جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت

كلية الحقوق

قسم الحقوق

الشروط الجعلية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق_تخصص: قانون خاص

من إعداد الطالبتين:

رزيقي شيماء

ديداني إكرام

تحت إشراف الأستاذ:

ويسي عبد الحميد

لجنة المناقشة:

الرئيس	براهيمي آسية	أستاذ محاضر"ب"	عين تموشنت
المشرف	ويسي عبد الحميد	أستاذ محاضر"ب"	عين تموشنت
الممتحن	بوجاني عبد الحكيم	أستاذ محاضر"أ"	عين تموشنت

السنة الجامعية:2023/2022

شكر و تقدير

نشكر الله تعالى الذي بقدرته نعيش ونحيى والذي أنعم على عباده العلم وأوصى به.

نشكر أستاذنا الفاضل "**ويسي عبد الحميد**" الذي شجعنا في مشوارينا وساعدنا في إتمام مذكرتنا.

نتقدم بالشكر إلى من أعطانا يد المساعدة في انجاز هذا العمل

دون أن ننسى أعضاء لجة المناقشة الذي يشرفنا أن يقيموا عملنا المتواضع.

إهداء

أهدي نجاحي لهذا اليوم بعد مناقشة مشروع تخرجي إلى من مهدا لي طريق العلم، إلى النور الذي أنار دربي والسراج الذي لا ينطفئ نورهم في قلبي، إلى من تربيت على يديهم، إلى من علماني، إلى من لا ينفصلُ اسمي على اسمهم، إلى ابي وأمي أغلى الناس.

رزيقي شيماء

إهداء

أهدي تخرجي هذا إلى من علمني العطاء وإلى من أحمل اسمه بكل افتخار وأرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار "والدي العزيز" وإلى ملاكي في الحياة وإلى معنى الحب والحنان والتفاني وإلى بسمة الحياة وسر الوجود وإلى من كان دعائها سر نجاحي أغلى الحبايب " أمي الحبيبة " وإلى من له الفضل الكبير في تشجيعي وتحفيزي ومن منة تعلمت المثابرة والاجتهاد وإلى من بهم أكبر وعليهم أعتمد وإلى من بوجودهم أكتسب قوة ومحبة لا حدود لها وإلى من عرفت معهم معنى الحياة "إخوتي وأخواتي" وإلى من تحلوا بالإخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء وإلى من برفقتهم في دروب الحياة السعيدة والحزينة سرت وإلى من كانوا معي على طريق النجاح والخير "أصدقائي الأعزاء" بتوفيق من الله، وبدُعاء من الأم لم يبق سوى خطوات قليلة لإنهاء مسيرتي الدراسية، شكرًا لكل من مد لي يد العون أهدي تخرجي هذا لروحك الطيبة يا أبي واسأل الله التوفيق لي ولكم.

ديداني اكرام

قائمة أهم المختصرات

الرمز	الشرح
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.م.ج	قانون المدني الجزائري
ص	صفحة
ب.س	بدون سنة
ب.ط	بدون طبعة

مقدمة

مقدمة:

الزواج ميثاق غليظ ورباط مقدس و سنة من سنن المرسلين وقد أحاطه الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري بجملة من الأركان والشروط للحفاظ على قدسيته و استمراره من شروط شرعية وقانونية وجعلية.

قد أثار موضوع الاشتراط في عقد الزواج جدلا كبيرا في أوساط المجتمعات الإسلامية، باعتبار الشروط الجعلية الناجمة عن اختيار الطرفين أمرا غير أصلي في عقد الزواج وقد سلمت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري بمشروعية الاشتراط ولكن بقي الخلاف عند فقهاء الشريعة الإسلامية في الضوابط التي تحكمه بين مؤيد ومعارض، وكذلك فعل المشرع الجزائري حينما نص على عدم مخالفة الشروط لأحكام الأسرة. ويرى الفقه الإسلامي أن تكون الشروط متماشية ومقتضى عقد الزواج ، وإلا اعتبرت باطلة، بينما رتب لها قانون الأسرة الجزائري ثلاثة عقوبات : الفسخ أو التعويض أو الدفع بعدم التنفيذ.

كثيرا ما يحدث أن يشترط أحد الزوجين على الآخر شروطا يريد بها تحقيق منفعة لنفسه وحماية مصالحه أثناء سريان عقد الزواج ونفاذه، وهذا نظرا للحوادث التي يسيء فيها أحد الزوجين للآخر والتي تعتبر حافزا للتفكير في وضع الشروط فيقبل بها الطرف الآخر طواعية من غير إكراه. فهل كل الشروط التي يشترطها الزوجان ملزمة يجب الوفاء بها؟ وماهي آثار هذه الشروط على عقد الزواج؟ وماهي مقاصد الشريعة الإسلامية من الشرط في عقد الزواج؟ وما هي نظرة المشرع الجزائري لمسألة الاشتراط في عقد الزواج؟

لمحة تاريخية:

شروط الجعلية هي شروط وضعها الفقه الإسلامي وقانون الأسرة لصحة عقد الزواج، تعتبر الجعلية من أهم المبادئ التي يجب توافرها للزواج الشرعي والقانوني في العالم الإسلامي، هنا لمحة تاريخية حول تطور شروط الجعلية في عقد الزواج:

الفقه الإسلامي:

تاريخيًا، وضع الفقهاء العديد من الشروط لصحة عقد الزواج. في العصور الأولى للإسلام، لم يكن هناك متطلبات صارمة لصحة الزواج، وكانت الشروط المطلوبة تتعلق بوجود العقد وقبول الطرفين وشهود الزواج. ومع مرور الوقت وتطور الفقه الإسلامي، تم وضع شروط إضافية لصحة الزواج مثل:

القدرة على الزواج: يتطلب أن يكون الطرفان بلغوا سن البلوغ وأن يكونا عاقلين وقادرين على تحمل المسؤولية الزوجية.

عدم وجود موانع شرعية: يجب أن تكون هناك عدم وجود موانع شرعية مثل القرابة الحرام أو الزواج الثابت أو العدة العتيدة.

قانون الأسرة:

في العالم العربي والإسلامي الحديث، تم تبني قوانين الأسرة التي تضمن شروطًا إضافية لصحة الزواج. تختلف هذه الشروط من بلد إلى آخر، حيث تتأثر بالتطورات الاجتماعية والثقافية والقانونية في كل بلد.

أهمية الموضوع:

الشروط الجعلية في عقد الزواج تعتبر أحد الجوانب المهمة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، حيث تحدد الشروط والضوابط التي يجب توفرها لصحة عقد الزواج. تهدف هذه الشروط إلى حماية حقوق الأطراف المتعاقدة وتنظيم العلاقة الزوجية بطريقة تحقق المصلحة المشتركة بينهما.

العرف والشهود: يشترط أحيانًا أن تتوفر شهادة من العرف أو العادة المتبعة في المجتمع بشأن عقد الزواج، وقد يتطلب الأمر حضور شهود مسلمين يشهدون على إبرام العقد.

الكفاءة الشرعية: يجب أن تتوفر الكفاءة الشرعية لكل من الزوجين، وهي تشمل البلوغ والعقل السليم والقدرة على تحمل المسؤولية الزوجية.

المقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة في مسألة الاشتراط.

إبراز ثراء الفقه الإسلامي المنسجمة مع المصلحة و الحفاظ على الأسرة.

بيان تأثر قانون الأسرة الجزائري بالفقه الإسلامي.

إشكالية:

من هنا سنطرح اشكاليتنا:

فما نقصد بالشروط الجعلية ؟ و كيف تناولها الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ؟

الدراسات السابقة:

أغلب الدراسات السابقة التي تناولت موضوع الشروط الجعلية كانت مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة منها:

1.الشروط المقترنة بعقد الزواج، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2014/2013.

2.الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة بشار، 2007/2006.

الأهداف:

الشروط الجعلية في عقد الزواج تعتبر أحد الجوانب الهامة في الفقه الإسلامي والقانون الأسري. تهدف هذه الشروط إلى تحقيق المصلحة العامة وحماية حقوق الأطراف المتعاقدة في العقد، وتوفير الاستقرار والأمان للزواج.

في الفقه الإسلامي، توجد مجموعة من الشروط الجعلية المعتبرة أساسية لصحة عقد الزواج، وتشمل:

شروط الموافقة: يشترط في الزواج أن يكون هناك موافقة حرة وصحيحة من كلا الطرفين. يجب أن يكون الزواج نتيجة إرادة حرة ومبينة، ولا يجوز إجبار أحد الطرفين على الزواج.

الصعوبات:

الشروط الجعلية في عقد الزواج تشير إلى الشروط التي يتم وضعها من قبل الأطراف المتعاقدة في العقد لإكمال صحة الزواج. وتختلف هذه الشروط من فقه إلى آخر ومن قانون الأسرة إلى آخر حسب النظام القانوني الذي ينطبق في كل بلد أو نظام قانوني محدد..

من الناحية الفقهية، يختلف الفقهاء في الشروط الجعلية المقبولة في عقد الزواج. في بعض المذاهب الإسلامية، يعتبر الشروط الجعلية غير جائزة وغير صحيحة، وبمعنى آخر، يعتبرون أن الزواج صحيح دون وجود شروط إضافية. ولكن في بعض المذاهب الأخرى، يُسمح بوضع بعض الشروط الجعلية المحددة، مثل تحديد مهر معين أو طلب الزوجة ببعض الحقوق الخاصة.

أما من الناحية القانونية، فإن قوانين الأسرة تختلف من بلد إلى آخر. في بعض البلدان، يسمح بوضع الشروط الجعلية في عقد الزواج بشرط أن تكون هذه الشروط قانونية وليست مخالفة للقانون الوضعي

للبلد. يمكن أن تتضمن هذه الشروط مسائل مالية مثل المهر أو توزيع الممتلكات، أو قضايا أخرى مثل الحضانة وحقوق الأبوة.

ومع ذلك، يجب الانتباه إلى أن بعض الشروط الجعلية قد يتعارض مع الأحكام القانونية والأخلاقية في بعض الأحيان. قد يكون هناك حاجة لاستشارة محامٍ أو فقيه متخصص في القانون الأسرة لتقديم المشورة القانونية المناسبة في هذا الصدد، بناءً على التشريعات والنظام القانوني الساري المفعول في البلد المعني.

المنهج المتبع:

اتبعنا في مذكرتنا على منهجين، منهج المقارن بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، و منهج قائم على التفصيل في الدراسة و لتعرف على طبيعة كل جزء في المذكرة.

خطة البحث:

اعتمدنا في كتابتنا لهذه المذكرة خطة بحث مكونة من مقدمة و فصلين و لكل فصل مبحثين، أما الفصل الأول تناولنا فيه مفهوم الشروط الجعلية وحكمها في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، قسمناه إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم الشروط الجعلية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و خصائصها، و المبحث الثاني الحكم القانوني لعقد الاشتراط في عقد الزواج.

أما الفصل الثاني تناولنا دور الإرادة في الاشتراط في عقد الزواج ورقابة القاضي على هذه الشروط، بحيث قمنا بتقسيمه إلى مبحثين، في المبحث الأول قمنا بدراسة مبدأ سلطان الإرادة في الإشتراط في عقد الزواج ورقابة القاضي على هذه الشروط، أما المبحث الثاني تناولنا دور الاشتراط في حماية عقد الزواج فقها و قانونا و الجزاء المترتب عن الإخلال بالشرط.

الفصل الأول

مفهوم الشروط الجعلية وحكمها في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

قال تعالى: "ومن آياته إن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون".[1]

حيث أن الزواج ركن أساسي وأساس لتكوين الأجيال البشرية لبناء المجتمع، للفقه الإسلامي دور في تنظيم الشروط لإستمرار عقد الزواج من بينها الشروط الجعلية، فكل زوجين لهم حرية الإشتراط لحماية نفسه وتحقيق منفعة كلا الطرفين ولضمان حقوق كل طرف منهم يريد بها تحقيق منفعة لنفسه وحماية مصالحه أثناء سريان عقد الزواج، والتي تعتبر حافزا للتفكير في وضع الشروط فيقبل بها الطرف الآخر وهذا نظرا للحوادث التي يسيء فيها احد الزوجين للآخر، بقوله عليه الصلاة و السلام: "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج".

إلا إن الفقهاء اختلفا في أقوالهم، فمن الشروط ما أمر الله تعال يجب الوفاء به إتفاقا ومنها مالا يوفى به إتفاقا لما ورد النهي عنه، ومنها ما اختلف فيه، هذا ما سندرسه في المبحث الأول مفهوم الشروط الجعلية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة وحكمها عند الفقهاء، والمبحث الثاني الحكم القانوني لعقد الاشتراط في عقد الزواج.

[1] سورة الروم، الآية20.

المبحث الأول: مفهوم الشروط الجعلية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وخصائصها

لقيام عقد الزواج لابد من توافر عدة شروط متنوعة أكدها الشرع الإسلامي، تصح في مصلحة العقد، هذا ما سوف نتطرق إليه في هذا المبحث، سنتناول في المطلب الأول مفهوم الإشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وخصائصها وأقسام الشرط، والمطلب الثاني حكم الشروط الجعلية عند الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم الشرط وخصائصه

لمعرفة معنى الشرط سنتناول في الفرعين المواليين تعريف الشرط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري وتعريف الشرط في الفقه الإسلامي في الفرع الأول وخصائص الشرط في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الشرط في عقد الزواج

لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم في حديث رواه الترمذي: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلال حلالا"،العقد شريعة المتعاقدين.[1]

أولا: تعريف الشرط في قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 19 معدلة بالأمر05-02: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".[2]

إشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط بشرط أن لا يكون مخالف للشرع أي لا تحلل حراما ولا تحرم حلالا.[3]

والشرط هو القيد أو الحكم، أي ما يشترطه المتعاقدين في عقوده والتزاماته اتجاه الطرف الآخر، ومثال عن الشروط لإبرام العقد التي يتطلبها المشرع، كشرط الأهلية فهي ملزمة في العقد وبمجرد فقدانها، لا يبرم العقد عند

[1] رواه الترمذي، رقم1352.

[2] الأمر 05-02 المعدل و المتمم، المؤرخ في 27 فبراير2005، الجريدة الرسمية رقم 15/2005.

[3] نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها وتطبيقا، د.ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص62.

فاقدها، وللدلالة على شروط صحة العقد يستعمل الشرط فيسمى بالشرط الشرعي أو القانوني وللدلالة على ما إتفقا عليه المتعاقدان من أحكام يطلق عليه لفظ الشرط.[1]

"المراد بالشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء الذي جعل الشرط شرطا له ولم يكن جزءا من حقيقة فهو يخالف الركن الذي يتوقف الشيء على وجوده، وكان جزءا من ماهيته وحقيقته".[2]

مثال ذلك، كقول رجل لإمرأته، إن خرجت من الدار فأنت طالق، فإن وقوع الطلاق هنا يتوقف على خروج المرأة.

وقيل أن الشرط: "هو ما يتوقف عليه الحكم و ليس بعلة الحكم، أي ما يلزم من عدمه عدم المشرط ولا يلزم من وجوده وجود الشرط".[3]

ومن تعاريف الشرط المتعددة هو تعريف الشرط الذي يكون داخل ماهية العقد أي يكون مقترن بعقد الزواج.

ويمكن تعريف الشرط المقترن بالعقد بأنه: "إلتزام العاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد، سواء كان مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له، كان له، أو يحقق منفعة لمن اشترط لصالحه الشرط". [4]

ثانيا: تعريف الشرط في الفقه الإسلامي

كل ما يترتب على عقد الزواج عند الفقهاء المسلمين هو من عمل المشرع الإسلامي، وليس عمل المتعاقدين لضمان أن يتعرض العقد إلى شروط تتنافي مع مقتضى العقد أو مع مقاصد المشرع، ولكن هذا لا يدل أن يمنع المتعاقدين أن يتبادلا شروط أثناء إبرام العقد تتفق مع الشروط التي رتبها المشرع على عقد الزواج خاصة إذا كانت هذه الشروط تحقق منافع شرعية لكلا الطرفين أو تحقق و تضمن له مصالح ومنافع شخصية مستقبلية.[5]

1عند الحنفية والمالكية

في المذهب الحنفي لا تأثير فيه للشروط العقدية التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر في عقد الزواج.[6]

---

[1] مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة شهادة الماجستير في قانون الأسرة، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، المركز الجامعي بشار، 2007-2006، ص، ص 12-13-14.

[2] احمد فراج حين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية،د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص91-92

[3] نور الدين عباسي، إتقان الضبط في الفرق بين السبب و الشرط، مجلة الموافقات، العدد:04، المعهد الوطني و العالي الجزائر، 1995، ص352.

[4] مسعودي يوسف، المرجع نفسه، ص12.

[5] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة، طبعة ثالثة، دار هومة، الجزائر، د.س، ص167.

[6] نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، المرجع السابق، ص55.

أما المذهب المالكي وهو أن يتزوج الرجل المرأة على صفة كدا، أو أن لها من مال كدا، أو يمنعها كدا.

2عند الحنابلة والشافعية.

عند الحنابلة إعتبروا الشرط هو ما يشترطه أحد الزوجين تحقق له منافع، وهي شروط وضعها العقد يتوقف عليها لزومه، أما الشافعية لم يعرف الشروط لكن عرفها بأنها شروط مقترنة بإيجاب والقبول، أي يقابل شرط من الشروط إذا حصل الإيجاب.[1]

الفرع الثاني: خصائص الشرط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

استنادا إلى تعريف الشرط يمكن استخلاص بعض الخصائص التي هي بمثابة المقومات الأساسية التي يقوم عليها الشرط في عقد الزواج و تتمثل فيما يلي:

أولا: أنه أمر زائد على أصل العقد

بمجرد توافر أركان وشروط العقد التي يتطلبها المشرع ينعقد دون حاجة إلى وجود الشرط المقترن بالعقد، فإن اشتراط الكفيل لضمان المهر أمر زائد عن عقد الزواج لأنه ينعقد بدون هذا الشرط، ولا يتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط، ونفس الحكم ينطبق على بقية أنواع العقود.[2]

ثانيا: إنه أمر مستقبل

يظهر ذلك في نص المادة 203 من القانون المدني التي تنص على أنه "يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه".[3]

حتى يكون الإلتزام المعلق على شرط صحيحا لا بد أن يكون أمرا مستقبلا، لأن الإلتزام في هذه الحالة يكون منجزا لا معلقا على شرط.[4]

---

[1] معروف أشواق، طابي حنان، الشروط الجعلية ودورها في استمرارية عقد الزواج، مذكرة شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف_المسيلة، 2021-2020، ص،ص10-11

[2] حداد فاطمة، حجاب ياسين الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 07، جامعة محمد بوضياف المسيلة، ديسمبر 2017، ص 243.

