورة ملجئة بمعنى ما هو استثناء من الأصل إذ جاء في تفسير المنار ما يلي: " إن من تأمل الآيتين، يجد أن إباحة تعدد الزوجات في الإسلام أمر مضيق أشد التضييق كانه ضرورة من الضرورات التي تباح لمحتاجها بشرط الثقة بإقامة العدل والأمن من الجور وإذا

[1] – سورة النساء، الآية الثالثة

[2] – سورة النساء، الآية 129

[3] – محمد مسفر الزهراني: تعدد الزوجات في الإسلام، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السعودية، ص 230

[4] – الطاهر حداد: امراتنا في الشريعة والمجتمع، موفم للنشر، تونس،1992، ص 138

تأمل المتأمل مع هذا التضييق ما يترتب على التعدد في هذا الزمان من المفاسد جزم بأنه لا يمكن لأحد أن يربي أمه فشا فيها تعدد الزوجات ..."[1]

وكان الإمام محمد عبده ممن يرون عدم إباحة التعدد إلاّ إذا توفر شرط العدل والقدرة على الإنفاق، فإذا كان العدل غير مستطاع فلا يجوز، إذ يقول يجوز إبطال تلك الإباحة لسببين:

- ويتمثل في كون شرط التعدد هو التحقق من العدل، وهذا الشرط مفقود حتما، فإن وجد في واحد من المليون فلا يصح أن يتخذ قاعدة، ومتى غلب الفساد على النفوس وصار من المرجح ألا يعدل الرجال في زوجاتهم جاز للحاكم أن يمنع التعدد مطلقا مراعاة للأغلب
- إذا غلبت سوء معاملة الرجال لزوجاتهم عند التعدد وحرمانهن من حقوقهن في النفقة والراحة.

ج/ تعدد الزوجات مباح مطلقا:

تبنى هذا الرأي الفقهاء القدامى، الذين ذهبوا إلى إباحة التعدد على إطلاقه، وهذا باعتمادهم على أدلة من القرآن: الآية 3 والآية 129 من سورة النساء، ومن هذه الآيات استخلصوا الشروط الشرعية لإباحة التعدد:

- أن يكون العدد مقصور على أربع زوجات
- العدل بين الزوجات
- القدرة على الإنفاق

02/ موقف القانون الجزائري:

أما المشرع الجزائري فأباح تعدد الزوجات كحالة استثنائية يسمح بها عند الضرورة، وعلى هذا الأساس قام بتنظيمه وضبطه بجملة من القيود:

وباستقراء الفقرة الأولى من المادة 8[2] من قانون الأسرة نجد أن المشرع جاء بالمبدأ العام وأقر بجوازيه تعدد الزوجات كمبدأ شرعي وقانوني واشترط نفس الشروط الشرعية التي أقرتها الشريعة

[1] – محمد رضا رشيد: نفير المنار، دار الكتب العلمية، الجزء الاول، الطبعة الاولى، لبنان، 1999، ص 285

[2] – تنص الفقرة 1من المادة 8 من قانون الاسرة " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية "

الإسلامية بموجب نصوصها الشرعية أي أن يكون العدد مقصورا على أربع زوجات، مع ضرورة توفر شرطا العدل والقدرة على الإنفاق، وأضاف إليها قيود أخرى [1]

لكننا نرى أن انصراف المشرع في هذا الإصلاح يصب في عدم التمييز بين الزوجات عموما وعلى هذا الأساس كان على المشرع الجزائري الاكتفاء بعبارة العدل مادام أن التحقق منه مستطاع لاقتصاره على الجانب المادي.

وبالرجوع إلى إحدى قرارات المحكمة العليا بتاريخ 2009/02/11 جاء فيه (يعد الهجر في المضجع في حالة تعدد الزوجات دليلا على انعدام نية العدل، يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق)[2]

الجزاء المترتب على مخالفة قيود التعدد:

1/ التطليق:

نص المشرع الجزائري على انه في حالة مخالفة الشروط الواردة في نص المادة 8 الخاصة بالتعدد، وكان ذلك بعد الدخول جاز طلب التطليق استنادا لأحكام الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة، إذ جاء في احدى قرارات المحكمة العليا: " من المقرر أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ولا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات، أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية "[3].