[3] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم44/2005.

[4] زغدودي عز الدين، سعدي زهير، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة شهادة ماستر، تخصص قانون خاص، قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2020-2019، ص، ص10-11.

أي بمعنى آخر يكون الشرط متعلقا بالتزام غير موجود في الماضي ولا الحال يكون سيوجد في المستقبل، حتى لا يستحيل الإلتزام المتعاقد بالشرط تجاه المشرط، وإذا كان الشرط واقعا فلا فائدة من إشتراط، مثال ذلك: إذا قال الزوج لزوجته أنت طالق إذا كانت السماء فوقنا والأرض تحتنا، فإنها تطلق في الحال.[1]

والأمر المستقبلي قد يكون أمرا ايجابيا وقد يكون أمرا سلبيا، والأمر الإيجابي والأمر السلبي يستويان في الحكم ويختلفان في تقدير الوقت حيث عندما يكون أمرا ايجابيا تحدد عادة مدة قصيرة، أي يعتبر الشرط متخلفا إذا انقضت هذه المدة و ثم يتحقق الأمر، أما إذا كان سلبيا فالمدة غالبا ما تكون طويلة، فلا بد أن يكون أمر مستقبلي لأن الأمر الماضي والأمر الحاضر لا يصح أن يكون شرط حتى ولو كان مجهولا.[2]

ثالثا: أنه أمر محتمل الوقوع

الشرط إذا واجه عقبة قانونية يكون مستحيلا كالزواج من إحدى المحارم وإذا كان الشرط مستحيل الوقوع فإن العقد يكون باطلا، والإستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية، أن يكون الشرط متعلقا بأمر يكون في وسع المتعاقد المشرط عليه تنفيذه فلا إلتزام مستحيل أي هذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل.[3]

وقد أشارت المادة 204 من القانون المدني على أنه: "لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ..."[4]

و تتحقق الإستحالة 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.[5]

---

[1] حداد فاطمة، حجاب ياسين الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، المرجع السابق، ص 243.

[2] زغدودي عز الدين، سعدي زهير، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،المرجع نفسه، ص 16.

[3] حداد فاطمة، حجاب ياسين الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، المرجع السابق، ص ص244،243.

[4] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم.

[5] حداد فاطمة، حجاب ياسين الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، المرجع نفسه، ص 243.

رابعا: مشروعية الشرط

يجب أن لا يكون مخالف للنظام العام والآداب العامة، لأن مشروعية الشرط تعتبر محض لمقتضى العقد وهو في حقيقته لازم دون أن يكون في حاجة إلى الشرط والواقعة الشرطية في الحقيقة لا ترتبط بالفكرة المشروعية

وذلك لأن العمل المشروط قد ينطوي على عمل مشروع في حد ذاته كشرط عدم الزواج هنا الغرض المقصود

غير مشروع لأن الأصل أنه مشروع إذا الأمر ترك لإرادة الشخص وحريته، ويصبح غير مشروع إذا كان فيه

تقييد حرية الزواج، ومن الأمثلة عن عدم مشروعية الشرط بسبب الغاية غير المشروعية شرط الترمل، الذي يفرض فيه الموصى على زوجته عدم إعادة الزواج بعد وفاته فهذا يعتبر شرط غير مشروع لأنه كانت الغاية منه حرمان الزوجة من حقها الطبيعي، وعلى العكس في بعض الأحيان نجد القضاء يحكم بمشروعية هذا الشرط إذا كان مقصد الزوج هو جعل الزوجة تتفرغ لتربية أولادها بعد وفاته، ويضاف إلى الشروط الغير المشروعة شرط عدم زواج بعض الموظفات في بعض المؤسسات كشرط العزوبة الذي يفرض على بعض مضيفات الطيران.[1]

الفرع الثالث: أقسام الشرط في عقد الزواج

و يقصد بها، أقسام الشروط في صلب عقد الزواج، وهي ثلاث أقسام:

أولا: الشروط المتفق عليها

"لقد أحاط الشارع عقد الزواج بجملة من المبادئ والأحكام التي لا يمكن للطرفين أي الرجل والمرأة أن يتفقا على خلافها، كعلنية العقد وتأييده لكن هذا يمنع من اقتران عقد الزواج بشروط أخرى لا تتنافى مع أحكام الشارع و كذا القانون".[2]

لقوله تعالى: "وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم و لا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها".[3]

أمر الله سبحانه المؤمنين في هذه الآية بالوفاء بالعهود التي يقطعونها على أنفسهم، واشتراط الزوج أو الزوجة مثل هذه الشروط بمثابة هذه العهود.[4]

و من بين الشروط المتفق عليها في عقد الزواج هي:

---

[1] مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص15،16

[2] نسرين شريفي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، ب.س، ص35.

[3] سورة النحل، آية91.

[4] نورة بنت عبد الله محمد المطلق، الشروط التي تشترطها المرأة لمنفعتها وأثرها في عقد النكاح، بحث محكم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ص82.

1 شرط يؤكد مقتضى العقد كالتأكيد على وجوب النفقة.

2 شرط ورده النص الشرعي كاشتراط تأجيل الصداق.

3 شرط جرى به العرف كاشتراط دفع مؤخر الصداق عند الطلاق أو الوفاة، أو اشتراط في بعض المناط تأثيث المنزل بما يناسب الوضعية الإجتماعية.[1]

من بين الشروط التي يجب الوفاء بها كأن تشترط المرأة أن يكون لها سكن يليق بها، واشتراط العشرة بالمعروف أو يشترط عليها زوجها أن لا تخرج من المنزل إلا بإذنه وألا تتصرف في ماله إلا برضاه، فهنا تعد هذه الشروط داخلة في مقتضى العقد وحقيقته ومقصده، لأنه يكون الغرض منها التوافق بين الزوجين وعلى هاته وافق الفقهاء على صحة هذه الشروط لأنها شروط صحيحة توافق مقصود العقد.[2]

ثانيا: الشروط المختلف فيها

وهي الشروط التي تتنافى و مقتضى عقد الزواج ولا تؤكده، ولا تخالف مبادئ الشريعة، لكن تكون فيها

منفعة لأحد الزوجين، كأن تشترط أن لا يخرجها من وطنها، أو تشترط على زوجها إسكانها وحدها، أو أن تبقى في عملها أو تتابع دراستها، فهذه الشروط نص المشرع الجزائري على صحتها مؤيدا في ذلك المذهب الحنبلي التي توسع في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، وقد نصت المادة19 من ق.أ.ج على وجوب عدم مخالفة هذه الشروط لمبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام وأحكام القانون وكذا عدم الإخلال بالمقود من الزواج.[3]

ثالثا: الشروط الباطلة

وهي تلك الشروط التي وجد فيها نهي من الشارع عند الحنابلة ومن قبل فإن هذا الشرط مخالف لنص الحديث "لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إناءها"، أو أن يشترط الزوج ألا ينفق على زوجته أو يسقط المهر، أو تشترط عليه عدم النسل فهنا هذه الشروط تعد شروط باطلة.[4]

وإذا كان الشرط باطلا، فلا يبطل معه العقد بل العقد لازم إن كان المشترط عالما بالتحريم.[5]

---

[1]نسرين شريفي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص35.

[2]خليل عمرو، محاضرة الإشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي و القانون، جامعة البليدة02، ص417.

[3]نسرين شريفي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص36.

[4]خليل عمرو، محاضرة الإشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي و القانون، المرجع السابق، ص418.

[5]نورة بنت عبد الله محمد المطلق، الشروط التي تشترطها المرأة لمنفعتها وأثرها في عقد النكاح، المرجع السابق، ص82.

المطلب الثاني: حكم الاشتراط في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

لقد اختلفوا الفقهاء في حكم الشروط الجعلية في عقد الزواج والتي فيها مصلحة للمتعاقدين فهي شروط غير ملزمة مع اختلاف فيما بينهم حول صحتها ومدى تأثيرها على عقد وينسب هذا رأي إلى فقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

منهم من يرى أنها شروط باطلة لا يلزم الوفاء بها ومنهم من يرى أنها شروط صحيحة يلزم وفاء بها يتبع لإجتهادات الفقهاء يجد أن المذهب الحنبلي هو الأوسع المذاهب في تصحيح الشروط تم يليه الحنفية والمالكية و بعدها الشافعية وكذلك حكم الاشتراط في قانون الأسرة وهذا ما سنبينه في الفروع التالية:

الفرع الأول: حكم الاشتراط عند الحنفية و المالكية

لقد اختلف الفقهاء الحنفية والمالكية في حكم الاشتراط منهم من يرى أنها إلزامية ومنهم من يرى أنها غير إلزامية وهدا ما سنتطرق إليه:

أولا: حكم الاشتراط عند الحنفية

حيث عرف الشروط التي لا ينافيها ولا يقتضيها عقد الزواج ولديها مصلحة بأنها شروط فاسدة التي ليست من مقتضيات عقد الزواج لا تنافيه وليست من مستلزماته حيث أن شرط الفاسد لا يؤثر على عقد الزواج لا يبطل عقد إنما يلغى شرط ويبقى عقد صحيح لأن الزواج لا يبطله شروط فاسدة[1]

ودليل ذلك قول نبي صلى الله عليه وسلم: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل. وإذا كان مائة شرط".[2]

كما إنهم حددوا الشروط الصحيحة في أربعة أنواع:

أن يكون شرطا في عقد أي انه يقتضيه ويكون موجبه حكما من أحكامه وأثر من آثاره.

أن يكون الشرط في مضمون العقد ومؤكدا.

أن يكون الشرط تحدُث عنه شرع بجوازه واوجب مراعاته.

أن يكون من الشروط التي جرى بها العرف.[3]

---

[1]لعريبي إيمان، ، شروط مقترنة بعقد الزواج، مذكرة شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014/2013، ص21.

[2]المحدث: إبن تمية، رقم31/58.

[3]أحمد فراج، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 97.

حيث أنهم يرون لا أثر للشرط في الإبطال العقد النكاح مهما كان نوعه لا يؤثر لكن الإشكال في الحكم وفاء بهذه الشروط وعليه قسموا الشروط إلى ثلاثة أقسام وهي:

الشروط لا يجوز الوفاء بها ولا التزام بها لمنافتها ماهية العقد كاشتراط عدم اتفاق أولا ترثه ولا يعاشرها معاشرة الأزواج

الشروط يجب التزام بها ووفاء بها وأخد بها وهي التي تتفق مع طبيعة عقد كاشتراط رجل في بيت أن لا تخرج إلا بإذنه[1]

الشروط لا مانع من الوفاء بها بل الشرع يطالب التزام بها عملا بالقواعد عامة كاشتراط عدم زواج عليها أو نقلها من بلدها، أما إذا كان اشتراط من جانب الرجل كما لو اشترط زوج وصفا معينا في المرأة التي يريد الزواج بها بأن تكون بكرا أو تكون متعلمة وفائقة الجمال ثم لم يظهر ذلك فلا يفسخ العقد ليس لزوج الخيار في ذلك، حيث يرون أنه تخلف الشرط ينتج عنه تخلف الرضا بالعقد وتخلف الرضا لا أُثر له في عقد نكاح حسب الفقهاء الحنفية الذين يعتبرون الزواج الصحيح مع وجود إكراه وعليه فإن الشرط الفاسد أو الباطل يترتب عليه بقاء العقد صحيح و بطلان الشرط وحده.[2]

ثانيا: حكم الاشتراط عند مالكية

قالوا أن الشروط التي لا علاقة لها بالعقد اقتضاء أو نفيا أو ليست في كتاب الله فهي ليست إلزامية في عقد الزواج ولا يجبر وفاء بها الطرف الآخر غير أن يستحسن وفاء بها ديانة.[3]

لقول الرسول صلى الله عليه و سلم: "أخف ما وفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج". "صحيح متفق عليه".

حيث أن المذهب المالكي تحدث على الشروط منها:

1 الشروط الصحيحة

هي نوعان:

أ شروط غير المكروهة :هي تلك التي لا تؤثر في عقد ويقتضيها فيه كالإنفاق أو الوطء، كان يشترط الزوج سلامة من العيوب :

[1] العيدية حمزة، الشروط الجعلية في عقد النكاح، دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الأحوال الشخصية الجزائرية، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 15، شعبان 2011/1432، ص 03.

[2] مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 81.

[3] العيدية حمزة، المرجع السابق، ص04

مثال: لا تكون عوراء ولا عمياء أو تكون بكرا هذه الشروط وجب الوفاء بها.

ب الشروط المكروهة

هي تلك الشروط التي لا تنافي العقد ولا تتعلق به، لكن فيها تصعيب على الرجل مثل اشتراط الزوجة على زوجها عدم تزوج عليها أو عدم الخروج من بلدها فلزوج أن يلغي ذلك الشرط وأن يسافر بها إلى مكان الذي يريده، وإذا لم يكن قدم لها مهرها وأراد أن يخرج بها قبل البناء فتمنع نفسها من السفر حتى يعطيها ما حل من مهرها، وإذا كان ميسور الحال يدفع لها معجل الصداق وتسافر معه، وإذا كان معدما لا يملك مهر يكون دينا عليه.[1]

ولكن وضعوا الشروط لأن يسافر بها إلى بلد آخر منها:

أن يكون حرا.

أن يكون الطريق مأمونة.

أن يكون الرجل مأمونا عليه.

أن يكون البلد قريب بحيث لا تنقطع عن أهلها.

هذه الشروط لا تضر عقد لكن يكره اشتراطها ويلزم وفاء بها.[2]

2 الشروط الفاسدة

هي التي تنافى مقصود عقد الزواج مثل أن تشترط زوجة على زوجها أن يطلق إمرأته.

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال الرسول صلى الله عليه وسلم:

"لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحفتها ولتنكح. فإن بها ما قدر لها" ،وجاء لفظ آخر: "لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستكفي إناءها".[3]

إن المذهب المالكي يقول بالنسبة لشروط التي لا تنافى مقتضى العقد وتكون فيها منفعة للزوجين أو أحدهما، هو استحباب الوفاء بهذه الشروط، وغير مجبر على تنفيذها لكن من باب استحسان فقط.[4]

---

[1]زغدودي عز الدين، سعدي زهير، الاشتراط في عقد الزواج، المرجع السابق، ص50.

[2]العيدية حمزة، الشروط الجعلية في عقد النكاح، المرجع السابق، ص05.

[3]صحيح ابن حبان، رقم 4069.

[4]مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص79.

ولقد ورد إن الإمام مالك قال: "أشرت على قاض منذ دهر أن ينهي الناس أن يتزوجوا على شروط، وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل و أمانته، وقد كتبت بذلك كتابا وصيح به في الأسواق".[1]

لكن هذه الفتوى تناسب زمن الإمام ودينه وأمانته، بينما تكون هذه الشروط وتزداد أهميتها وحاجتها في عصرنا بسبب الكذب والغش والتدليس الذي كثر في المعاملات الناس والذي كثر في عقد النكاح ولم يسلم منه في الشرط الذي يفسد العقد، إذا لم يتمسك به انقلب العقد صحيح لعدم وجود سبب الفساد، إذا زالت العلة التي أوجدت الفساد زال الشرط وينقلب العقد صحيح.

الفرع الثاني: حكم الاشتراط عند الشافعية والحنابلة

نظرا لاجتهادات فقهاء المذاهب منهم الشافعية والحنابلة لكن كل واحد من المذاهب له رأيه في حكم الاشتراط و هذا ما سنتطرق إليه:

أولا: حكم الاشتراط عند الشافعية

يرى فقهاء الشافعية بأن إشتراط الزوجة على زوجها شرط من الشروط في عقد النكاح لا تأثير له بل يبقى العقد صحيح ويفسد الشرط وحده.[2]

حيث يقولون أن العقد المقترن بشرط الذي فيه مصلحة للمشترط لا عبرة له، وليس ملزما بالوفاء بل هو في حكم ملغى، وهذه الشروط تحرم الحلال، أي الشروط التي ليست في كتاب الله، مثل تزوج والسفر.[3]

يقولون عن المرأة التي اشترطت عدم السفر رفقة زوجها بأن له أن يسافر بها متى كان مأمونا عليها وإذا امتنعت كانت ناشزا لا تستحق النفقة ولا غيرها إلا إذا كانت معذورة لمرض أو حر أو برد لا تعليق معهما السفر أو ضرر يلحقها بالسفر معه، ولو كان سفره معصية لأنه لم يدعها إلى المعصية وإنما يدعوها لاستيفاء حقهما لم تخل الشروط بمقصود النكاح الأصلي في الوطء واستمتاع، في هذه الحالة إخلال هذه الشروط بهذا المقصد الأصلي من النكاح فيبطل الشرط والعقد معا، وعليه يمكن قول أن دائرة تصحيح الشروط عند الشافعية أقل اتساعا وخير دليلا على هذا هو عدم أخذ الشافعية بالشروط عرفية.[4]

ثانيا: حكم الاشتراط عند فقهاء الحنابلة

[1] مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مجلد ثاني، دار الفكر، ب.س، ص59.

[2] مسعود يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 79.

[3] لعريبي إيمان، شروط مقترنة بعقد الزواج، المرجع السابق، ص 21.

[4] العيدية حمزة، الشروط الجعلية في عقد النكاح، المرجع السابق، ص 05.