وهو الاجتهاد القضائي الذي أكدته المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 2006/07/12، من أن عدم العدل بين الزوجة وضرتها يبرز حق طلب التطليق[4].

2/ التعويض:

بالنظر إلى أن زواج الزوج بامرأة ثانية من شأنه أن يحدث أضرار جمة للزوجتين، ومراعاة المشرع الجزائري لهذا الوضع، ولجبر هذه الأضرار أقر التعـــويض إضافة إلى حق طلب التطليـق.

---

[1] – شروط أخرى (نية العدل والمبرر الشرعي والترخيص القضائي وإخبار الزوجة السابقة واللاحقة)

[2] – المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم 480240، العدد1، 2009، ص 279

[3] – المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1991/02/20، المجلة القضائية 1993، العدد 3، ص 98

[4] – المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم ،356997، مجلة المحكمة العليا ،2006، العدد2، ص441

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 05 ماي 1986 " من أن الزوج لم يقم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإن الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجات طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية "[1].

ثانيا: حق الزوجة في اشتراط أن تكون الزوجة الوحيدة

استحدث القانون الجزائري شرط عدم تعدد الزوجات كإحدى الأمثلة على الشروط الصحيحة الجائز اشتراطها في عقد الزواج، والمعتبرة من الناحية القانونية، وهذا تماشيا مع مذهب الحنابلة، يعتبر الشرط المانع للتعدد من بين القيود الواردة على مبدأ تعدد الزوجات، ويصنف هذا الشرط ضمن الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، والذي بموجبه تلزم الزوجة الزوج بعد إعادة الزواج عليها من إمرإة أخرى، وحتى نلم بهذا الشرط من جميع جوانبه، سنبين حكم الشرط المانع للتعدد في الفقه الإسلامي ثم موقف القانون منه.

1/ موقف الفقه الإسلامي من الشرط المانع للتعدد

يعد الشرط المانع للتعدد من اهم الشروط التي اشترطت حتى في الأزمنة السابقة، إذ أن زوجة الخليفة المنصور العباسي اشترطت عليه في عقد الزواج ألا يتزوج عليها، والتي كان فيها الإمام أبو حنيفة حكما بينهما، وقد انقسمت آراء الفقهاء المسلمين بشأنه إلى ثلاثة اتجاهات لكونها من أكثر الشروط التي كانت محل اختلاف بين الفقهاء:

الاتجاه الأول: عدم جواز اشتراط الشرط المانع للتعدد

تبنى هذا الرأي جمهور الفقهاء (الأحناف، الشافعية، المالكية) والذين يرون أن هذا الشرط من الشروط التي لا يجوز اشتراطها ولا الوفاء بها، إلا أنه لا تأثير له على صحة العقد في حال اشتراطه، إذ يبطل الشرط فقط، ويبقى العقد صحيحا

[1] – **المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1986/05/05، ملف رقم 414445، غير منشور أشار اليه العربي بلحاج، المرجع سابق، ص 195**

الاتجاه الثاني: الشرط المانع للتعدد شرط باطل مبطل للعقد

تبنى هذا الرأي الظاهرية، والذين يرون أن شرط الزوجة في ألا يتزوج زوجها عليها من الشروط التي لم يرد دليل على جوازها في الكتاب أو السنة أو الإجماع ولأنه يخالف ما أقره الشارع بأن التعدد مباح في القرآن العظيم، وعلى هذا الأساس لا يجوز للمرأة اشتراطه باعتباره شرط باطل يؤدي إلى بطلان العقد ككل، إذ ما بني على باطل فهو باطل.

الاتجاه الثالث: جواز اشتراط الشرط المانع للتعدد

تبنى هذا الرأي كل من الإباضية والحنابلة والذين يرون أن هذا الشرط الذي لا يقتصيه عقد الزواج ولا ينافيه، من الشروط الجائز اشتراطها، إذ إنه شرط صحيح، ومن ثم يلزم الوفاء به، ومتى أخل الزوج بالوفاء به كان للزوجة الأولى فسخ عقد الزواج، أما العقد الثاني فيكون صحيح إلا إذا أسقطته الزوجة أو رضيت بمخالفته.

رأي الفقهاء المعاصرين:

يذهب الفقهاء المعاصرين أمثال الدكتور محمد بن مسفر الزهراني والدكتورة سعاد ابراهيم صالح والدكتور عبد الكريم زيدان إلى جواز اشتراط الزوجة شرط عدم الزواج عليها، إذ يقول عبد الكريم زيدان في هذا الصدد: " إذا كانت المرأة تخشى التعدد فلها أن تحتاط لنفسها بأن تشترط في عقد الزواج ألا يتزوج عليها زوجها، ...وربما تفضل المرأة المشترطة لهذا الشرط البقاء زوجة بالرغم من زواجه عليها امرأة أخرى لأنها ترى أن من مصلحتها عدم استعمال حقها بموجب هذا الشرط.[1]

2/موقف القانون الجزائري:

إذا كان المشرع الجزائري اقر بحق الاشتراط من قانون 11/84إلا انه مراعاة منه على ان هذه المادة شبه معطلة عمليا، ارتأى ادخال تعديلات عليها، اذ جاءت المادة المعدلة بموجب الامر 02/05عامة في الشروط ومخصصة لهذا العموم بتحديد على وجه الخصوص احقية المرأة في اشتراط على زوجها الا يتزوج عليها وهذا ما جعل المشرع الجزائري محل انتقاد خاصة قبل التعديل من قبل بعض رجال القانون على أساس ان تضمين عقد الزواج بالشرط المانع للتعدد خرق لأحكام

[1] – عبد الكريم زيدان: مرجع سابق، 292

الشريعة الإسلامية في حين ان الأغلبية الأخرى يرون انه لاوجود لأدنى تناقض يمكن الوقوف عليه[1]،وذلك لان هذا التعارض ظاهري فقط لان كلمة يسمح يعني انه مباح وليس واجب يقابله حق من الحقوق وبالتالي يمكن الاتفاق على مخالفته .

الفرع الثاني شرط عمل المرأة:

يعد عمل المرأة من أكثر المواضيع اثارة للجدل باستمرار في المجتمع، فمنهم من يؤيد عمل المرأة باعتبار ان هذه الشريحة تشكل ما يقارب نصف المجتمع، وبالتالي من شانها المساهمة في تطويره ومنهم من يعارضه لإستصعابه لإمكانية الزوجة الجمع بين مسؤوليتين[2].

والمقصود بعمل المرأة في هذا المقام انه يجوز للمرأة اثناء عقد زواجها ان تشترط على زوجها الا يمنعها من العمل متى ارادت البحث عن وظيفة بعد الزواج مستقبلا في حالة ما إذا تزوجته في مرحلة التحصيل العلمي الجامعي، وكذلك الا يوقفها عن العمل إذا كانت تعمل أصلا قبل زواجها

ويعد هذا الشرط من الشروط المستحدثة في النص على سبيل المثال وليس الحصر[3]، ويشترط تدوين هذا الشرط في عقد الزواج حتى يسهل الرجوع اليه في حالة النزاع.

01/موقف الفقه:

أجازت الشريعة الإسلامية عمل المرأة إذا دعتها ضرورة لذلك، بشرط أن تختار عملاً يناسب طبيعتها كأنثى طالما كان هذا العمل مشروعاً وغير مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية.

واستدل العلماء على أحقية المرأة في العمل بآيات من القرءآن، منها قوله تعالى: " ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض، للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن وسئلوا الله من فضله إن الله كان بكل شيء عليما "[4]. وقوله تعالى: " من عمل صالحاً من ذكر أو أنثى وهو مومن فلنحيينه حياة طيبة ولنجزينهم أجرهم بأحسن ما كانوا يعملون "[5].

---

[1] – العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 37

[2] – لعريبي ايمان: مرجع سابق، ص 136

[3] – الرشيد بن الشويخ: مرجع سابق، ص 128

[4] – سورة النساء، الآية 32

[5] – سورة النحل، الآية 97

02/موقف القانون الجزائري:

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط بموجب نص المادة 19 من قانون الأسرة، واعتبرت المادة 67 من نفس القانون على أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وهذه دلالة واضحة من المشرع في التأكيد على أحقية المرأة في العمل.[1]بهذا نرى أن المشرع قد سار على منحى الحنابلة واجاز عمل المرأة كأصل عام بدليل انه اعترف بعمل المرأة ضمن نصوص قانون الاسرة في المادتين(19و 67).