التي تكون منفعة لأحد متعاقدين أو أحدهما ووافقت مقتضى عقد لم يكن من الشارع نهي عنها وتكون الشروط الصحيحة ولا تخل بالمقصود، وشروط غير الصحيحة التي أتى من الشارع نهي عنها التي تناقض مقتضى العقد وتخل بالمقصود منه فهذه الشروط كلها باطلة لأنه تنافى مقتضى العقد وتخالف أحكام الشريعة.[1]

لأن الأصل في الشروط هو صحة عند الحنابلة حتى يكون هناك الدليل الشرعي على بطلانها، وليس في اعتبار هذه الشروط ووجوب الوفاء بها ما يحرم حلالا، كما انه ليس في هذه الشروط تشديد يتنافى مع العقد ومصلحته ثم أن مصلحة المشترط هي من مصلحة العقد.[2]

"ويعتبر ابن تيمية أكبر فقهاء المذهب الحنبلي في إجازة الشروط التي تحقق منفعة مقصود للزوجين، فهو لا يجعل الشرط الفاسد إلا إذا كان منافيا لمقصود عقد الزواج أو مناقضا لأحكام الشرع".[3]

"لقد جدد إبن التميية في الفقه المذهب الحنبلي تقدم به تقدم كبيرا في تطور، ونلمس ذلك من خلال تضييقه دائرة الشروط الفاسدة، وبهذا فهو يقترب كثيرا على هذا النحو من الفقه العربي حيث يكون كل شرط مقترن بالعقد صحيحا إلا أن كان الشرط مستحيلا أو خالف قانون أو النظام العام والآداب العامة، فإن الشرط يلغو ويصح عقد مالم يكن الشرط هو دافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا، ولهذا اعتبر المذهب الحنبلي أوسع المذاهب الفقهية تيسيرا في مسؤولية الشروط بتحقيقه لرغبات الناس من الاشتراطات العقدية، حيث إذا اشترطت امرأة بيتها أو بلدها أولا يتزوج عليها ولا تسافر معه فلها شرطها وإن لم يف به فلها حق الفسخ عقد الزواج، وتبث لصاحبها الخيار في فسخ العقد لعدم وفاء بها.[4]

ما ذهب به الحنابلة هو الراجح لتوافقه مع مبادئ الشريعة الإسلامية من رعاية مصالح الناس ولرفع الحرج الذي يتماشى مع عصرنا الحالي.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

تنص المادة 19 من ق.أ.ج، على أنه للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ونص في مادة 32 من نفس القانون على أنه "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد" وتنص المادة 35 من ق.أ.ج على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان شرطا باطلا وعقد صحيح "من هذه المواد ثلاثة نستخلص أن المشرع الجزائري كانت له موقف من الشروط الإتفاقية ونرى أنه من المادة 19 يتضح أن الأصل في كل الشروط جواز إلا ما كان منها لأحكام

[1] احمد فراج، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص97.

[2] العيدية حمزة، الشروط الجعلية في عقد النكاح، المرجع السابق، ص06.

[3] وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ب.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، أردن، 1990، ص183.

[4] العيدية حمزة، الشروط الجعلية في عقد النكاح، المرجع السابق، ص06.

قانون الأسرة، ولا شك أن عقد الزواج مشتمل على شرط ينافيه مادة 32 من ق.أ.ج، هو غير الزواج المقترن بشرط ينافيه مادة 35 من ق.أ.ج[1]

حيث أن قانون الأسرة الجزائري قد أخذ بالمذهب الحنابلة وسلك طريقه فأخذ بالشرط الذي لا ينافى ولا يقتضي عقد الزواج وذلك حسب مادة 19 من قانون الأسرة الجزائري أباح للزوجين كل حرية في اشتراط ألا في شرطين تعدد زوجات و عمل المرأة، وهذان شرطان لا يقتضيهما عقد ولا ينافيهما فإن قانون الأسرة الجزائري حكم في الشروط هو صحة لزوم صحة الوفاء.

حيث أن القضاء الجزائري موقفه كان من الشرط الذي لا ينافيه ولا يقتضيه عقد تميز بالتناقض، هناك رأي اعتبره من الشروط الصحيحة ولازمة ورأي ثاني اعتبره الشروط المكروهة وليست ملزمة وذلك لتأثيره برأي المالكية، وكان قراره الأخير لم يكن يوافق قانون الأسرة الجزائري في حكم شروط المقترنة بعقد النكاح، وذلك إتباعا إلى المذهب الحنبلي، حيت إن أغلب التشريعات في بلاد الإسلامية توافقت مع نظرة الفقه الحنبلي.[2]

المبحث الثاني: الحكم القانوني لعقد الاشتراط في عقد الزواج

في الفقه الإسلامي القيد الأساسي على حرية الاشتراط في عقد الزواج هو عدم مخالفة النظام الشرعي، إلا أن الفقهاء مختلفون في الأخذ بهذه الأدلة الشرعية.

أما بالنسبة للقيد الأساسي على حرية الاشتراط في قانون الأسرة هو النظام العام، والقيد الأساسي هو حرية الزوجين في وضع الشروط بشرط عدم مخالفة أحكام هذا القانون، جاءت بالمبدأ العام الفقرة 2 من المادة 19 في مجال الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تنص على مايلي: "يجوز للزوجين إن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية لا سيما...مالم تتنافى مع هذا القانون".

إلا أن المادة 19 أشارت إلى نوعية من الشرط على سبيل المثال شرط تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة أي بالرجوع إلى المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري يسمح بزواج الرجل من أربعة نساء حسب الشريعة الإسلامية ثم جاءت المادة 19 أعطت للمرأة حق في اشتراط عدم تعدد الزوجات هذا ما سوف ندرسه في مبحثنا أي قسمنا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول ضوابط الاشتراط في عقد الزواج والمطلب الثاني صور الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج

[1] المواد 19-32-35، المعدلة و المتممة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية 15/2005.

[2] مسعود يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص82.

من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج هو مراعاة النظام العام و الآداب العامة وعدم منافاة أحكام الأسرة، سنتعرض في هذا المطلب إلي فرعين مراعاة النظام العام والآداب العامة ومراعاة أحكام الأسرة.

الفرع الأول: مراعاة أحكام الأسرة

لقد ورد هذا القيد في نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري إذ أباح المشرع الجزائري للزوجين كقاعدة عامة أن يشترطا كل الشروط التي يريانها ضرورية، وهذا إن قانون الأسرة أباح للزوجين حرية الاشتراط بشرط عدم مخالفة ما ورد من أحكام وقواعد في قانون الأسرة.[1]

الشروط التي يشترطها أحد الزوجين في عقد الزواج نظر إليها من ناحية كونها مخالفة لقانون الأسرة ومتنافية معه أم لا لكي نعرف إذا كانت شروطا سليمة ومعتبرة أو شروطا فاسدة ولاغية مثال ذلك عند اشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزوجة ألا يخرجها من وطنها أو اشترطت أن يسكنها في مسكن منفرد ومستقل عن مسكن أهله، أو اشترطت عليه أن تستمر في ممارسة وظيفتها وإلا يمنعها من تابعة تعليمها فإن هذه الشروط لا تنافى مع قانون الأسرة ولا تتعارض مع أي من نصوصه، وإذا خالف الزوج وعده ولم يلتزم وفاءه فإنه يحق على الزوجة أن طلب فسخ الزواج بسبب عدم إلتزام زوجها بالتزام العقدي.

أما إذا اشترطت الزوجة على الزوج أن لا يتزوج عليها ولا يطلقها أحدا أو اشترط أن يكون الطلاق بيدها تستعمله متى شاءت وبناءا على رغبتها فهنا يكون الحكم على هذه الشروط هو البطلان لأنها تعتبر منافية لقانون الأسرة.[2]

هذا ما يتضح جليا من خلال نص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على بطلان الزواج الذي يشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أي تتمثل هذه الأحكام فيما يلي:

حل الاستمتاع بين الزوجين(المادة 04).

استحقاق الزوجة الصداق (المادة 14).

استحقاق الزوجة للنفقة (المادة 74).

حسن المعاشرة بين الزوجين (المادة 36).

التوارث بين الزوجين (المادة 126).

---

[1] الأمر رقم 05-02 المعدل و المتمم بموجب، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة، مرجع السابق، ص 172.

ثبوت نسب الأولاد (المادة 41).[1]

أما بالنسبة للإشكال المتمثل في تضمين عقد الزواج بعض الشروط التي قد تخالف أحكام قانون الأسرة كاشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها، يعتبر هذا الشرط باطلا لتنافيه مع نص المادة 08 من قانون الأسرة التي تسمح بتعدد الزوجات لذلك فإن الزوج لا يلزم بأي شرط ورد في العقد وكان مخالف لأحكام قانون الأسرة.

إلا إن التعديل الأخير لقانون الأسرة نصت المادة 19 بالذكر شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة باعتبارهما شرطين ضروريين على حياة الأسرة.[2]

"وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية لم تقيد تعدد الزوجات إلا بشرط العدل، أما جعله بيد القاضي والمطالبة من الرجل المبرر الشرعي وإقناع القاضي بذلك، هي شروط ما أنزل الله بها سلطان".[3]

لكن عند الفقه الحنبلي نجده أباح للزوجة أن تشترط عدم الزواج عليها من زوجها، وألا يخرجها من منزل أبيها وغيرها من الشروط أي الحنابلة يرون إلزامية الوفاء بمثل هذه الشروط، يمنحون حق فسخ عقد الزواج جراء عدم الوفاء بها.

بينما نجد فقهاء الشافعية والمالكية والحنفية بأن كل شرط خالف الشرع، شرط فاسد لا يؤثر على العقد بحيث يفسد الشرط ويبقى العقد صحيحا، كاشتراط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها وألا يتزوج عليها، وهذا ما أوضح أن المشرع الجزائري قد استوفى تنظيمه لهذا الشرط من الفقه الحنبلي الذي يعتبر أكبر المذاهب توسعا في تصحيح الشروط.[4]

فيما يخص باشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها.

ويلاحظ أنه جاء تناقض لنص المادة 19 ونص المادة 32 من قانون الأسرة حيث نصت هذه الأخيرة على انه: يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط تتنافى ومقتضيات العقد فمرة يحكم المشرع الجزائري على الزواج المقترن بشرط يتنافى البطلان ومرة يحكم عليه بالصحة وبطلان الشرط.[5]

---

[1] الأمر رقم 05-02، المعدل و المتمم بموجب، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] حداد فاطمة، حجاب ياسين الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، المرجع السابق، ص،ص 153-254.

[3] لعريبي ايمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج ،المرجع السابق، ص 47.

[4] مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 64-65.

[5] أمينة بن جناحي، اشتراط عمل المرأة في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلد 06، العدد الثاني، 2020، ص 585.

الفرع الثاني: مراعاة النظام العام والآداب العامة

النظام العام هو من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج، فلا يجوز للزوجين الاتفاق على تعديلها لأن أغلب المواضيع الأحوال الشخصية من النظام العام.[1]

وهذا لإرتباط أغلب مواضيع قانون الأسرة بالنظام العام فهو يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، فهذا يتغير من مكان إلى آخر، وعلى ذلك نجد أن في بلد يعد مخالفا للنظام العام أما بلد آخر لا يعد كذلك، أو نجد أن فكرة النظام العام في أغلب الأحيان مقترنة بالآداب العامة.

أما الآداب العامة فتعرف بأنها مجموعة من القواعد الخلقية لا يجوز للأفراد تجاوزها.[2]

لهذا لا يجوز للزوجين تضمين عقود الزواج شروط تمس بالنظام العام والآداب العامة مثلا اشتراط الزوجة على زوجها السماح لها بالعمل في الملاهي الليلية كبائعة خمور، هنا يكون باطلا وذلك لتعارض الشرط مع الآداب العامة في مجتمعنا الجزائري.[3]

ومع ذلك يمكن القول على وجه الإجمال بأن النظام العام هو عبارة عن القوانين التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع سواء كانت مصلحة سياسية أو اجتماعية أو كانت هذه المصلحة اقتصادية، لهذا حتى ولو كانت الاتفاقات التي يتفقها الزوجين على مخالفة قواعد وأحكام النظام العام تحقق لهم مصالح شخصية لا تجوز هذه الاتفاقات، حيث يكون تبرير ذلك بتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، يتمتع النظام العام بميزة تعتبر الوسيلة الوحيدة لتحقيق التوافق بين النظام القانوني والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والخلقية لمجتمع ما، فالمبادئ الخلقية تعتبر المحدد الأساسي لمفهوم الآداب العامة، لهذا نرى مما سبق أنه لا يجوز للزوجين تضمين عقود الزواج شروط تمس بالآداب العامة، وبمقارنة فكرة النظام العام والآداب العامة، نجد أنهما يختلفان في كون أن النظام الشرعي العام في الشريعة الإسلامية ثابت لا يجوز تغييره على عكس النظام العام فإنها تخضع للتغيير، فالفقه الإسلامي يعالج القضايا الدينية والدنيوية بينما القانون الوضعي يعالج الأمور الدنيوية فقط.[4]

وتبعا لذلك فالحكمة لو ترك الشارع الناس في ترتيب ما يحلو لهم من شروط في العقود وخاصة عقد الزواج لخرجوا عن حدود الله وكثر الفساد بسبب الأنانية التي تجعل الإنسان يسعى إلى تحقيق مصالحه الشخصية على الطرف الأخر، لهذا من اللازم تقييد إرادة المتعاقدين بعدم مخالفة قواعد النظام الشرعي العام، "والفقه الإسلامي لم يجعل من العيار الذاتي المتمثل في المصلحة الفردية للمتعاقد أساسا لترتيب أثار لعقود والشروط، بل الأساس

---

[1] مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 59.

[2] لعريبي ايمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج ،المرجع السابق، ص 45.

[3] أمينة بن جناحي، اشتراط عمل المرأة في عقد الزواج، المرجع السابق، ص 585.

[4] مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص،ص59،60.

المعتمد في ذلك هو المعيار الموضوعي الذي يغلب مصلحة المجتمع وحمي النظام الشرعي العام والآداب العامة، ولتحقيق ذلك لابد من الخضوع لأوامر الشارع ونواهيه.[1]

وبما أن غالبية مواد قانون الأسرة لجزائري قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أي إذا كان محل العقد مخالفا للنظام العام فيكون عقدهما باطل، حسب ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

تختلف نوعية الشرط المخالف للنظام العام إذا كان شرطا فاسخا أو واقفا طبقا لنص المادة 204 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم، غير انه لا يقوم الالتزام الذي علق على الشرط الفاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام"، أما بالنسبة للشرط المخالف للآداب العامة نفس حكم الشرط المخالف للنظام العام، فيكون الشرط باطل مبطل للالتزام إذا كان الشرط واقفا، وإذا كان فاسخا يكون الشرط باطل غير مبطل للالتزام.[2]

المطلب الثاني: صور الاشتراط في عقد الزواج

تحدث قانون الأسرة الجزائري في مادة 19عن نوعين من صور الاشتراط والتي هي بكثرة في الحياة العملية وهي شرط تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة وهذا ما سنتطرق له في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعدد الزوجات

هو أن يجمع الرجل في ذمته أربع زوجات لا يزيد عليهم ويحرم زواج أكثر منه ودليل ذلك:

قول الله تعالى: "فانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ الّنِسَاءِ مَثْنَى وثُلَاث ورُبَاع فإن خِفْتُمْ اَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَة". سورةالنساءالآية03.

هذا تعدد الزواج هو استثناء على الأصل العام في الزواج الذي هو مشروع في الإسلام أن يقتصر الزوج زوجة واحدة،لأن الشريعة تأكد على الأصل ولا تبيح تعدد الزوجات إلا بشروط معينة أو ظروف معينة وأهم الشروط وجود مبرر شرعي العدل بين زوجات.[3]

---

[1] مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص61.

[2] زغدودي عز الدين، سعدي زهير، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص44، ص45.

[3] حسن حسن منصور، شرح مسائل الأحوال الشخصية، "أحكام عقد الزواج"، ب.ط، 1997، ص244.

لقول رسول صلى الله عليه وسلم: "أن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج".[1]

حيث أن حكم تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية كان محصورا في أقوال الفقهاء في قولين هما:

أولا: إباحة تعدد الزوجات إلى أربع

حيث يقولون قد أباحت شريعة الإسلامية التعدد عموما وذلك عدم تجاوز أربع زوجات في وقت واحد، وذلك إتباع للقرآن كريم، حيث أن أباح تعدد بشرط عدل بينهم، وإلا الاكتفاء بزوجة واحدة أفضل على تعدد أي ذلك أقرب للعدل وبعيد كل البعد عن الظلم، لأن عدل عزيز وقليل من يحققه، وذكر إمام طبري أيضا أن قوم كانوا يتحرجون في أموال يتامى ولا يتحرجون في نساء ألا يعدلوا فيهن فقالوا لهم كما تخفوا ألا تعدلوا في يتامى فخافوا في النساء ألا تعدلوا فيهن، أولا تتزوجوا ألا من واحدة، وإذا كنتم خفتم ألا تعدلوا في الزيادة عن واحدة لا تنكحوا ألا واحدة أو ما ملكت أيمانكم فخافوا غلا تقسطوا في حقوق النساء التي أوجبها الله عليكم.

ثانيا: منع تعدد الزوجات ما لم تدع إليه ضرورة

وذكر إمام مفسر محمد رشيد رضا في تفسيره لآيات قران كريم علم أن إباحة تعدد الزوجات في الإسلام أمر فيه تشديد كأنه ضرورة من ضروريات التي تباح بشرط ثقة والعدل، لكن مع هذا زمان من مفاسد لا يمكن لأحد أن يربي أمة فيها تعدد الزوجات حيث يقولون أن البيت الذي فيه زوجتان لا يقوم فيه النظام، بل يكون إفساد البيت كان كل واحد عدو آخر، فمفسدة تعدد الزوجات تنتقل من الأفراد إلى البيوت ثم إلى الأمة، وحيث توجه شيخ محمد عبده إلى علماء وحكام بضرورة إعادة نظر في الموضوع تعدد زوجات فقال: "فيجب على علماء نظر في هذه المسألة خصوصا الحنفية منهم الذين بيدهم الأمر، وعلى مذهبهم الحكم فهم لا ينكرون أن الدين انزل لمصلحة الناس، من أصوله منع ضرر وضرار، حيث إذا لحقت المفسدة في الزمن لم تكن تمسه فيما قبل، فشك في وجوب تغيير الحكم و تطبيقه على الحال الحاضرة: يعني بهذا يعم أن تعدد الزوجات محرما قطعا عند الخوف من عدم العدل.

لكن تحريم حكم ذكره الله في كتابه الكريم وهو حكم شرعي يحتاج دليل قطعي صريح، وهذا لا يوجد في قرآن ولا السنة ولا الإجماع.

وحيث كانت هناك عدة مواقف المجتمعات الإسلامية من نظام تعدد الزوجات حيث أن مواقف متباينة ومختلفة حول نظام تعدد الزوجات، مع ذلك هناك ثلاثة موافق أساسية ومختلفة منها:[2]

[1] صحيح الجامع، رقم1547.

[2] سعيد خنوش، تعدد الزوجات بين الضوابط الشرعية والقيود القانونية، دراسة مقارنة، المجلد34، العدد 01-2020، 2020/03/31، ص ص469،468.

موقف يأخذ نظام تعدد الزوجات وفقا للقواعد عامة للشريعة إسلامية دون إضافة أي قيد أو الشرط، وهناك موقف يأخذ بنظام تعدد الزوجات مع تقييده بقيود والشروط معينة، وموقف يحرم ممارسة تعدد الزوجات وجعل منه جريمة يعاقب عليها القانون.[1]

حيث أن عدد من علماء أن شرط من شروط الزواج تعدد الزوجات أنه شرط فاسد، لأنه يتضمن تحريم ما أحل الله فإن وقع هذا الشرط في عقد فسخ الشرط ولم يفسد العقد، ومن العلماء ذهب إلى أنه شرط صحيح منهم إمام أحمد وليس فيه تحريم ما أحل الله لأنه غايته أن تزوج الرجل بأخرى أو أصر على ذلك أن يفسخ نكاح الزوجة رغب فيها، وزوجة تطلب العوض من الله من زوجها، وإن شاءت صبرت على ظلم الزوج لعدم وفائها بشرطها، وبإثم الزوج بعدم وفائه بالشرط الذي قد قبله عند العقد، لديها خيار بين إما الفسخ النكاح أو صبر على ضرر ضرة".[2]

"وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته و كان الله واسعا حكيما". سورة النساء، الآية130.