الفرع الثالث شرط إكمال دراسة المرأة:

والمقصود بشرط اكمال الدراسة المقترن بعقد الزواج هو اشتراط الزوجة على زوجها الالتحاق بالتعليم بعد الزواج أو ألا يوقفها منه إن كانت تدرس من قبل، على أن يتم تضمين العقد بهذه الشروط حتى يسهل الاحتجاج به.

موقف الفقه والقانون:

لقد حثت شريعة الإسلام على طلب العلم ورغبت فيه للرجال والنساء على حد السواء، فطلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة. ثم إن المرأة تشكل نصف المجتمع فإذا حرمناها من حقها في التعليم فهذا يعني أن الزوجة الجاهلة ستنجب لنا أبناء جاهلين، في حين أن الأمة الإسلامية بحاجة إلى زوجات وأمهات متعلمات عساهن ينجحن في إمداد الأمة بذرية صالحة متعلمة تسهم في بناء صرح هذه الأمة ونهضتها.

ولذلك كان من حق المرأة إكمال دراستها واشتراط ذلك في عقد الزواج، فطلب العلم لا يتعارض مع كونها زوجة، بل إننا نلحظ في واقعنا المعاش زيجات كثيرة لنساء يزاولن تعليمهن الجامعي وفي الوقت نفسه هن أرباب بيوت ناجحات.

ويعتبر اشتراط الزوجة على زوجها في العقد أن يكون لها الحق في إكمال الدراسة بمعهد أو جامعة أو ما شابه ذلك، من الشروط التي لا تتناقض مع مقتضى عقد الزواج ولا تخل بالمقصود منه، والتي سكت عنها الشارع بحيث لم يرد بشأنها أمر أو نهي ولكنها تحقق منفعة لكلا الزوجين

[1] - مسعودي يوسف: مرجع سابق، ص 129

أو أحدهما، وهو شرط صحيح عند فقهاء الحنابلة، إذ الأصل عندهم الإباحة ما لم يرد الدليل الشرعي على التحريم أو المنع، ولكن يجب التأكيد على ألا يكون استعمال الزوجة لهذا الشرط مشوب بإساءة استعمال الحق أو منافاة مصلحة الأسرة[1]،واعتبرت دار الإفتاء المصرية في الفتوى التي أصدرتها بتاريخ 1981/11/12 في الطلب رقم 369 لسنة 1981، بأن الزوج لا يلزم بالوفاء بالشرط الذي شرطته عليه زوجته في عقد الزواج بالسماح لها بإتمام دراستها الجامعية استنادا إلى قول جمهور الفقهاء، وإن كان يلزم الوفاء به في مذهب الإمام أحمد بن حنبل.[2]

[1] – مسعودي يوسف: مرجع سابق، ص 129

[2] – مسعودي يوسف: المرجع نفسه ،ص نفسها

الخـــاتـــمة

الخاتمة :

من خلال مسار البحث الذي قمنا به أمكننا التوصل الى:

أولا: النتائج:

1- إن الزواج المشروط هو الحل لكلا الطرفين من اجل الوصول الى حلول قد تكون بعد انعقاد الزواج بفترة من الزمن.

2- إن عقد الزواج المشروط هو الوعاء الذي يسع شروط الزوج والزوجة معا وذلك بالتقاء ارادتهما المشتركة.

3- إن عقد الزواج المشروط هو عقد زواج تضمن في طياته شرط معين من طرف أحد العاقدين او كلاهما يرى او يريان فيه مصلحة، او للحفاظ على حقوق خاصة

4- ما يلاحظ في الزواج المشروط ان اغلب الشروط التي تدرج في العقد وخاصة في وقتنا الحالي تأتي من الزوجة أما الزوج فيكتفي بالقبول فقط أثناء الانعقاد والتنفيذ اثناء سيران عقد الزواج.

5- حق الإشتراط ليس فقط في عقد الزواج إنما حتى في عقد رسمي لاحق أثناء قيام الزوجية.

6- يعد شرط السكن المنفرد، وإن لم يدرجه قانون الأسرة صراحة في المادة 19 من أكثر الشروط المدرجة في عقود الزواج في المجتمع الجزائري الذي أكد عليها الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا باعتباره حقا خالصا مقررا في الفقه الإسلامي.

7- ان الشروط التي يقتضيها العقد بحيث تعتبر حكما من احكامه، وأثرا من اثاره هي من الشروط المتفق على اعتبارها كاشتراط الزوجة على زوجها ان ينفق عليها، او يكسوها.

8- ان انشاء الشروط في عقد الزواج يكون بإرادة العاقدين واختيارهما اما ترتيب الاحكام فهو من عمل الشارع سوآءا في نظر الشريعة الإسلامية أو القانون الجزائري.

9- اختلفت نظرة الفقهاء للشروط المدرجة في عقد الزواج بين موسع مضيق لها، فهناك من لم يعتبر الشروط الا التي نص عليها الشرع وهو مذهب الجمهور، وهناك من وسع من دائرة هذه الشروط واعتبرها صحيحة الا ما منعه الشرع الحكيم وذلك كان مذهب الحنابلة، وبهذا ذهب الفقهاء الى اتجاهين في ان الأصل في الشرو ط الحظر او الاباحة، والراي الراجح كان راي الحنابلة لقوة الأدلة التي استدلوا بها.

10- أكد المشرع الجزائري على حرية الاشتراط في عقد الزواج من خلال نص المادة 19من قانون الاسرة، كما وضح مثالين من الشروط يمكن اشتراطهما تندرج تحت الشروط التي فيها مصلحة للزوجة وهما شرط عدم التعدد وشرط العمل.

11- إن الشروط في عقد الزواج هي أحق بالوفاء من غيرها لتعلقها برباط مقدس، ما كان للزوجة ان ترتبط به لولا قبول الزوج بهذا الشرط، ولهذا يجب الوفاء بهذه الشروط والا اعتبر عدم الوفاء تغريرا وتدليسا، ولا فرق بين ان تقوم الزوجة بالاشتراط او يقوم الزوج بذلك.

12- إن الخلاف الحقيقي القائم بين الفقهاء حول حكم الشروط المقترنة بعقد الزواج يكمن في ثبوت خيار فسخ عقد الزواج للمشترط إذا أخل المتعاقد الآخر بالشرط أو عدم ثبوت ذلك، ولقد منح الحنابلة هذا الحق للزوجة في حالة عدم وفاء الزوج بالشرط ومع ذلك فيجب ألا يتساهل القاضي في ترتيب فسخ عقد الزواج، ولا يلجأ إليه إلا إذا كانت هناك أسباب جدية وعلى درجة كبيرة من الأهمية، لم يكن للزوجة أن ترضى بإبرام عقد الزواج إذا لم يوفِ بها الزوج، فالزواج رباط مقدس وميثاق غليظ ولا يكون من الحكمة التساهل في فسخه بشروط متفاوتة وغير منضبطة، وإنما الحكمة تكون في الإبقاء على العقد قائماً وصحيحاً كلما كان ذلك ممكناً.

ثانيا: الاقتراحات:

1-على المشرع الجزائري أن يضبط نص المادة 32 من قانون الأسرة حتى يرفع عنها كل لبس يؤدي بالقول إلى وجود تناقض بينها وبين المادة 35 من قانون الأسرة، ونقترح أن تكون صياغة المادة 32 على النحو التالي: "يبطل الزواج إذا اقترن بمانع أو شرط ينافي أصل أو جوهر العقد"، مع الإبقاء على نص المادة 35 على حاله.

2- يجب إنشاء محاكم خاصة بالأسرة أو تخصيص قضاء شرعي، تسهيلاً لعمل القضاة في مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج، وتقدير مدى شرعية الشروط نظراً لتشعب الخلاف الفقهي في هذا الموضوع.

3-ضرورة توعية الشباب من كلا الجنسين، خاصة المرأة على ان لها الحق في الاشتراط في عقد الزواج بما يضمن مستقبلها وراحتها ويجب ان تقوم المؤسسات الرسمية والغير رسمية بهذا العمل

4-على مستوى الهيئات الإقليمية وخاصة البلديات كونها مكان انشاء عقد الزواج، حبذا لوانها تعتمد على دفتر شروط يطلع عليه الزوجان قبل اجراء العقد ويتولى ضابط الحالة المدنية شرح هذه الشروط وتوضيحها لهم وما عليهم الا التوقيع على كل شرط يتفقان عليه.

في الختام نأمل اننا قد وفقنا ولو بقدر من الإحاطة بجوانب الموضوع الذي كان إضافة الى جهودا كثيرا سبقت، فما كان من توفيق الا بفضل الله

المصادر والمراجع

-القرآن الكريـــم.