حيث قول ابن القيم في اشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها :

إذا اشترطت المرأة أن لا يتزوج عليها، ولا يكون هناك حاكم يصح هذا الشرط، أو تخاف أن يرفعها إلى حاكم يبطله، فالحيلة في تصحيحه أن تلتزم عند العقد أن يقول: أن تزوجت عليك امرأة فهي طالق، وهذا الشرط يصحح و إن قلنا: "لا يصح تعليق الطلاق بالنكاح".

لأن هذا الشرط لما وجب وفاء به من منع التزويج بحيث لو تزوج فلها خيار بين مقام معه ومفارقته جاز اشتراط الطلاق، من يتزوجها عليها كما جاز اشتراط عدم نكاحها فإن لم تتم لها هذه الحيلة فلتأخذ شرطه إنه أن تزوج عليها فأمرها بيدها، أو أمر الضرة بيدها، ويصح تعليق ذلك بالشرط لأنه توكيل على صحيح، ويصح تعليق الوكالة على الشرط على صحيح من قولي العلماء، وهو قول جمهور ومالك وأبي حنفية واحمد، وقد أغنى الله عن هذه حيلة بوجوب الوفاء بهذا الشرط الذي هو أحق الشروط أن يوفى به وهو مقتضى الشرع والعقل والقياس الصحيح، فإن المرأة لم ترض ببدل يضعها الزوج إلا على شرط (ألا يتزوج عليها) ولو لم يجب الوفاء به لم يكن العقد من تراض وكان إلزاما بما لم تلتزمه وبما لم يضعها الله تعالى ورسوله به، فلا نص ولا قياس والله موفق.[3]

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 143.

[2] الموقع الرسمي لفظيلة الشيخ عبد الرحمان، ناصر براك، حكم الإشتراط عدم التعدد في عقد النكاح (05أفريل2023 15:29).

[3] بوقندورة سليمان، الرولئع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة،الطبعة01، دار الألمعية للنشر والتوزيع، 2015، ص 63.

أما بخصوص قانون الأسرة تحدث عن تعدد الزوجات حيث نصت المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري معدلة: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد مبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل".[1]

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، ويمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل وشروط الضرورية للحياة الزوجية.

إن المشرع أبقى على جواز التعدد و قيده بالشروط:

وجود المبرر الشرعي.

تحقق شروط و نية العدل.

ووجوب إخبار الزوجة سابقة والمرأة التي يقبل الزوج على الزواج بها.[2]

إن قانون الجزائري لم يبين ماهية مبرر الشرعي بالمادة 222 قانون الأسرة التي تنص على ضرورة الرجوع إلى الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بما لم ينص عليه قانون الأسرة، مثل: عقم المرأة، حاجة الرجل للتعدد بسبب قدرته الجنسية أو بسبب طول العادة الشهرية للمرأة.[3]

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في مادته 08 يجوز لرجل شرط التعدد الزوجات، له حق التعدد ثم جاءت مادة 19 من قانون الأسرة الجزائري حيث منحت للمرأة حق الاشتراط عدم تعدد الزوجات، إن اشتراط المرأة على زوجها عدم تعدد هو شرط لا ينافى ولا يقتضيه عقد النكاح، فإن خالف رجل الشرط وتزوج كان للمرأة طلب التطليق (المادة9/53 قانون الأسرة الجزائري).[4]

أو فسخ زواج كما نصت المادة 32من نفس القانون على أنه (يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو الشرط يتنافى و مقتضيات العقد) كما نصت (مادة 35 قانون الأسرة الجزائري) والتي تنص على: "إذا اقترن عقد الزواج

[1] الأمر رقم 05-02 المعدل و المتم، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية، قانون الأسرة الجزائري، العدد 02، منشورات مخبر قانون والمجتمع، جامعة أدرار، صفر 1435، ديسمبر 2013، ص 17.

[3] بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 17.

[4] العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، د.ط، دار الثقافة، 2012، ص 210.

بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا وعقد صحيحا" تستطيع بقاء و رضا بتعدد عليها لأن العقد الصحيح شرط يبطل فقط أما في حالة طلب التطليق أو فسخ العقد تأخذ كامل حقوقها الشرعية.[1]

ونستخلص من كل النصوص القانونية أعطى المشرع كل الحرية لزوجين في اشتراط الشروط التي تنفعهم ولا تتعارض مع الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

الفرع الثاني: عمل المرأة

من صور اشتراط زوجة على زوجها شرط عملها حيث أخذ علماء في عمل المرأة بآيات من القرآن الكريم منها قول الله 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 عليم". سورة النساء الآية32.

وقول تعالى: "من عمل صالحا من ذكر وأنثى وهو مؤمن فلنحييه حياة طيبة ولنجزيهم آجرهم بأحسن ما كانوا يعلمون". سورة النحل الآية97.

كما اختلف الفقهاء في مسألة الاشتراط زوجة للعمل وظهرت ثلاث أقوال:

القول الأول: قول الحنابلة وبعض الشافعية

الذي يرون صحة هذا الشرط وعقد الذي يقترن فيه عقد صحيح وعلى زوج وفاء بهذا شرط وعدم منع الزوجة منه، واستدل أصحاب هذا القول بأدلة منها قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" وقول تعالى "وبعهد الله أوفوا" وقوله أيضا: "والدين هم لأمانتهم وعهدهم راعون" فكل هذه آيات تأمر بالوفاء بالعهود بشروطهم الصحيحة، وغير مخالفة لمقتضى عقد وتحقق منافع للمتعاقدين وكذا شرط عمل المرأة أن كان ضمن الضوابط الشرعية مذكورة سابقا، كما يقولون أن للمتعاقدين حرية الاشتراط ما يشاءون من شروط التي تحقق فيها مصلحة لكل منهما، وإذا المرأة ما رضيت ببدل يبدل فرجها إلا بناء على الشرط، كما أن شرط مرأة لازم لصحة العقد و هي ما رضيت بناء على ما اشترطت ومن ثم كان وفاء لهما بشرطها أمر لازم.[2]

القول الثاني: قول الحنفية وبعض الشافعية

يرون بطلان هذا شرط وصحة العقد، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، حيث بطلان الشروط التي تشتمل على مصلحة لأحد الطرفين لأنها ليست من كتاب الله، وإن هذا الشرط وهو العمل ليس في كتاب الله تعالى فلا يقتضيه العقد لذا يعتبر شرطا باطلا.

---

[1] العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، المرجع نفسه، ص 210.

[2] أمينة بن جناحي، اشتراط عمل المرأة في عقد الزواج، المرجع السابق، ص591.

القول الثالث: قول المالكية

يرون أن صحة هذا شرط لكن مع الكراهية، ولا يلتزم وفاء به ولكن من أحسن ما لم يشرط يلتزم الوفاء به

يرون أن صحة هذا الشرط لكن مع الكراهية، ولا يلتزم وفاء به ولكن من أحسن ما لم يشرط يلتزم الوفاء به كالطلاق والعتاق واليمين، إذن كل هذه الشروط اشتراطها يكره أثناء عقد عند المالكية ومن أحسن تجنبها لما فيها من تشديد على رجل وقد تسبب خصومات لعدم الوفاء بها، وبعد هذه أقوال الفقهاء المذاهب واختلاف لكل رأي وقول فيهم رأي قائل وجوب الوفاء بالشروط ما دامت لا تخالف مقتضى عقد وفيها منفعة مثل اشتراط المرأة عمل، هذا ما جاء في قرارات و توصيات دورة سادسة عشر لمجلس مجتمع فقه الإسلامي منعقد في دبي في فترة ما بين 30/05 ربيع الأول 1426 التي جاء فيها: يجوز للزوجة أن تشترط في عقد الزواج أن تعمل خارج البيت، فإن رضي بذلك ألزم به، ويكون اشتراط عند العقد صراحة.

أجاز الفقهاء عمل المرأة خارج البيت إذا احتاجت للعمل أو فرضت ظروف المجتمع ومصالحه ذلك على أن يكون في إطار شرعي وضوابط شرعية حددها فقه الإسلامي وهي:

أن يكون العمل مشروعا في أصله ولا تمنع المرأة من مزاولته.

أن لا يتنافى العمل مع طبيعة مرأة.

عدم خلوة و اختلاط بالرجال.

أن تلتزم بالآداب الإسلامية في التعامل مع غيرها.

عدم تعارض عمل المرأة مع واجباتها أخرى.

أن يأذن لها زوجها بالعمل خارج البيت.[1]

أما قانون الأسرة فنص في مادة 19 نجد المشرع جزائري في هذه المادة أكد على شرط العمل المرأة إلا أن المادة 67 من نفس القانون اعتبر أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب حق عنها في ممارسة حضانة و هذه دلالة واضحة من مشرع في تأكيد على أحقية المرأة في العمل، حيث عمل المرأة يمثل في قوة إنتاجية في المجتمع متمثلة في المرأة.[2]

[1] أمينة بلجناحي، اشتراط عمل المرأة في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 591.

[2] حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، المرجع السابق، ص 247.

ولقد تحدث الدستور الجزائري كما في الشريعة الإسلامية سلك مسلكها في تأكيد على عمل المرأة، إذ نصت المادة 69 من تعديل دستوري لسنة 2016 أنه "لكل المواطنين الحق في العمل"، إضافة لنص مادة 36 التي تقر بما يعرف بالتناصف بين الجنسين بين الرجال والنساء في التشغيل حيث أكدت المادة 10 من اتفاقية القضاء على كافة أوجه التمييز ضد المرأة على احترام حق المرأة في العمل.

حيث إن عمل الزوجة إذا لم يكن يتعارض مع مصلحة الزوجة والأولاد و كان غير مخالف لشرع على الزوج الوفاء بالشرط، حيث أن قانون الأسرة في نص مادته 19: أكد على أهمية الشرط ومنه: متى قبل زوج بهذا الشرط فيجب عليه وفاء به، لا يحق له منع زوجته من العمل لأنه سمح لها بذلك، لأن لإذن الذي أعطاه لها يعتبر دائما ما دامت دائمة العلاقة الزوجية بينهما وإذا أمرها وطلب منها امتناع عن العمل ورفضت لا تعد ناشزة لا تسقط نفقتها عليه.[1]

[1] حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، المرجع نفسه، ص 248،249.

الفصل الثاني

دور الإرادة في الاشتراط في عقد الزواج ورقابة القاضي على هذه الشروط

إن وضع الشروط المقترنة في عقد الزواج هو السبيل الوحيد أمام الزوجين لتحقيق منافع والمصالح الضرورية لا يمكن تحقيقها بمجرد إبرام عقد الزواج وهذا ما جعل الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة تعطى لكل من زوجين حق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة، وقيام العلاقة الزوجية خالية من المشاكل، إلا أن ذلك لا يعني أن للزوجين مطلق الحرية في الإشتراط، وذلك لوجود حدود لهذه الشروط، إلا أن مبدأ سلطان الإرادة يدخل في نطاق فلسفة القانون ويعد من أهم مبادئ قانونية التي منحت للمتعاقدين حرية إختيار إبرام العقود وترتيب آثارها وهو يقوم على أساسين هما حرية والمساواة، فالحرية هي أساس الاشتراط الذي يظهر في إرادة التي تنشئ العقد وتحدد أثاره وتختار ما تشاء من مصالح التي تلائمه.

إلا أن قانون أعطى حرية المساواة القانونية التي تحقق مصلحة عامة لإتاحة فرص للجميع دون التفريق.

أي أن ليست كل الشروط التي يضعها الزوجين بإرادتهما تكون محل الاشتراط منها ما هو باطل يخالف مقتضى عقد ومنها ما هو صحيح، وهنا يكون للقاضي دور في تعديل هذه الشروط التي تكون في عقد الزواج

إلا أن اشتراط الزوجين يكون له أهمية ودور في إستقرار علاقة زوجين واستمرارها وعدم انحلالها وهذا يعود للشروط التي وضعها الزوجين أي بحريتهما وإرادتهما والإخلال بهذه الشروط يترتب الجزاء وعلى هذا الأساس سيكون محور دراستنا فيما يخص المبحث الأول الذي نتناول فيه مبدأ سلطان الإرادة في اشتراط في عقد الزواج والمبحث الثاني الذي يتناول دور اشتراط في حماية عقد الزواج فقها وقانونا وجزاء المترتب عن إخلال بالشرط.

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة في الإشتراط في عقد الزواج ورقابة القاضي على هذه الشروط

يتمثل مبدأ سلطان الإرادة في قدرة الإرادة على إنشاء العقد مع مراعاتها الآداب العامة ونظام العام، والذي للزوجين حرية الإرادة ما دامت لا تخرج عن إطار الشريعة الإسلامية ولها منفعة لهما، وللزوجين إرادة في وضع الشروط كذلك لها منفعة لإستمرار الزواج وعدم إنحلاله، كذلك للقاضي دور في المحافظة على هذا العقد وذلك بتعديل بعض الشروط الموضوعة، ففي هذا المبحث ستكون دراستنا حول سلطان الإرادة في الشروط المقترنة بعقد الزواج، ورقابة القاضي على هذه الشروط وتوثيقها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة في الشروط المقترنة بعقد الزواج

يتمثل مبدأ سلطان الإرادة في قدرة الإرادة على إنشاء العقد، وترتب آثار كمبدأ عام يكون من شقين هو مبدأ رضائية يعني كفاية الرضا في إنشاء علاقة التعاقدية، وثاني هو مبدأ العقد الشريعة متعاقدين ومعبر عنه بقدرة الإرادة في ترتيب آثار عقد والتزام طرفي العقد بعدم نقضه أو تعديله إلا بإتفاقهما أو أسباب التي ينص عليها قانون.[1]

حيث أن ترتبط حرية إشتراط في العقد بمبدأ سلطان الإرادة فهي لا تنفك عن هذا المبدأ لأن الإرادة هي منبع الشروط بل أن حرية الإشتراط هو قيود في دائرة الشروط وله المدى حدده الشرع وقانون ضمن الضوابط معينة بإعتبارها جزء من حرية التعاقد.[2]

أغلب إجتهادات الفقهاء المذاهب الأربعة متفقة على أن آثار و أحكام عقد الزواج، هي أبعد ما تكون عن سلطان الإرادة متعاقدين، إذ يقتضي متعاقدين على إبداء رضاهما متبادل لإبرام عقد الزواج، إن استثناء من هذا الأصل العام هو ما أباح الشارع للزوجين من حرية التراضي على الشروط، قد تؤكد مقتضى عقد النكاح أولها منفعة لأحد الزوجين، هذه الشروط مقترنة بعقد الزواج هي غير ملزمة للطرفين إلا إذا كانت متفقة بينهما مع آثار التي عمل بها الشارع الحكيم في ذلك العقد المقدس ما يشترطانه لا يلزم إلا إذا كان الشارع يقره أو لا ينافى مقاصده لأن أحكام الزواج التي يضعها شرع ليست من الحقوق العاقدين فقط لأن أحكام الزواج التي يضعها الشرع ليست من الحقوق العاقدين فقط بل هي من حقوق الأسرة و نظام المجتمع وهذا ما سنتطرق له في فروع التالية:

---

[1] سجى عمر شعبان،ضوابط شروط مقترنة بالعقد في شريعة و قانون، دراسة مقارنة، مجلة كلية قانون لعلوم قانونية و سياسية، المجلد10، العدد37، 2021، ص417.

[2] صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص قانون المدني، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر01، ص106.

الفرع الأول: إطلاق سلطان الإرادة في اشتراط ما يوافق مقتضى عقد الزواج

يتميز الشرط المقترن بالعقد يكون أمرا زائدا على أصل العقد أو أنه أمر مستقبلي يكون في مقدور مشترط عليه،

ومن حيث مصدره فهو شرط إرادي يشترطه المتعاقدين أو أحدهما، يكون قصد منه تحقيق المصلحة الخاصة فيرجع تحديد نطاقه إلى إرادة العاقد، ولكن الشارع قيده بحدود شرعية معينة فليس للعاقد اشتراط أي الشرط يريده، بل يجب ألا يخالف الحكم عقد أو تصرف وإلا عد شرطا لاغيا، هذا وحديث هنا عن الشروط الإرادية مضمنة في عقد الزواج وليس عن عقد النكاح معلق على الشرط مضاف إليه.

أولا: حكم اشتراط ما يقتضيه عقد الزواج

اتفق الفقهاء على صحة الشروط التي يقتضيها العقد وتوافق مقصود الشارع من الزواج، وقد دل على ذلك ما ورد من نصوص الشرعية في أمر بالوفاء بالعقود والشروط، وهذا يدخل تحت حكم الإجماع ما كانت من مقاصد العقد أو مؤكد لمقتضاه أو موافقة لما أمر به الشارع أو جرى بها العرف لأنها من قبيل تأكيد وتوثيق لأمور مقررة شرعا، هذه الشروط تبين مقتضى العقد أو توافق مقتضاه لأن مضمونها واجب تحقق شرعا حتى إذا لم يشترطاها الزوجين، لذلك لا يختلفون على صحتها، أي أنها هي لا تقيد حكما جديدا ولا تؤثر في العقد وعليه يمكن حصر الخصائص ما يقتضيه النكاح في:

1 ما يقتضيه العقد ثابت بإشتراط شارع و إيجابه و جعله

فما يتضمنه العقد من أحكام أساسية مستحقة للعاقد لا يجعل مكلف و إشتراطه هو الذي ملك الزوج المنافع يضع وجعلها خاصة له في حدود ما أحل له، فلا يصح هبتها ولا المشاركة غير فيها وحوله القوامة وملكه عصمة المرأة، قبول الزواج إليه وإزالة العصمة بيده وكذلك أمره أخذ بالمعروف أو تسريح بإحسان وواجب العشرة بالمعروف على الزوجين، وجعل المهر من لوازم النكاح وواجباته فلا حاجة بالمتعاقدين لاشتراط هذه الأشياء أو نفيها لأن الاشتراط ذلك تضمنه نصوص الشرعية وقواعد عامة للشريعة الإسلامية أما المصالح والمنافع التي تختلف بإختلاف الظروف والأحوال لابد من اشتراطها.[1]

2 ما يقتضيه عقد النكاح محل اتفاق بين العلماء المسلمين

لأن من لوازم العقد ومدلولاته التي تشرع من أجلها وجعل دالا عليها، ومتضمنا للأحكام التي وضعها الشارع في عقد الزواج مباشرة دون اشتراطها من العاقدين كالنفقة وإرث وغيرها إلا أن الفقهاء متفقين على ما يتضمنه العقد

[1] فخات عبد العزيز، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، رسالة شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص الحماية الجنائية للأسرة، معهد الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة، ص ص340،341.