أولاً/ قائمة المصادر:

أ-تفاسير القرآن الكريم:

1-ابن كثير، (عماد الدين ابي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير البصروي الدمشقي) تفسير القران العظيم، م ج5، ط1، دار صادر، لبنان، 1999

ب-الحديث الشريف وعلومه:

1-الامام مسلم، صحيح مسلم مع الشرح النووي، دار احياء التراث العربي، لبنان،1929

2-البخاري (أبو عبد الله بن إسماعيل)، الجامع المسند الصحيح المختصر، المشهور بصحيح البخاري، ط1، المطبعة السلفية، مصر،1979

3-محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج1، شركة الشهاب، الجزائر، بدون سنة.

4-الترميذي (ابي عيسى محمد بن عيسى بن سورة)، الجامع الصحيح سنن الترميذي ت ح محمد فؤاد عبد الباقي ج3، دار الكتب العلمية، لبنان، دون سنة

ج-قواميس ومعاجم:

1-الفيروزي أبادي، القاموس المحيط، ط5، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1996

2-ابن منظور (ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم)، لسان العرب، م ج7، دار المعارف، مصر، دون سنة

3-محمد عبد الله قاسم، المعتمد، دار صادر، لبنان، 2000.

د-النصوص والقوانين:

1-أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

2-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 02/27/ 2005.

3-أمر رقم 70-20 مؤرخ في 1970/02/15 يتعلق بالحالة المدنية.

ثانيا/ قائمة المراجع:

أ/الكتب:

1- ابن تيمية (احمد)، مجموع فتاوى ابن تيمية شيخ الإسلام، ت ح عبد الرحمان بن محمد قاسم، م ج32، مكتبة المعارف، المغرب، دون سنة

2- احمد شامي، قانون الاسرة الجزائري (طبقا لأحدث التعديلات)، دار الجامعة الجديدة، مصر ،2010

3- احمد فراج حسين، احكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار، الجامعة الجديدة للنشر، مصر ،2004

4- احمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر ،2009

5- إسماعيل أبا بكر علي البامري، احكام الاسرة (الزواج والطلاق)، بين الحنفية والشافعية، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009

6- الرشيد بن الشويخ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008

7- سرين شريقي، كمال بفرورة، قانون الاسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013

8- صلاح غانم السدلان، الشروط في النكاح، ط2، دار معاذ للنشر والتوزيع، السعودية، 1998

9- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998

10- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 1996

11- على محمد على قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005

12- علي محي الدين، مبدا الرضا في العقود، ج2، ط2، دار البشائر الإسلامية، لبنان، بدون سنة

13- عمر سليمان الأشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997

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

15- الغوثي بن ملحة، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، دوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998

16- كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 1983

17- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي للطباعة للنشر، مصر، دون سنة

18- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 1996

19- محمد احمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998

20- محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984

21- محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.

22- محمد خضر قادر، دور الإرادة في احكام الزواج والطلاق والوصية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2010

23- محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

24- محمد علوشيش، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الإسلامية فيها، ط1، دار الامة للطباعة والترجمة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1997

25- محمد كمال الدين امام، الزواج في الفقه الإسلامي، (دراسة تشريعية وفقهية)، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 1998

26- محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ج2، مؤسسة الرسالة، لبنان،1994.

27- محمود على السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، ط1، دار الفكر، الأردن، 2008

28- محمود عبد الرحيم الديب، بدأ سريان الالتزام المشروط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999.

29- مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط2، دار القلم، سوريا، 2004

30- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ط4، دار الفكر، سوريا، بدون سنة

31- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، الجزائر، 2005.

32- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2004.

33- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، دار الفكر، الجزائر، 1986.

34- زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، مصر، 1968.

35- رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001.

36- حداد الطاهر، امرأتنا في الشريعة والمجتمع، موفم للنشر، تونس،1992.

37- زيدان عبد الكريم المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط3، ج 6، ج 7، السعودية، 1999

38- الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج1، ط2، لا توجد دار نشر ولا بلد النشر،1997

39- محمد شتا أبو سعد، احكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2000

40- عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط2، السعودية، 1991

41- صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997

ب-الرسائل العلمية:

1- عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، (مذكرة ماجستير)، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية قسم الشريعة، جامعة العقيد لخضر، باتنة، السنة الجامعية، 2004/2003.