لازم بموجب استلزامه له وبعضهم يزيد شئ آخر وهو أن ما يتضمنه العقد واجب للنصوص التي جاءت بالأمر بالوفاء بالشروط كحديث عقبة بن عامر الذي رواه بخاري وغيره عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: "أحق ما أوفيتم من شروط ما استحللتم به فروج" فإن كثير من علماء حملوا هذا الحديث على شروط التي يحتويها عقد.[1]

ومن أمثلة الآثار التي يقتضيها عقد الزواج بالنسبة للزوج :

تسليم الزوجة

قوامة الزوج على زوجة لقوله تعالى:"الرجال قوامون على نساء". سورة النساء الآية34.

كون الطلاق بيد زوج قوله تعالى:"وإذا طلقتم نساء". سورة البقرة الآية232.

حبس الزوجة على مصالح زوج لقوله تعالى: "وقرن في بيوتكن."سورة الأحزاب الآية33.

وآثار التي يقتضيها عقد النكاح بالنسبة للزوجة و أمثلة ذلك:

المهر لقوله تعالى: "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة". النساءالآية04.

السكن لقوله تعالى: "اسكنوهن من حيث سكنتم". سورة الطلاق الآية06.

النفقة لقوله تعالى: "لينفقن ذو سعة من سعته". سورة الطلاق الآية07.

العدل بين الزوجات لقوله تعالى: "فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا. "سورة النساء الآية03.

و من أمثلة آثار الحقوق المشتركة بين الزوجين التي يقتضيها عقد النكاح:

حل الوطء لقوله تعالى: "هن لباس لكم و أنتم لباس لهن". سورة البقرة الآية187.

ثبوت التوارت لقوله تعالى:"ولكم نصف ما ترك أزواجكم". سورة النساء الآية12.

ولقوله تعالى: وإن معاشرة بالمعروف لقوله تعالى: "وعاشروهن بالمعروف". سورة النساء الآية19.

ثانيا: الشروط الموجبة و المؤكدة لمقتضى عقد النكاح

[1] فخات عبد العزيز، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع نفسه، ص342.

الشروط الموافقة لمقتضى عقد الزواج إما تكون موجبة لحكم من أحكام عقد الزواج أو مؤكدة لحكم يقتضيه هذا العقد:

1 شروط موجبة لحكم من أحكام عقد الزواج

ما كان اشتراطه من قبل جعله مستحقا للعاقد بمجرد إحداث العقد المتراضي عليه من طرفين أي أن شارع يرتب حكم أصلي للعقد وينفذه في وقت نفسه، كل أمر من أجله شرع العقد فهو متضمن له وتنفيذه بإرادة الأفراد لا إرادة الشارع، فهي أحكام التي تجب بالعقد من غير الشرط، كأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون خالية من الموانع الشرعية، لا تكون زوجة للغير أو أن تكون له قوامة عليها أو تكون مطيعة له في غير معصية، أو أن تشترط الزوجة على زوجها ينفق عليها أو يدفع لها المهر، كل هذه الشروط موجود ومن مضمون العقد ودل عليها الشرع و كما دل عليها العرف وعادة فإذا اقترنت بعقد النكاح هي صحيحة باتفاق الفقهاء ووفاء بها واجب من طرف آخر شرعا سواء اشترطت في العقد أو لم تشترط، والشروط الموجبة لحكم من أحكام عقد الزواج والمواقف لما أمر به شارع عديدة:

كإشتراط النفقة و السكن على الزوج.

اشتراط الزوج أن تكون له قوامة على زوجته أو حق تأديبها.

اشتراط الزوج أن لا تخرج إلا بإذنه.

اشتراط المرأة أن يقسم بينها و بين ضرائرها بالعدل في حالة التعدد.

كل هذه الشروط مذكورة صحيحة لأن غرض من اشتراطها هو تحقيق توافق بين الزوجين وما يلائم مقصود الزواج.

2 شروط مؤكدة لحكم يقتضيه عقد الزواج

هذه الشروط لا توجب حكما من أحكام عقد النكاح وهي تأكد حكم من أحكامه عندما يقتضيه هذا العقد، وهدف أساسي الذي يدفع متعاقدين أي الزوجين إلى وضع الشروط تكون من محتوى العقد رغبتهما على ضمان هذه الحقوق فتلجأ الزوجة إلى اشتراط على زوجها بأن ينفق عليها أو يعطيها مهرها معجلا، وإذا كانت هذه الشروط مؤكدة لحكم يقتضيه عقد الزواج هذه الشروط جائزة صحيحة ولا توقع عقد في خللا باتفاق الفقهاء[1]

ثالثا: الشروط التي جرى بها العرف أو دل على اعتبارها الدليل الشرعي

[1] فخات عبد العزيز، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ص ص345،344،343.

1 الشرط الذي جرى به العرف

هو ما تعارف ناس عليه في عقود من الشروط لا تخالف الشريعة وجرى ذلك مجرى العرف المشتهر الملزم بحكم العادة وإن كان في هذه الشروط منفعة زائدة لأحد الزوجين من غير إضرار مثل:

إقامة مراسيم الزواج حسب متعارف عليه.

تحديد النفقة والكسوة ومسكن.

عرف جاري في بعض مجتمعات على أن مهر يقسم إلى مقدم عند العقد ومؤخر لما بعد الدخول.

2 الشروط التي دل على اعتبارها الدليل الشرعي

هي الشروط التي دل عليها من الكتاب والسنة والإجماع إذا اشترطا أحد الزوجين على آخر شرطا من هذا النوع كان شرطا صحيحا معتبرا والوفاء به واجب باتفاق الفقهاء.

الفرع الثاني: تقييد حرية إرادة عن اشتراط ما ينافى مقتضى عقد الزواج أو ثبت النهي عنه

اتفق علماء على أن شروط في كل عقود نكاح كذلك من اشترط الشروط تخالف ما كتبه الله على عباده وتتضمن تلك شروط أمر بما نهى الله عنه أو عما أمر به أو تحريم ما حلله أو تحريم ما حرمه كل هذه الشروط باطلة بإتفاق المسلمين.

أولا: تقييد حرية إرادة عن اشتراط ما ينافى مقتضى عقد الزواج

مقتضى العقد يقوم على أساس أن إرادة الزوجين لا تنشأ عقدا بقدر ما تحقق انضمامها إلى النظام التشريعي القائم بحيث تقتصر إرادتهما على رغبة واتجاه نحو إبرام عقد الزواج و ليس لهما مناقشة أو تعديل آثاره، فهي لا تنشئ من الشروط إلا ما نص الشارع على إباحته أو كان موافقا لمقتضى العقد، أما ما وراء ذلك فالإرادة لا تملك إنشاء، وإذا اقترن عقد الزواج بما ينافى مقتضاه من الشروط صح النكاح عند جمهور الفقهاء ويبطل الشرط ويلغى بلا اتفاق لأنها الشروط تتضمن إسقاط الحقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلا تصح، ولمنافاتها لمقاصد العقد ولمخالفتها ماجاءت به نصوص الشرعية وسبب صحة عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط هو كون هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في عقد لا يشترط ذكره ولا يضره الجهل به.[1]

ثانيا: تقييد سلطان الإرادة بالشروط منهي عنها شرعا

[1] فخات عبد العزيز، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع نفسه، ص ص345،347.

حق الشرع أو حق الله هو كل ما ليس للعبد إسقاطه وهو أمره ونهيه، والشريعة الإسلامية وصلت بدقة أوامرها ونواهيها وتفصيل ما حرمت على العباد درجة لم يصل إليها التشريع ولا القانون، وكل هذا لتحقيق أنبل غايات في الدين ودنيا وآخرة تدفع عنهم دوائر السوء، والإفساد انطلاقا من هذا حمى الشارع عظيم مصالح المعتبرة للجماعة المسلمة جملة وتفصيلا فحرم على أفرادها الخروج عليها باتفاقهم، كما حرم كل أمر يكون سبب محرم بالعقود أو الشروط أو غيرها، كأنواع الأنكحة والشروط التي ورد نهي الشارع عنها بنص صريح، تكون باطلة بسبب ذلك نهي.

وهذه الشروط محرمة شرعا لا يجوز اتفاق عليها ولا اشتراطها في عقد الزواج وهي باطلة مبطلة للعقد من أصله وباطلة في نفسها مثل:

اشتراط تأقيت النكاح ويدخل في ذلك نكاح المتعة: كأن يشترط الزوج والزوجة تأقيت النكاح وهو تزويج المرأة إلى أجل فإذا انقضى وقعت الفرقة، وهو ما يسمى بنكاح المتعة أو نكاح المؤقت، وقد تواترت الأحاديث بتحريم نكاح المتعة،[1] عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال "نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن متعة النساء يوم خيبر".[2]

قول النبي صلى الله عليه و سلم: "إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة". صحيح المسلم، رقم1406.

1 نكاح الشغار

وصفته أن ينكح الولي موليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر موليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه ببضع الأخرى، وجاء النهي عن نكاح الشغار[3]في حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: "نهى رسول لله صلى الله عليه وسلم عن الشغار." صحيح البخاري، رقم5112.

[1] فخات عبد العزيز، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ص353،354.

[2] رواه البخاري و المسلم.

[3] فخات عبد العزيز، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع نفسه، ص355.

2 نكاح التحليل

والمحلل هو الذي يتزوج المطلقة ثلاثا بشرط إحلالها لمطلقها، وجاء النهي عنه في حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: "لعن رسول الله صلى الله عليه و سلم المحلل و المحلل له." أخرجه أحمد، رقم4284.

الفرع الثالث: مدى حرية الإرادة في اشتراط ما ليس من مقتضى عقد الزواج وفيه منفعة للزوجين

وهي الشروط التي يشترطها أحد الزوجين على آخر وليست من مقتضى عقد الزواج ولا من مستلزماته فترتب آثر من الآثار التي تترتب عليه وجوبا ولا تنافى أحكامه ولا تحل بمقصد من مقاصده، ولم يرد من الشارع دليل خاص باعتبارها ولا تتعلق بما يناقض العقد كما لم يرد من الشارع النهي عنها لكنها لتحقق مصلحة معتبرة و منفعة للمشترط، هي الشروط الجعلية من إنشاء العاقد و اشتراطه لا من إنشاء الشارع وإيجابه، فاشتراط الرجل على إمرأته أو وليها في عقد النكاح تقسيط مهر أو تأجيله، أو أن تكون بكرا أو جميلة أو متعلمة ما اشترطه عليها كان لازما كذلك اشتراط زوجة أو وليها على زوج فما اشترطته في العقد لزم بموجب التزام الزوج لها، إلا أن الشروط الجعلية قد يقال أنها شرعية بالنظر إلى أن الله هو الذي أباح للمكلف الانتفاع بها في الأصل قبل الإشتراط.[1]

المطلب الثاني: رقابة القاضي على الشروط المقترنة وتوثيقها في عقد الزواج

الشروط المقترنة بعقد الزواج اعتبرت من أهم المواضيع التي حظيت بالاهتمام الفقهي وهذا ما اختلفت فيه المذاهب الفقهية منذ القدم، إلا أن المشرع الجزائري اهتم بهذا الموضوع من شريعة أول قانون أسرة رقم84، في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم05_02، والأصل هو تعديل العقد من طرف المتعاقدين، فتدخل القاضي جاء كاستثناء لأن القانون لا يسمح للقاضي في تعديل العقد إلا في بعض الحالات التي سنعالجها في الفروع الموالية.

سنتطرق في الفرع الأول على دور القاضي في تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج أما الفرع الثاني حدود سلطة القاضي في تعديل الشرط، والفرع الثالث توثيق الشروط المقترنة في عقد الزواج.

الفرع الأول: دور القاضي في تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج

[1] فخات عبد العزيز، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ص356،357.

طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز للقاضي تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج غير أن هذا المبدأ عليه استثناء وهو خالا تدخل القاضي في تعديل الشرط، فيمكن لجوء أحد الزوجين إلى القضاء ليطلب إعفاءه من تنفيذه من طرف أحد الزوجين، أما في قانون الأسرة الجزائري لم يورد نص خاص يمنح للزوجين حق اللجوء للقضاء لإبطال شرط في حالة عدم القدرة على تنفيذه، أي يبقى خاضعا للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري.[1]

بالرجوع لنص المادة 19 ق.أ.ج نجدها قد أجازت للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الشرعية التي يريانها ضرورية، بالتالي فالشروط تكون أما في عقد الزواج المبرم لدى موثق أو في وثيقة رسمية لاحقة لعقد الزواج تبرم أيضا لدى موثق تسمى ب"الاتفاق على شروط الزواج"

يظهر دور القاضي في تقدير الأمور في حالة مخالفة الزوج شرط الزوجة المقترن بالعقد أو اللاحق به، فعلى القاضي أن يراقب هذه الشروط موضوعية في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، فإذا كانت هذه الشروط مخالفة لأحكام الأسرة تعتبر هذه الشروط باطلة والعقد صحيحا، ولا يستجيب القاضي للزوجة في طلب التطليق، كأن تشترط الزوجة على زوجها عدم الإنجاب، وهو مخالفة لنص المادة 04 والمادة 35 من ق.أ.ج.[2]

إذا كان الاشتراط جائزا شرعا، فإن هذا الاتجاه له ما يؤكده قانونا، والمتمثل في مبدأ "العقد شريعة المتعاقدان" باعتباره أهم المبادئ التي تقر في حرية التعاقد، أي المقصود بهذا المبدأ أن العقد يلزم المتعاقدان، كما يلزمهما القانون فلا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد، و إنهاءه، لهذا يمتنع على القاضي أن يستقل بإرادته المنفردة بتعديل العقد، أو إنهائه، إذ يتمثل دوره في تحديد الحقوق والالتزامات في العقد الصحيح فقط، وإذ يرى البعض بأن تدخل القاضي يعتبره قيدا على حرية المتعاقدين في التعاقد لأنه إذا أسقط الشرط، فإنه بذلك يكون قد ألغى جزءا من العقد.[3]

إذا القاعدة العامة في العقود وفقا للمادة 106 من ق.م.ج تقضي بما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقرها القانون".[4]

وعليه نخلص إلى أنه إذا كان الأصل أن القاضي لا يتدخل في تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج دون طلب من الزوجين واتفاقهما، إلا إن القانون منح له حالات يتدخل فيها ليس ليوضح إرادة الطرفين، وإنما لتعديل العقد من

[1] معروف أشواق، طابي حنان، الشروط الجعليةو دورها في استمرارية عقد الزواج، المرجع السابق، ص35.

[2] هشام ذبيح، عبد الرؤوف دبابش، حق الزوجة في ذلك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الاسرة الجزائري و الشريعة الاسلامية، أطروحة شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص قانون الاحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2019-2020، ص204.

[3] لعريبي ايمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، المرجع السابق، ص64.

[4] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم.

خلال تعديل الشرط أو إنهاءه خروجا عن إرادتهما معا، وبالرجوع إلى ق.أ.ج نجد أن المشرع لم يحدد سلطة القاضي في نصوص قانونية بصورة دقيقة إعطاءه للزوجة التي تم الإخلال بما اشترطته كجزاء على هذا الإخلال حق طلب التطليق.[1]

فبالرجوع إلى نص المادة 35 من ق.أ.ج نجدها تنص: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".[2]

ونص المادة 104 من ق.م.ج: "إذا كان في العقد شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل".[3]

مثال كما ذكرنا سابقا اشتراط زوج على زوجته ألا ينفق عليها فهنا القاضي يبطل الشرط مع إبقاء العقد صحيح دون اللجوء إلى انحلاله، أي إذا كان الشرط باطلا فيصاب البطلان عليه وحده دون إبطال العقد.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في الموضوع في مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لمخالفة زوجها الشروط المقترنة بعقد الزواج

سلطة القاضي في تعديل العقد مقيدة، لأن القانون أعطى للقاضي في التعديل في حالات محددة ولديه السلطة التقديرية الواسعة في النظر إلى السبب الذي استندت عليه الزوجة في المطالبة بالتطليق إذا أخل زوجها بالشروط المتفق عليها فهنا يحق لها اللجوء إلى القضاء للمطالبة بوفاء الشرط المتفق عليه أو التفريق، ونوضح ذلك من خلال ما يلي:

أولا: مراقبة القاضي تواجد الشرط

من خلال نص المادة 19 ق.أ.ج يمكن للزوجة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق أن تشترط أي شرط تراه ضروريا لها، فإذا تم توثيقه فلا يكون هناك إشكال في الإثبات، أي تسهل على القاضي بالرجوع إلى عقد الزواج الذي سجل فيه هذا الشرط أبرم عند موثق ليتفحص وجود الشرط أو عدمه، وفي حالة عدم تدوين الشرط إلا أن المادة 19 من ق.أ.ج لم تتكلم عن طريقة الإثبات في حالة عدم التدوين، فهنا يكون الإثبات بالرجوع إلى القواعد العامة للإثبات في القانون المدني.[4]

---

[1] لعريبي ايمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، المرجع السابق، ص65.

[2] المادة 35 قانون الأسرة المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم.

[4] هشام ذبيح، عبد الرؤوف دبابش، حق الزوجة في ذلك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الاسرة الجزائري و الشريعة الاسلامية،المرجع السابق، ص205.