2-لعريبي ايمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، (مذكرة ماجستير)، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق،2015/2014

3- سعيد فكرة، الشرط عند الأصوليين، (رسالة دكتوراه)، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، معهد الشريعة، قسنطينة، السنة الجامعية 1997/1996.

4-سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية)، (مذكرة ماجستير)، جامعة السانيا وهران ،2012/2011

5- يوسف مسعودي، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، (رسالة ماجستير)، المركز الجامعي بشار، 2007/2006

6-لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، (مذكرة ماجستير)، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 1996/1995.

7-طرشي سمية، الشروط في عقد الزواج –الاحكام والاثار–، (مذكرة ماستر)، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014

ج-المقالات:

1- سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الازهر، سلسلة العلوم الإنسانية، العدد 2، غزة ،2008

2- هجيره دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1994، العدد 01.

3- كمال لدرع، نظرة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2001، العدد 01.

4- نور الدين عباسي، إتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، 1995، العدد 04.
5- فاروق أبو سراج الذهب، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، الجزائر، 2004، العدد 08

د-المجلات القضائية

1- نشرة القضاة لسنة 1972، العدد الثاني.
2- المجلة القضائية لسنة 1986، العدد الرابع.
3- المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول والعدد الرابع.
4- المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الرابع.
5- المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول والعدد الثاني.
6- المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الثاني.
7- المجلة القضائية 1993، العدد الثالث والرابع.
8- المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الأول.
9- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصنة، عدد خاص، 2001
10- المجلة القضائية 2003 لسنة، العدد الأول والثاني.
11- المجلة القضائية 2006، العدد الأول والثاني.
12- المجلة القضائية لسنة 2009، العدد الأول.
13- المجلة القضائية، 2009، عدد الأول.
14- المجلة القضائية لسنة 2012 العدد الثاني.

الفـــهـــــرس

الموضـــــــــــــوع	الصفحة
مـــقـدمة	أ-و
الفصل الأول: **حقيقة الشروط المقترنة بعقد الزواج**	7
المبحث الأول: مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج	10
المطلب الأول: تعريف الشرط ومدى اقترانه بالعقد	10
الفرع الأول: تعريف الشـــــرط	10
الفرع الثاني: معنى الشروط المقترنة بالعقد	12
الفرع الثالث: خصائص الشرط المقترن بالعقد	13
الفرع الرابع: مشروعية الشروط الواردة في العقد	14
المطلب الثاني: اقسام الشـــــــرط	15
الفرع الأول: اقسام الشرط من حيث المصدر	15
الفرع الثاني: اقسام الشرط من حيث الوظيفة	17
الفرع الثالث: اقسام الشرط من حيث الموضع	18
المبحث الثاني: أنواع الشروط وأهم القيود الواردة عليها	20
المطلب الأول: انواع الشروط المقترنة بعقد الزواج	21
الفرع الأول: الشروط الصحيحة	21
الفرع الثاني: الشروط غير الصحيحة	24
المطلب الثاني: أهم القيود الواردة على الاشتراط في عقد الزواج	25
الفرع الأول: مراعاة قواعد النظام العام والآداب العامة	25
الفرع الثاني: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة	28
الفرع الثالث: جدية المصلحة	31

الفصل الثاني: **آثار وصور للزواج المشروط في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري**	34
المبحث الأول: آثار الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	35
المطلب الأول: الشروط الصحيحة	35
الفرع الأول: موقف الفقهاء	35
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري	37
المطلب الثاني: الشروط الغير صحيحة	40
الفرع الأول: موقف الفقهاء	40
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري	43
المبحث الثاني: صور للزواج المشروط على ضوء الفقه والقانون الجزائري	45
المطلب الأول: الزواج المشروط بشروط مالية	44
الفرع الأول: الاشتراط حول الاموال المكتسبة بين الزوجين	44
الفرع الثاني: إشتراط الزوجة السكن المنفرد	47
الفرع الثالث: اشتراط الزوجة على زوجها دفع راتب شهري إذا طلقها	50
المطلب الثاني: الزواج المشروط بشروط غير مالية	52
الفرع الأول: شرط عدم التعدد	52
الفرع الثاني: شرط عمل المرأة	58
الفرع الثالث: شرط اكمال دراسة المرأة	59
خاتمة	61
المراجع	65
الفهرس	72