1 إثبات الشرط في حالة تدوينه في العقد

"إن الموظف الحالة المدنية والمكلف بإبرام عقود الزواج ملزم بمراقبة الشروط المقترنة بعقد الزواج"، وحتى يكون العقد صحيحا لابد من مطابقة الشروط بالقانون.[1]

ووفقا للمادة 22 من ق.أ.ج "يثبت الزواج بمستخرج من سجلات الحالة المدنية..."، فإذا الشرط يثبت باستخراج نسخة عقد الزواج، فبذلك تدوين الزوجة لشرطها في عقد الزواج في عقد رسمي صادر من عند موثق يعتبر دليل إثبات أمام القضاء، ويمكن للقاضي الاستناد إلى هذه الوثيقة للنظر في مدى صحة مطالبة الزوجة بالتطليق لزوجها من أجل مخالفته للشرط المقترن بالعقد والمتفق عليه.[2]

2 إثبات الشرط في حالة عدم تدوينه في العقد

قانون الأسرة لم يتكلم عن وسائل الإثبات الغير المدونة في العقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق هذا ما جعل صعوبة في إثبات الشرط المقترن بالعقد في حالة مطالبة الزوجة به رغم غياب الدليل مما يتطلب بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني لمعرفة طرق الإثبات، ومن ثم يحق للزوجة المطالبة بالتطليق لمخالفة الزوج الشرط الذي تم إثباته عن طريق القضاء، وبالرجوع إلى القانون المدني نجد عدة طرق الإثبات كشهادة الشهود و الإقرار واليمين والقرائن هذا ما سوف نتطرق عليه في بعض النقاط الموالية:

أ شهادة الشهود

الإثبات بالشاهد أم القضاء هو أن يؤدي الشهادة أمام القاضي.[3]

الشهادة بالشهود من الناحية القانونية تكون جائز، وتبقى السلطة التقديرية مطلقة للقاضي في الإجابة عن هذا الطلب أو عدم إجابته، و شهادة الشهود تكون في حالة غياب الدليل الكتابي للإثبات، فطبقا للمادة 336 ق.م.أ الذي نص على "يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي..."فحسب هذه المادة يجوز للزوجة أن تلجأ لشهادة الشهود للإثبات، كما أن

[1] مزوزي أحمد بن يوسف، اشكالات إبرام عقد الزواج في مصلحة الحالة المدنية، المجلد02، العدد01، جامعة مصطفى اصطمبولي، الجزائر، مارس2022،ص243.

[2] هشام ذبيح، عبد الرؤوف دبابش، حق الزوجة في ذلك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الاسرة الجزائري و الشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص206.

[3] محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية، الطبعة الاولى، مكتبة دار البيان، دمشق.بيروت، 1982، ص181.

القاضي السلطة في تقدير الشهادة و كفايتها، فللمحكمة سلطة مطلقة في تقدير شهادة الشهود، كما لا يكون للقاضي ملزما بتصديق الشاهد في كل أقواله.[1]

ب الإقرار

الإقرار هو الاعتراف وإظهار الحق لفظا أو كتابة أو إشارة، عرفه الفقهاء بتعريفات مختلف تبعا لاختلافهم في الأحكام المتعلقة به عندهم، ويلاحظ أن بعض الفقهاء وخاصة الحنابلة وشرح القانون عرفوا الإقرار بأنه اعتراف.[2]

"فالاعتراف تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة فيجب إذن أن تتوافر فيه شروط التصرف القانوني ومنها اتجاه إرادة المقر إلى إحداث أثر قانوني".[3]

قال الله تعالى: "وإذا أخذنا ميثاقكم لا تسفكون دماءكم ولا تخرجون أنفسكم من دياركم ثم أقررتم وأنتم تشهدون".[4]

وعليه الشريعة الإسلامية اعتبرت الإقرار دليلا للإثبات وهي في ذلك لم تختلف مع القوانين الوضعية، بل اعتبرتها الشريعة الإسلامية سيد الأدلة.[5]

ج اليمين:

اليمين قول يتخذ فيه الحالف بالله شاهدا أمام القاضي على صدق ما يقول، ويعتبر الدين عملا دينيا، واليمين طريق من طرق الإثبات فهي قضائية وغير قضائية أما اليمين القضائية فهي التي توجب للخصم أمام القضاء، واقتصر المشرع على تنظيم اليمين القضائية أما الغير القضائية فيتبع بشأنها القواعد العامة، وبهذا يمكن للزوجة في حالة عدم تدوين شرطها أثنا العقد يمكنها أن توجه لزوجها اليمين عن طريق القاضي للحسم في النزاع، هذا ما يسمى باليمين الحاسمة هي ما يوجهها الخصم إلى خصمه عند العجز عن إثبات حقه، أما اليمين المتممة

---

[1] هشام ذبيح، عبد الرؤوف دبابش، حق الزوجة في ذلك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الاسرة الجزائري و الشريعة الاسلامية، المرجع السابق،ص207.

[2] محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص ص232، 24.

[3] هشام ذبيح، عبد الرؤوف دبابش، حق الزوجة في ذلك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الاسرة الجزائري و الشريعة الاسلامية، المرجع نفسه، ص207.

[4] سورة البقرة 84.

[5] عبد الله شهرزاد، صافي حبيب، الإقرار كوسيلة إثبات في الفقه الاسلامي و القانون الجزائري، المجلة لجزائرية للمحفوظات، المجلد14، العدد01، جامعة وهران01، جوان2019، ص02.

يستكمل بها الحاكم ما نص من أدلة الخصم أثناء سير الدعوى، فيمكن للقاضي لإكمال قناعته فيما يتعلق بالشرط المقترن بعقد الزواج أن يوجه اليمين للزواج أو للزوجة لكي تشكل لديه قناعة تامة.[1]

د القرائن

"عرف فقهاء الشريعة الإسلامية القرينة أنها أمارة أو علامة تدل على شيء مجهول كما ركزوا في تعريفاتهم على الجانب الموضوعي، "نصت عليها المادة 340 من ق.م.أ على أنه يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون حي لا يجوز الإثبات بها إلا في بعض الحالات التي يجيز القانون الإثبات بالبينة، فنجد أن المشرع بالقرائن القانونية والقرائن البسيطة.[2]

القرائن البسيطة هي كل قرينة لا تبلغ حد القطع إثباتا، فيجوز إثبات عكسها بطرق الإثبات الأخرى، أما القرائن القانونية هي التي لا يمكن معارضتها بإثبات عكسها وهي قليلة نسبيا.[3]

الفرع الثالث: توثيق الشروط المقترنة في عقد الزواج

لقد اشترط قانون الأسرة الجزائري ضرورة توثيق الشروط المقترنة في عقد النكاح حتى يسهل تقديمها كبينة أمام القضاء في حالة إقامة الدعوى أو في مجلس الصلح في حال التنازع حول الشرط من الشروط حيث جاءت مادة 19من ق.أ.ج، التي نص المشرع على اشتراط في عقد الزواج الشروط الذي يريانها ضرورية إلا التي تتنافى مع أحكام القانون، ومن هنا قول المشرع:"أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق" من هنا نرى يجب التوثيق، وأنه الوسيلة الوحيدة المقررة قانونا لإثبات الشروط في حال حدوث تنازع على هذه الشروط، والمشرع لم يذكر وسائل أخرى مثل: شهادة شهود ويمين ونكول، ويبقى ذلك لاجتهادات محكمة عليا باعتبارها جهة القضائية الوحيدة مخولة قانونا بتوحيد الاجتهاد القضائي حيث أن يكون إثبات بالسند القانوني مقدم من طرف مدعى، أو أن الإثبات يبقى خاضعا للقواعد العامة المقررة في الإثبات الدعاوى، ويجب أن إقرار أحد الزوجين بصحة الشرط الذي اشترطه زوجه، يكون مقبولا لدى قضاء إعمالا للقاعدة القانونية: الاعتراف سيد الأدلة.[4]

وكذلك فعل المشرع المصري في ضرورة تنصيص على الشروط حيث جاء في مادة 09 من مشروع القانون الأحوال الشخصية المصري لعام 1962: "إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطا فيه منفعة لها ولا ينافى

---

[1] هشام ذبيح، عبد الرؤوف دبابش، حق الزوجة في ذلك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الاسرة الجزائري و الشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص209.

[2] رحاب شادية، القرينة و دورها في الإثبات في القضاء الإسلامي، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص ص03 ،04.

[3] هشام ذبيح، عبد الرؤوف دبابش، حق الزوجة في ذلك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الاسرة الجزائري و الشريعة الاسلامية، المرجع نفسه، ص209.

[4] سعيد خنوش، توثيق الشروط الجعلية في عقد الزواج، المرجع السابق، ص180.

مقاصد النكاح لها حق فسخ النكاح إذا لم يف لها بالشرط، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته أو رضيت بمخالفة الشرط" ،فقول المشرع "إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطا..." إشارة على وجوب تدوين الشروط الاتفاقية في العقد، فيقتضي أن يكون هذا الشرط في نفس العقد.

و جاء في قانون الأحوال الشخصية كويتي رقم 51 لسنة 1984، في مادة 41 منه: "يجب أن يكون شرط محلا في وثيقة العقد"، وحيث أن قانون الكويتي كان أوضح من سابقيه في هذه مسألة حيث أنه ذكر تسجيل صراحة، وأفرد له مادة كاملة في حيث ذكر تسجيل في قانون الجزائري والمصري ضمنا لا صراحة.

ولقد سلك قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ما سلكه قانون الكويتي أي أن في وجوب التوثيق حيث جاء في المادة 20 فقرة 06 من قانون 28-2005 لا يعتد عند الإنكار بأي شرط إلا إذا نص عليه كتابة في عقد الزواج موثق".

و ذكر قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 بتاريخ07-09-1953 ذلك أيضا بقوله في المادة 07: "تجبر الزوجة على سفر مع زوجها إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك، أو وجد قاضي مانعا من سفر"

وكذلك جاء قانون الأحوال الشخصية أردني، ضرورة تسجيل الشروط في وثيقة العقد، حيث جاء في المادة رقم 19 من قانون رقم 02 لسنة 1976 المنشور بتاريخ 1976/12/01: إذا اشترطا في العقد شرط نافع لأحد طرفين ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج ولم يلتزم بما هو محظور شرعا وسجل في وثيقة العقد، وجب مراعاته..."

أما مدونة الأسرة المغربية فإنها ذكرت: للمرأة حق في أن تشترط في عقد النكاح ألا يتزوج عليها، وأنه إذا لم يوفي الزوج بما التزم به، يبقى للزوجة حق طلب الفسخ النكاح، ومن هذا نص يفهم أن شروط يجب أن تكون مكتوبة في عقد.[1]

وقال الأستاذ عبد الكريم شهبون في شرحه لهذا الفصل: "واشتراط المرأة ألا يتزوج عليها ولها الخيار إن فعل، يعتبر عادة من عقود التطوعات، وتكره كتابته في صلب العقد، وهو من الشروط التي لا تتفق مع العقد ولا تنافيه فإذا وقع الشرط وكتب داخل العقد عمل عليه، وثبت لها الخيار، فإن لم يجعل لها خيارا، وإنما اشتراط لها عدم الزواج، استحب له الوفاء بالشرط ولا يلزمه، وقال جماعة من الفقهاء يلزمه، والقول بالزوم أولى".[2]

من هنا نرى أن مسألة توثيق الشروط في وثيقة رسمية، أمر كادت أن تجمع عليه قوانين الأحوال الشخصية العربية، وأن إقامة دعوى مخالفة الشروط لا تسمع أمام القضاء إلا عند تقديم وثائق رسمية، ومن هنا كل القوانين ذهبت أن أمر يحقق المصلحة العامة ويتماشى مع مقتضيات فساد الزمان، حيث أن استبعاد الشهود في

[1] سعيد خنوش، توثيق الشروط الجعلية في عقد الزواج، المرجع السابق، ص ص181،182.

[2] عبد الكريم شهبون، شرح المدونة الأحوال الشخصية المغربية، د.ط، 1987، ص139.

هذه مسألة أمر منطقي في اعتبار فساد الزمن، لأن اشتراط بين المتعاقدين مسألة غموض حيث يأخذ تثبيت الشرط ما بين أخذ ورد والنقصان و الزيادة بين المتعاقدين هذا الأمر يمنع استقرار شهادة الشهود على أمر معين، وبالتالي لا ينفع في هذه حالة إلا التوثيق في وثيقة رسمية أمام عون المكلف بذلك، وتوقيع المتعاقدين على وثيقة معا.[1]

يقول الأستاذ بدران أبو العينين: "وقد كان المشرع في وضع هذه القيود والشروط القانونية، متبعا للمبدأ العام المقرر في الشريعة الإسلامية: وهو أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص، وأن لولي الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوي، وأن يقيد سماعها بما يراه من القيود تبعا لأحوال الزمان، وحاجة الناس لصيانة الحقوق من العبث والضياع"، والمشرع قصد من وضع هذه الشروط والقيود القانونية، أن يحقق عقد الأغراض الأساسية ذات الأثر الكبير في حياة الاجتماعية نذكر منها:

حفظ الحقوق الزوجين، وحماية مصالحهما الناشئة عن الزواج، بصيانة عقد الزواج الذي هو أساس رابطة الأسرة عن العبث والضياع بالجحود والإنكار، إذا ما عقد اثنان أو اشترطا بدون وثيقة رسمية، ثم أنكره أحدهما، وعجز الآخر عن الإثبات، فلو كان عقد زواجهما أو شروطهما مسجلة في وثيقة رسمية لم يكن هناك مجال للإنكار، منع ذوي الأغراض السيئة من أن يرفعوا دعاوي الزوجية وما يلحق بها أمام القضاء زورا وبهتانا، فقد أتبث الحوادث الكثيرة السابقة على وضع هذه الشروط والقيود القانونية إن بعض من الأخلاق لهم كانوا يرفعون قضايا زوجية أمام محاكم لا أساس لها من الصحة، للنكاية والكيد بالمدعى عليه أو للشهر به لأغراض السيئة اعتمادا على سهولة إثبات الزوجية ولواحقها بشهادة الشهود.[2]

مسؤولية الموثق وضابط الحالة المدنية في تثبيت الشروط:

إن الموظف المؤهل قانونا للقيام بتحرير وتسجيل عقد الزواج داخل الوطن بين الجزائريين وغير الجزائريين، هو إما الموثق التابع للمحكمة أو ضابط الحالة المدنية التابع للبلدية، ووظيفة ضابط الحالة المدنية محددة بنص المادة03 من قانون الحالة المدنية، الصادر بموجب الأمر رقم:70_20 في 19_02_1970، وبنص المادتين:72_73 منه، وتتلخص أساسا في تلقي التصريح بالولادات والوفيات و تحرير عقود الزواج و إثباتها وتدوينها في سجلات الحالة المدنية، ووظيفة الموثق محددة بنص المواد:71_72_73 من نفس القانون وتتلخص في تحرير عقد الزواج ومراعاة البيانات الواجب إدراجها في العقد، يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يحقق من صحة أو عدم صحة ما يدلى به إليه من تصريحات والوقائع والشروط تتعلق بعقد الزواج هذا ما سنبينه فيمل يلي:

[1] سعيد خنوش، توثيق الشروط الجعلية في عقد الزواج، المرجع السابق، ص183.

[2] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانوند، د.ط، دار النهضة العربية للطباعة و النشر و التوزيع، 1998، ص78.

أولا: سلطة التحقق من موافقة النظام العام

في الحقيقة أن قانون الأسرة لم يتحدث مطلقا عن سلطة الضابط الحالة المدنية والموثق بشأن فحص و المراقبة شروط انعقاد الزواج أو شروط صحته، ولم يتحدث أيضا عن مسؤولية الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها أثناء قيامها بمهامها، بالرجوع إلى قانون الحالة المدنية خاصة المادة77 منه فإنها تنص على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية والموثق اللذين لا يحترمان تطبيق الإجراءات أو الإشكال والقواعد المتعلقة بكيفية إبرام وتحرير عقود الزواج وتسجيلها ، وبناءا على ذلك فإنه إذا كان القانون يتطلب لإبرام عقد الزواج تقديم مستندات معينة مثل المستندات المنصوص عليها في المادة 75من قانون الحالة المدنية والمتعلقة بزواج المطلقة أو المتوفى عنها زوجها،أو يتطلب صفة أو الحالة المعينة مثل الحالات و الصفات المنصوص عليها في المواد 07 و09 و09 مكرر من قانون الأسرة، والتي تنص على سن أهلية الزواج وتوفر ركن الرضا والشرط الولي والصداق والشاهدين والموانع الشرعية للزواج، فإن من حق الموثق و ضابط الحالة المدنية التحقق من توافر جميع ما يتطلبه القانون، فيقوم بتحرير العقد عندئذ أو يرفض تحريره إذا تبين له خلاف ذلك، يمكننا القول بأن القانون قد حصر سلطة الضابط الحالة المدنية والموثق في حالة واحدة هي الشروط التي وقع النص عليها في القانون بوصفها من الإجراءات التنظيمية بقصد ضمان انعقاد العقد وضمان صحته وفقا للشكل والهدف الذين يتوخاهما المشرع، ولا يجوز للمتعاقدين مخالفتها باعتبار ذلك من قواعد النظام العام.

ثانيا: سلطة التحقق من صحة الشروط التي شرعت لحماية مصلحة الزوجة

إن هناك شروط نص عليها القانون من اجل تدعيم مصلحة أحد المتعاقدين وضمان حمايتها، ويجوز لمن شرعت لمصلحة أن يتنازل عنها ويقبل الشروط التي تخالفها، ولا تخالف نصا ناهيا أو آمرا في القانون، إذا كان القانون قد أباح تعدد الزوجات متى توفر المبرر الشرعي، ووجدت نية العدل بشرط أن يخير الزوج زوجتيه السابقة واللاحقة بذلك، قبل إبرام عقد الزواج الثاني، فإن هذا الشرط قد اشترطه القانون لمصلحة الزوجتين فإنه يجوز للزوجة الأولى أن تتنازل عنه، ويجوز للزوج أن يشترط على الزوجة الأولى أثناء العقد ألا يعلمها بعزمه على الزواج من غيرها ثانية عندما يرغب في ذلك، ومن كل هذا هي أن الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو غيرهما ممن يكون مؤهلا قانونا بتحرير عقود الزواج وتسجيلها لا يجوز له أن يتدخل بين الزوج و زوجته ويطلب منه تقديم بيان يدل على أنه قد أعلم الزوجة الأولى و الثانية، أو يرفض تحرير عقد زواجه الثاني، ذلك أن قانون الأسرة منح للزوج حق الزواج بأربعة عندما يتحقق الشرط المبرر الشرعي وشرط النية العدل وشرط إخبار كل واحدة من الزوجتين، ومن هنا ليس للموثق سلطة التدخل في توفرها أو عدم توفرها بعضها أو كلها، حيث إن منح القانون كل واحدة من الزوجتين عندما إبرام الزواج بدون علمها أن تلجأ إلى القضاء وطلب حقها في الطلاق لعم رضاها بهذا الزواج الجديد دون أخذ رأيها ورضاها ومن هنا إن الشروط التي شرعت[1] لحماية

[1] سعيد خنوش، توثيق الشروط الجعلية في عقد الزواج، المرجع السابق، ص ص184،185.

الزوجة المادة 08 من ق.أ.ج، ويجوز كذلك للزوجة أن تتنازل وتقبل بالزواج الجديد، حتى لو لم يوجد له مبرر الشرعي وحتى لو لم يخبرها بزواجه الجديد.

ثالثا: سلطة التحقق من الشروط التي لم ينص عليها القانون

هناك الشروط لم يقع النص عليها في القانون بشكل معين أو محدد، بل السماح للمتعاقدين أو أحدهما أن يشترطا في عقد الزواج ما يراه مناسبا ويهدف إلى حماية مصلحة معينة على ألا يكون ما يشترطانه من الشروط تخالف القانون أو يناقض مع مقتضيات العقد، حيث أن العقد شريعة المتعاقدين، وهنا ترك القانون الحرية الكاملة للزوجين المتعاقدين في اشتراط ما يريده أي أحد منهما من الشروط الاحتياطية التي تضمن مصالحه أثناء قيام الحياة الزوجة أو بعد الإنفصال، ولقد قيد القانون حرية الاشتراط بعدم مخالفة النظام العام وعدم التنافي مع أحكام قانون الأسرة، يفترض فيمن يقوم بتسجيل عقد الزواج سواء الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يكون مطلعا إطلاعا كافيا على أحكام قانون الأسرة قادرا على تمييز بين ما يمكن اعتباره مخالفا للقانون أو غير مخالف حتى يتسنى له قبول هذا الشرط أو عدم قبوله، هو أنه من الصعب عليهم جدا أن يقدوا على تمييز بين الشروط المخالفة للقانون والشروط الموافقة له، وأكثر من هذا وذاك أن المستوى الثقافي والتكويني للموثقين وضابط الحالة المدنية لا يسمح للكثير منهم بمعرفة ذلك ، فإذا منحت لهم سلطة التقييم الشروط وفحصها وهم على ما هم عليه اليوم، فقد يرتكبون أخطاء ويتسببون في خلق المشاكل لأنفسهم وللمواطنين لا يعرف مداها ولا آثارها، لذلك وإن كنا نعتقد أن لكل موظف مؤهل قانونا لتسجيل عقد الزواج، سلطة مراقبة الشروط التي يشترطها الأزواج المتعاقدين ومقارنتها بما يتنافى أولا مع أحكام قانون الأسرة، باعتبار أن ذلك يدخل ضمن إطار عملهم وحرصهم على تطبيق القانون تطبيقا سليما، فإننا نعتقد مع ذلك أنه يجب ألا يتخذ هؤلاء الموظفون موقفا صلبا اتجاه المتعاقدين، وألا يتعسفوا في استعمال هذه السلطة بشكل عشوائي، هذا ولقد كنا نفضل لو أن قانون الأسرة تضمن نصا صريحا واضحا يمنح المواطن الذي يرفض الموظفون تسجيل عقد زواجه، بدعوى مخالفة شروطه للقانون، حق اللجوء للقضاء ليؤكد هذا الرفض أو يقرر صحة الشروط بموجب أمر على العريضة يقدمها الزوجان معا، أو أحدهما إلى رئيس المحكمة التي يوجد بها مقر الموظف الذي رفض تحرير عقد زواجهما،إن القانون لم يمنح سلطة فحص هذا النوع من الشروط وذلك لصعوبة تقسيم الشروط عند الفقهاء من جهة و من جهة أخرى عدم إمكانية حصر الشروط في هذا العصر فإنه من الواجب على مسجل عقد الزواج ألا يتسبب في عدم تسجيله وتأخير مصالح الناس، بل عليه أن يقوم بالتسجيل ويترك الأمر في حالة نزاع للعدالة المخولة قانونا بالفصل في المنازعات التي بين المتخاصمين، حيث أن سلطة الموثق و ضابط الحالة المدنية يجب أن تكون إرشادية وتوجيهية لما هو مقبول شرعا وقانونا حتى لا يقع العاقد حسن النية في شرط غير مشروع.[1]

[1] سعيد خنوش، توثيق الشروط الجعلية في عقد الزواج، المرجع نفسه، ص ص188،187.

المبحث الثاني: دور الاشتراط في حماية عقد الزواج فقها و قانونا و الجزاء المترتب عن الإخلال بالشرط

الهدف الأصلي من وضع الشروط في عقد الزواج هو حماية الرابطة الزوجية، فالشروط المقترنة بعقد الزواج يحددها كلا الطرفين لتحقيق مصلحة العقد فهو يعد وسيلة لاستمرار عقد الزواج والرابطة الزوجية ووسيلة للتقليل من حالات الطلاق وهذا ما سنبرره في هذا المبحث، سنتناول فيه أهمية الاشتراط فقها وقانونا في المطلب الأول والجزاء المترتب عن الإخلال بالشرط في المطلب الثاني.

المطلب الأول: دور الاشتراط في حماية عقد الزواج فقها و قانونا

عقد الزواج في حياة الأفراد يتمتع بأهمية عظيمة فالمساس به بهدف استقراره، هذا ما حثت عليه الشريعة الإسلامية لمراعاة الرابطة الزوجية من باب الاشتراط.

جاء قانون الأسرة بحماية للاشتراط في عقد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 19 من ق.أ.ج التي جعلت لزوجين حرية الاشتراط فيما يريانه ضروريا لمصلحة العقد.

الفرع الأول: أهمية الاشتراط فقها

تتمثل أهمية الاشتراط فقها في استقرار عقد الزواج وتحقيق مصلحة الطرفين.

أولا: استقرارا عقد الزواج

يقول الإمام أبو زهرة: "وجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج، ولو لم يكن له نص خاص، أو دليل خاص... وتأكيده الوفاء به، ولقد روى أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها، أي لا تسكن إلا في دارها، ثم بدا له بعد ذلك أي ينقلها إلى داره، فتخاصما إلى عمر، فقال عمر: لها شرطها، مقاطع الحقوق عند الشروط".[1]

يكون عقد الزواج قائما كل ما كان الوفاء بالشرط قائما، وبالتالي الغاية من الاشتراط هي ديمومة عقد الزواج، أي لحماية عقد الزواج عن طريق الاشتراط هو الوفاء بالشروط المقترنة بالعقد، وإذا نكثوا و حاولوا التحلل من الشروط المتفق عليها، لذا أوجب الفقه بالوفاء بالشروط التي تصحب عقد الزواج، كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها وألا يخرجها من بلدها.[2]

[1] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، 1950، ص159.

[2] معروف أشواق، طابي حنان، الشروط الجعليةو دورها في استمرارية عقد الزواج، المرجع السابق، ص40، ص41.

إلا أن أراء الفقهاء في مدى إلزامية الشروط الجعلية في عقد الزواج يرى أنه مهما اختلفت آراؤهم لأن الهدف الرئيسي والمقصد الأسمى هو حماية الأسرة لتستمر الحياة الزوجية وتستقر أسسها، لأن الأسرة تمثل عنصرا أساسيا ومن بين الضروريات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية لحفظها، فكفل لها الشرع أسباب النجاح و الاستقرار والاستمرار.

ثانيا: تحقيق مصلحة الزوجين

اجتهد المشرع في فتح باب الاشتراط في عقد الزواج ليضمن العلاقة الزوجية وتحقيق مصلحة مؤكدة للطرفين و استمرار الحياة، وذلك بتنظيم مسؤولية الطرفين في الوقت الذي يحدث فيه نوع من الحساسية والحرج لدى بعض الزوجات أن الحياة الزوجية ميثاق رباني لا مقابل إلا النجاح لأنه من الأخلاقيات والمردودة، ويستحسن على الزوجين أن يتفقا على هذه الشروط أثناء عقد الزواج ليس في عقد رسمي، لأن الشريعة الإسلامية تنص على الاشتراط قبل العقد وليس بعده عكس القانون.[1]

لقد ذكر الفقهاء الشروط التي يقتضيها عقد الزواج ولا ينافها، ولم يرد بشأنها دليل لكن في اشتراطها تحقيق لمصلحة الطرفين معا أو أحدها، كاشتراط المرأة على زوجها عدم الزواج عليها وعدم إخراجها من بلدها، هذه الأمثلة ذكرها القدامى في كتبهم، أما مثال اشتراط المرأة في الوقت الراهن اشتراطها لاستمرارها في دراستها أو اشتراط المرأة العمل، غير ذلك الشروط المستجدة داخل المجتمعات الإسلامية نتيجة العولمة.[2]

مراعاة الشريعة الإسلامية لمصالح العباد، وذلك من خلال إباحة اقتران عقد الزواج بشروط يريانها محققة لمصلحتهما مالم تخالف تلك الشروط أحكام الشريعة الإسلامية، "لأن من سمات الشريعة الإسلامية رعايتها لمصالح كلا الطرفين في عقد الزواج و تحقيق منفعة للزوجين.[3]

عنيت شريعتنا الإسلامية بأدق التفاصيل في عقد الزواج لتضمين استقرار الحياة مالم يتعذر استمراره لعارض يجعل إنهاءه أفضل من استمرار يته لهذا جعل الفقهاء مبدأ سلطان الإرادة للزوجين عند اشتراطهم في عقد الزواج، أي يشترطا كل ما يريانه مناسبا لتحقيق مصلحتهما و تود عليهم بالمنفعة، من أجلها جاء اقتران عقد الزواج بالشروط.

---

[1] العيدية حمزة، الشروط الجعلية في عقد النكاح، المرجع السابق، ص ص148،149.

[2] العربي باشا مصطفى، بلخير طاهري، مدى إلزامية الشروط في ترتيب اثارها على عقد النكاح، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد19، العدد01، أبريل2018، ص271.

[3] العربي باشا مصطفى، بلخير طاهري، مدى إلزامية الشروط في ترتيب اثارها على عقد النكاح، المرجع نفسه، ص278.

"فالشرط في عمومه قائم على فكرة المصلحة ومحاولة دفع الضرر قدر الإمكان فالشرط يلبي رغبته كل من الطرفين وهو بمثابة الضابط نحفظ به العلاقات الزوجية من التشتت و الانهيار."[1]

الفرع الثاني: أهمية الاشتراط قانونا

تتمثل أهمية الاشتراط قانونا في عقد الزواج في دور الاشتراط في استمرارية الرابطة الزوجية.

أولا: دور الاشتراط في استمرارية الرابطة الزوجية

في العقود بصفة عامة الاشتراط أمر جائز شرعا وقانونا مادام يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين وذلك تطبيقا للمبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين، لهذا فإننا سنكتفي بتثبيت هذه الحقوق والواجبات لكلا الزوجين اتجاه الرابطة الزوجية في المادة 36 على النحو التالي وهي:

1 المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2 المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

3 التعاون على مصلحة الأسرة، ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

4 التشاور في تسيير شؤون الأسرة، ورعاية الأولاد، وحسن تربيتهم.

5 حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر، وأقاربه، واحترامهم، وزيارتهم.

6 المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى.[2]

الشرط الذي يكون مؤكدا لمقتضى العقد فهو مكملا لمحكمة المشروط وعاضدا لها، كاشتراط الزوجة الكفاءة أو الإمساك بالمعروف أو بأن ينفق عليها زوجها فهذه كلها شروط صحيحة الغرض من اشتراطها هو تحقيق التوافق بين الزوجين وهذا يلائم مقصود النكاح وتكمن أهميته في استمرارية الرابطة الزوجية.[3]

ولتحقيق المبتغى يجب أن يكون الشرط محتمل الوقوع أي محققا لا مستحيلا، بحيث يجعل تنفيذه مرهقا و بالتالي يرجع إلى عقد الزواج سلبا.

[1] معروف أشواق، طابي حنان، الشروط الجعليةو دورها في استمرارية عقد الزواج، المرجع السابق، ص41.

[2] عبد العزيز سعد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2018، ص ص72، 103.

[3] مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج ي قانون الأيرة الجزائري، المرجع السابق، ص71.

فالمشرع الجزائري ضمن للزوجين في عقد زواجهما جملة من الشروط التي تحقق لهما مصالحهما المشتركة و لا تكون منافية لعقد الزواج. [1]

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على الإخلال بالاشتراط في عقد الزواج

يتمثل الجزاء المترتب على الإخلال بالشروط في عقد الزواج في الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وطلب التعويض إذا ثبت الضرر وهذا ما سنتطرق علية في الفروع التالية:

الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ

يرتب الدفع بعدم التنفيذ أثره في تعطيل نفاذ العقد دون فسخه وبقاء العقد قائما، عند توافر الشروط الآتية: إن يكون هناك عقد ملزم لجانبين وأن يكون الالتزام المحبوس التزاما يتأخر تنفيذه على الالتزام بالمقابل، حتى يستطيع المتعاقد الأول أن يوقف تنفيذ التزامه دون أن يتحلل منه، وإنما يستعمل ذلك كوسيلة ضغط، ولما كان عقد الزواج عقد معاوضة، يختلف عن باقي عقود المعاوضة المالية، فهو مبادلة البضع بالمهر، وعلى هذا الأساس فإن ارتباط الالتزامين المتقابلين في عقد المعاوضة هو الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ في الإسلام، أي يترتب وقف تنفيذ الالتزام المقابل عند عدم تنفيذ أحد الإلتزامين.[2]

إذ يجوز لهذا العاقد أن يدفع بعدم تنفيذ الالتزام المقابل لوجود الارتباط بين الالتزام المتقابلة المستمدة من هذا العقد، ويشترط قيام العقد الملزم للجانبين، أما في حالة انقضائه، فإنه يمكن الاستناد إلى الحق في الحبس، عند مطالبة كل من المتعاقدين باسترداد ما أداه للمتعاقد الأخر.[3]

حيث يجوز للزوجة أن تحسب نفسها عن زوجها تستعمل هذا كوسيلة ضغط منها.

أولا: شروط الدفع بعدم الالتزام

حتى يترتب الدفع بعدم التنفيذ أثره، يجب توفر الشروط الآتية:

1 أن يكون هناك عقد ملزم لجانبين.

---

[1] معروف أشواق، طابي حنان، الشروط الجعليةو دورها في استمرارية عقد الزواج، المرجع نفسه، ص42

[2] حجاب ياسين، حداد فاطمة، الاشتراط في عقد الزواج بين الإعتراف القانوني و محدودية الممارسة، المرجع السابق، ص258.

[3] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام، المصادر الإرادية و غير الإرادية للإلتزام، العقد الإرادة المنفردة المسؤولية المدنية، د.ط، 2008، ص120.

2 أن يكون الالتزام المحبوس التزاما بتأخر تنفيذه عن الالتزام بالمقابل.

ثانيا: الأساس القانوني للدفع بعدم الالتزام

1 إن عقد الزواج عقد معاوضة يختلف عن باقي عقود المعاوضات المالية، فهو مبادلة البضع بالمهر.

2 عدم تنفيذ أحد الالتزامين، يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام المقابل، بخلاف الفسخ الذي هو أشد خطورة من الدفع بعدم التنفيذ.

3 في الفقه الإسلامي أساس فكرة المعاوضة هو تحقيق المساواة في هذه العقود بين العاقدين، فلهذا المبدأ ألا يلزم على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه، لهذا إذا لم يدفع الزوج لزوجته صداقها أو جزء منه يكون الحق لزوجته بأن ترفض الذهاب إلى مسكن الزوجية.

ثالثا: حبس الزوجة لنفسها الاستقاء حقوقها

من الدفع بعدم التنفيذ في عقد الزواج، يظهر في حالة ما إذا اشترطت الزوجة لي زوجها تعجيل صداقها، ولكن زوجها لم يحترم الاتفاق، فيحق على الزوجة أن تحبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المهر المعجل من أجل المحافظة على مهرها، أي أنه بإمكانها أن تمنع زوجها بالدخول بها، حتى يعطيها ما اشترطت منه تعجيله من المهر[1]، مع ثبوت هذا الحق لها حتى لو كانت قد انتقلت إلى بيت زوجها، و إذا كان المهر مؤجلا فانه يؤدي إلى سقوط حق الزوجة في حبس نفسها ويعلل الحنابلة ذلك بأن رضاها بتأجيل المهر لا يترتب عنه تأخير حق الزوج ويجب عليها تسليم نفسها، ويرى بعض الفقهاء الشافعية بأن رضا الزوجة بتأجيل المهر لا يسقط حقها في الحبس وهذا رأي ضعيف، واختلف الفقهاء حول حق المرأة في حبس نفسها بعد أن يطأها الزوج، لهذا ذهب كل من فقهاء المالكية والشافعية وبعض الحنابلة إلى القول سقوط حقها في حبس نفسها، حتى ولو كانت سلمت نفسها.[2]

وليس للزوج أن يمنع زوجته من لسفر أو زيارة أهلها قبل إيفاء المهر، لأن طاعة الزوجة لا تقوم إلا إذا توافرت أركان الطاعة، وهي المسكن الشرعي، وأمانة الزوج على نفسه ومال الزوجة، أما إذا نقض ركن من هذه الأركان يسقط عن الزوجة واجب الطاعة، أما إذا اتفق الزوجان على تأجيل المهر، فانه يسقط حق الزوجة في حبس نفسها هذا ما علله فقهاء الحنابلة.[3]

---

[1] بوراق فيحة، الإشتراط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلسان، 2015-2016، ص109.

[2] حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، المرجع السابق، ص259.

[3] بوراق فتيحة، الاشتراط في عقد الزواج، المرجع السابق، ص111.

الفرع الثاني: الفسخ

الفسخ في نظرية الالتزام هو"حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم لجانبين، لإخلال أحد المتعاقدين بالتزامه"، ويشترط لثبوت حق المتعاقد ما يلي:

إخلال العاقد بالتزام مستمد من عقد ملزم لجانبين.

قدرة طلب الفسخ على الرد العيني لما كان قد تلقاه بناء على العقد.

عدم إخلال طالب الفسخ بالتزامه.

عدم التنازل عن الحق في الفسخ.[1]

فلو أن الزوجة هي التي اشترطت على الزوج شرطا لمصلحتهما، لكن الزوج أخل بهذا الشرط، فيكون للزوجة الحق في طلب فسخ العقد لإخلال الزوج بالتزامه العقدي، وأما إذا كان الزوج هو الذي اشترط على الزوجة شرطا لمصلحته وأخلت الزوجة بالتزامها فيكون الحق للزوج في طلب الفسخ.

ولقد اختلف الفقه حول الأساس الذي يقوم عليه الفسخ فذهب جانب من الفقهاء إلى أن الفسخ قائم عل وجود شرط فاسخ ضمني وذهب جانب أخر من الفقهاء إلى اعتبار أن الفسخ مبني على أساس نظرية السبب التي توجب على المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه المقابل وقد انتقد هذا الاتجاه لأن جزاء المترتب على تخلف السبب هو البطلان وليس الفسخ، ومن هذه الاتجاهين الرأي الراجح هو أن الفسخ قائم على أساس الترابط الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، ولكن الإشكال الذي يثار بصدد الحديث عن الفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط بتمحور حول ما إذا كان يتعين على الزوج المشترط الذي له الحق في الفسخ أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم الفسخ لفسخ النكاح لعدم الوفاء بالشرط حتى ولو لم يكن هناك نزاع قائم بين الزوجين حول مشروعية الشرط.[2]

أولا: الفرق بين الفسخ و التطليق

يتضح الفرق بين الفسخ والتطليق من خلال آثار كل منهما:

إن التفريق بين الزوجين عن طريق الطلاق، يحسب من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته

[1] أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام، المصادر الإرادية و غير الإرادية للإلتزام، العقد الإرادة المنفردة المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص133.

[2] حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، المرجع السابق، ص260، ص261.

بخلاف التفريق بالفسخ لعدم الوفاء بالشرط هنا لا يحتسب من عدد الطلقات إذا تزوجها الزوج من جديد، و لايحتاج الزوج بسبب معين لطلب الطلاق، أما الفسخ لعدم الوفاء بالشرط فيكون له سبب وهو إخلال الزوج بالتزامه.

ثانيا: مسقطات حق الزوجة في الفسخ

في حالة عدم وفاء أحد الزوجين بهذا الشروط يجوز للزوجين للطرف الآخر طلب فسخ عقد الزواج، لكن هذا الحق قد يسقط عن الزوجة في الحالات التالية:

1 الرضا بإخلال الزوج للشرط

يسقط حقها في الفسخ النكاح، متى رضيت الزوجة بإخلال زوجها بالشرط الذي اشترطته عليه، سواء كان هذا الرضا بالقول أو الفعل، أما إذا اشترطت الزوجة على زوجها بأن لا يتزوج عليها وأن لا يخرجها من بلدها، لكن تزوج عليها وأخرجها من بلدها لكن ثم طلقها بل أن تطلب الفسخ، فلا تملك الزوجة هنا حق الفسخ.

2 زوال سبب الشرط

إذا زال سبب الشرط و لم يعد له موجب يسقط حق الزوجة في طلب الفسخ.

3 استحالة تنفيذ الشرط

إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن يسكنها بمنزل أبيها، ثم تعذر عليهم السكن في هذا المنزل بسبب طارئ كحدوث زلزال وانهار المنزل، فهنا الوفاء عن الشرط يكون متعذرا، وقد تشترط الزوجة على زوجها أن يسكنها في بيت ردها، وتعذر عليه الوفاء لعدم كفاية موارده المالية وفقره المفاجئ، هنا يسقط حق الالتزام بالشرط لأنه عاجز عن الوفاء به، لو لا يكون للزوجة الحق في أن الفسخ النكاح.[1]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد نص المادة 53 يمنح للزوجة الحق في طلب التطليق لعدم وفاء الزوج بالشرط، وقد أضاف في التعديل الجديد لقانون الأسرة سببا أخر من أسباب التطليق التي يجوز للمرأة أن تستند إليها في طلب التفريق القضائي، وهذا يعني يحق للزوجة اللجوء إلى القضاء من أجل طلب التطليق سبب مخالفة شرط من الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.[2]

الفرع الثالث: التعويض

[1] بوراق فيحة، الإشتراط في عقد الزواج، المرجع السابق، صص 115،116.

[2] حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، المرجع السابق، ص262.

التعويض هو حماية المضرور من الضرر الذي أصابه، إذ تنتج قاعدة التعويض عن الضرر تحت ثبوت العوض بالإتلاف،[1] وضيفته إصلاح الضرر، وذلك بترضية المتضرر، ومحاولة إعادته إلى الوضع الذي كان عليه قبل وقوع الفعل الضار.

وقد رتب المشرع الجزائري التعويض في العديد من الحالات في قوانين الأحوال الشخصية، غير أن الواقع يثبت أن المضرور في المسائل المتعلقة بالزواج و الطلاق، تصادفه العديد من المشاكل التي تحول دون استفاء حقه في التعويض الكامل، وترجع هذه المشكلات أما طبيعية الضرر أو إلى عجز عن إثبات الضرر، وبما أن شروط الزواج تخضع لأحكام القواعد العامة في التعويض، وتطبيقا لذلك فانه يكون للمرأة التي تضررت جراء مخالفة زوجها شرطها في عقد الزواج، كفقدان أنها لمنصب عملها بسبب إخلال الزوج الشرط المتفق عليه، الذي يسمح للزوجة بمزاولة عملها، يحق لها اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها جراء ذلك.[2]

في حالة التطليق لم يتعرض المشرع صراحة لمسألة التعويض إلا بصدور الأمر05_02المعدل المتمم لقانون الأسرة، الذي تنص المادة 53 مكرر منه على أنه "يجزم القاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".[3]

و في غياب نص تشريعي يجيز الحكم بالتعويض في حالة التطليق.

أولا: شروط الضرر المستحق للتعويض

الشروط التي يجب أن تتوافر حتى يتم الحكم بالتعويض:

1 وجوب وقوع ضرر لاستحقاق التعويض

الضرر هو تقدير التعويض ومحله، وهو إما أن يكون ماديا أو معنويا.[4]

فإذا كان الضرر معنويا تقدير هذا التعويض وإذا كان سيصعب تحديد التعويض عن الضرر المعنوي بالنقود، و إنما يأتي التعويض عنهما كوسيلة إرضاء الشخص المضرور.[5]

---

[1] حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، المرجع نفسه، ص263.

[2] بوراق فيحة، الإشتراط في عقد الزواج، المرجع السابق، ص119.

[3] المادة 53 الأمر 05-02 المدل و المتمم، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[4] بوراق فيحة، الإشتراط في عقد الزواج، المرجع السابق، ص ص120،119.

[5] حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، المرجع السابق، ص 263.

2 الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض

حتى يكون الضرر مستحقا التعويض لابد من توافر مجموعة من الشروط وتتمثل فيما يلي:

أن يكون الضرر شخصيا.

أن لا يكون قد سبق تعويضه عن الفعل الضار.

أن يكون الضرر محقق الوقوع، أي أن لا يكون افتراضيا.

أن يكون الضرر مباشرا، فالضرر المباشر هو الذي ينشأ عن الفعل الضار.

أن يمس الضرر بحق ثابت أو مصلحة مشروعة.

ثانيا: كيفية تقدير التعويض

"يختار القاضي طريقة التعويض، من خلال تحديد ما هو ملائم لإصلاح الضرر، فالتعويض إما يكون عينا أو بمقابل، فالتعويض العيني هو إصلاح الضرر بإزالة مصدره من أصله.[1]

[1] بوراق فيحة، الإشتراط في عقد الزواج، المرجع نفسه، ص ص 121،122.

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع الشروط الجعلية في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري تبين لنا أن للشريعة الإسلامية دور هام في مسألة الإشتراط، مع إبراز دوره في حماية عقد الزواج حيث أن التشريع الجزائري قد أكد على حق إشتراط بين الزوجين مع إعطاء مثالين لحماية حق المرأة في العمل وفي عدم تعدد عليها بدون رضاها إلا أن المشرع الجزائري إجتهد في فتح باب الإشتراط في عقد الزواج لمصلحة الطرفين لكي يضمن إستمرار العلاقة الزوجية لأن حياة الزوجية ميثاق رباني لا مقابل له إلا بالنجاح لأنه من الأخلاقيات ومروءة، ولهذا يستحسن أن يتفق الزوجين قبل وأثناء العقد على هذا الشرط ، للزوجين كل حرية في هذه الشروط مادامت لم تتنافى مع أحكام قانون الأسرة ولا تخالف آداب العامة و نظام العامة حيث ختمنا بحثنا بجزاء الإخلال بالشروط الجعلية في قانون الأسرة الجزائري وبالتالي سنذكر بعض النتائج والاقتراحات التي توصلنا إليها:

النتائج:

إن الإشتراط في عقد الزواج فهو جائز قانونا وشرعا تطبيقا للمبدأ قانوني المعروف"العقد شريعة المتعاقدين"، وأكد هذا المعنى رسول صلى الله عليه وسلم "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا" إلا أن الوفاء بهذه الشروط التي فيها مصلحة لأحد الطرفين واجب، ويجب أن تكون لا تنافى مقاصد الزواج وليس فيها ما يخالف النظام العام وآداب العامة.

إن التوسع في الإشتراط لا يعني فتح الباب على مصراعيه وسماح للزوجين بإشتراط ما يحلو لهما من شروط دون فرض قيود أو ضوابط معينة، فهم مقيدون في حريتهم العقدية بعدم مخالفة أحكام شريعة الإسلامية، وعدم منافاة أحكام قانون الأسرة كما يجب أن تتوافق شروط مقترنة بعقد الزواج مع مقاصد شريعة إسلامية وعدم مناقضاتها.

اتفق الفقهاء على أن الشروط التي يقتضيها العقد يتوجب الوفاء بها، ويثبت للزوجين خيار الفسخ عند الإخلال بها و هو الموقف الذي تتبعه التشريعات العربية أيضا، وتطرق المشرع الأسري إلى حق الزوجة في طلب تطليق لعدم الوفاء بالشرط.

اتفق الفقهاء في أن الشرط المنافى لمقتضى العقد باطل واختلفوا في تأثيره على العقد، فمنهم اكتفى ببطلان الشرط، ومنهم من سحب البطلان على عقد.

اختلف الفقهاء في الشروط التي لا تنافى مقتضى العقد ولا تلائمه، ودار خلافهم حول مدى صحة هذه الشروط، وكذلك مدى وجوبها، واتبعت تشريعات العربية الحنابلة الذين قالوا بصحة هذه شروط وكذلك لزومها، أي وجوب وفاء بها.

تبنى المشرع الجزائري رأي مذهب الحنبلي باعتباره المذهب الأرحب صدرا بقبول مشارطات في عقد الزواج ضمن قواعد تحقيق المصلحة العامة مراعاة لما يقضي به التطور زمني واجتماعي تيسيرا للحياة.

إن مبدأ سلطان الإرادة لا ينفك حرية الاشتراط في العقد، حيث إن العلاقة بينهما تبادلية فالإرادة هي التي تضع شروط وتحددها ولكن تحديد مدى هذه الإرادة يخضع لضوابط شرعية وقانونية.

تدوين الشروط الضرورية و تقنينها حتى يعلم بها معنى بالأمر ويعمل بها أهل توثيق في العقد بدلا من جهلها وبالتالي ضياع الحقوق.

التوصيات:

ضرورة تحديد سلطة كل من الموثق وضابط الحالة المدنية في مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج بموجب نصوص تنظيمية خاصة تحدد معايير التمييز ببن شروط المشروعة وشروط غير مشروعة.

تعديل المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري بإدراج معايير واضحة، لتمييز بين شروط صحيحة وشروط غير صحيحة عند توثيقها في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق.

ضرورة تعديل كل من مادتين (35/32) من قانون الأسرة الجزائري وإزالة تناقض قائم بينهما بالتمييز بين شروط التي تبطل العقد من أصله كشرط عدم إنجاب فيجب أن تخضع هذه شروط لأحكام نص مادة 32، أما شروط التي تؤثر في عقد لا تبطله وإنما يبطل شرط ويبقى عقد صحيح كشرط ألا مهر أو ألا نفقة، فيجب أن تخضع لأحكام نص مادة 35.

تنظيم الإشتراط من الجانب الشرعي وقانوني وتوسيع دائرته، في مسألة اشتراط.

إضافة بعد المواد في قانون الأسرة الجزائري بإدراج معايير واضحة للتمييز التي تجعل اشتراط في دائرة محددة فعالة لديمومة عقد الزواج مثل إجبار الزوجين على تنفيذ ما اشترطاه وكانت تخدم مصلحتهما وتخدم عقد وهذا لقداسة عقد الزواج.

إضافة مادة تخص إعطاء إمكانية الملزم بالشرط طلب تعديل الشرط أو الإعفاء منه إعمالا لنظرية الظروف الطارئة خاصة عندما يصبح تنفيذ الشرط مرهقا أو مستحيلا لكون أن لا دخل للملتزم بالشرط في عدم تنفيذه كحالة الإخلال بشرط نقل الزوجة من البلد لأسباب إدارية ملزمة يتعرض مخالفها لعقوبة الفصل من الوظيفة.

على القضاة أن لا يقضوا بالتطليق أو الطلاق مباشرة بمجرد الإخلال بالشرط وإنما عليهم استغلال السلطات الممنوحة لهم قانونا وكذا دورهم الاجتماعي في اقناع الزوجين على التفاهم بدلا من اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية لمل له من آثار وخيمة على حياة الزوجين، وكذا على الأولاد من جهة.

وفي الأخير نتمنى أن نكون قد ساهمنا بهذا الجهد المتواضع بالقدر المستطاع في الإحاطة بموضوع الشروط الجعلية في عقد الزواج كإحدى أهم مواضيع قانون الأسرة.

قائمة المصادر والمراجع

- **القرآن الكريم:**

أولا: المصادر:

- **كتب الحديث :**

1. رواه الترمذي، رقم1352.
2. صحيح ابن حبان، رقم 4069.
3. صحيح الجامع، رقم1547.
4. المحدث: إبن تميية، رقم31/58.

ثانيا: المراجع:

1. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام، المصادر الإرادية و غير الإرادية للإلتزام، د.ط، العقد الإرادة المنفردة المسؤولية المدنية، 2008.
2. أحمد فراج حين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
3. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري و القانون، د.ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، 1998.
4. بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة،الطبعة01، دار الألمعية للنشر والتوزيع، 2015.
5. حسن حسن منصور، شرح مسائل الأحوال الشخصية، "أحكام عقد الزواج"، د.ط، 1997.
6. عبد العزيز سعد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2018.
7. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، طبعة ثالثة، دار هومة، الجزائر، د.س،
8. العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، د.ط، دار الثقافة، 2012.
9. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانة، دار الفكر العربي، 1950.
10. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة دار البيان، دمشق.بيروت، 1982، ص181.
11. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها و تطبيقا، د.ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائري، 2006.
12. نسرين شريفي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، د.س.

13. وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ب.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، أردن، 1990.

- **المذكرات و الرسائل العلمية:**

1. بوراق فيحة، الإشتراط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلسان، 2015-2016.

2. زغدودي عز الدين، سعدي زهير، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون خاص، قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2019-2020.

3. صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص قانون المدني، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 01.

4. فخات عبد العزيز، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، رسالة شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص الحماية الجنائية للأسرة، معهد الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة.

5. لعريبي إيمان، ، شروط مقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014/2013.

6. مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، المركز الجامعي بشار، 2006-2007.

7. معروف أشواق، طابي حنان، الشروط الجعلية ودورها في استمرارية عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف_المسيلة، 2020-2021.

8. هشام ذبيح، عبد الرؤوف دبابش، حق الزوجة في ذلك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الاسرة الجزائري و الشريعة الاسلامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص قانون الاحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2019-2020.

- **المقالات العلمية:**
-

1. أمينة بن جناحي، اشتراط عمل المرأة في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلد 06، العدد الثاني، 2020.

2. بومدين محمد، رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية، قانون الأسرة الجزائري، العدد 02، منشورات مخبر قانون والمجتمع، جامعة أدرار، صفر 1435، ديسمبر 2013.

3. حداد فاطمة، حجاب ياسين الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني و محدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 07، جامعة محمد بوضياف المسيلة، ديسمبر 2017.

4. رحاب شادية، مقال القرينة و دورها في الإثبات في القضاء الإسلامي، جامعة الحاج لخضر، باتنة.

5. سجى عمر شعبان،ضوابط شروط مقترنة بالعقد في شريعة و قانون، دراسة مقارنة، مجلة كلية قانون لعلوم قانونية و سياسية، المجلد10، العدد37، 2021.
6. سعيد خنوش، تعدد الزوجات بين الضوابط الشرعية والقيود القانونية، دراسة مقارنة، المجلد34، العدد 01- 2020، 2020/03/31.
7. سعيد خنوش، توثيق الشروط الجعلية في عقد الزواج، المجلة الجزائرية العلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية.
8. عبد الله شهرزاد، صافي حبيب، الإقرار كوسيلة إثبات في الفقه الاسلامي و القانون الجزائري، المجلة لجزائرية للمحفوظات، المجلد14، العدد01، جامعة وهران01، جوان2019.
9. العربي باشا مصطفى، بلخير طاهري، مدى إلزامية الشروط في ترتيب اثارها على عقد النكاح، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد19، العدد01، أبريل2018.
10. العيدية حمزة، الشروط الجعلية في عقد النكاح، دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الأحوال الشخصية الجزائرية، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 15، شعبان 2011/1432.
11. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مجلد ثاني، دار الفكر.
12. مزوزي أحمد بن يوسف، اشكالات إبرام عقد الزواج في مصلحة الحالة المدنية، المجلد02، العدد01، جامعة مصطفى اصطمبولي، الجزائر، مارس2022.
13. نور الدين عباسي، إتقان الضبط في الفرق بين السبب و الشرط، مجلة الموافقات، العدد:04، المعهد الوطني و العالي الجزائر، 1995.

- **المحاضرات :**

1. خليل عمرو، محاضرة الإشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي و القانون، جامعة البليدة02.
2. نورة بنت عبد الله محمد المطلق، الشروط التي تشترطها المرأة لمنفعتها وأثرها في عقد النكاح، بحث محكم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

- **مواقع الأنترنت:**

1. الموقع الرسمي لفظيلة الشيخ عبد الرحمان، ناصر براك، حكم الإشتراط عدم التعدد في عقد النكاح

(05أفريل2023 15:29 sh-albarrak.com

ج . القوانين:

1. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم15/2005.
2. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 44/2005.

فهرس الآيات و الأحاديث النبوية

فهرس الآيات

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
"ومن آياته إن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون".	الروم	20	08
"وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم و لا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها".	النحل	91	13
"فانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ الّنِسَاءِ مَثْنَى وثُلَاث ورُبَاع فإن خِفْتُمْ اَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَة".	النساء	03	25
"وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته و كان الله واسعا حكيما".	النساء	130	26
"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 عليم".	النساء	32	28

"من عمل صالحا من ذكر وأنثى وهو مؤمن فلنحييه حياة طيبة ولنجزيهم آجرهم بأحسن ما كانوا يعلمون".	النحل	97	28
"يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود".	المائدة	01	28
"الرجال قوامون على نساء".	النساء	34	35
"وإذا طلقتم نساء".	البقرة	232	35
"وقرن في بيوتكن".	الأحزاب	33	35
"وآتوا النساء صدقاتهن نحلة".	النساء	04	35
"اسكنوهن من حيث سكنتم".	الطلاق	06	35
"لينفقن ذو سعة من سعته".	الطلاق	07	35
"فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا".	النساء	03	35
"هن لباس لكم و أنتم لباس لهن".	البقرة	187	36
:"ولكم نصف ما ترك أزواجكم".	النساء	12	36
"وإن معاشرة بالمعروف لقوله تعالى: "وعاشروهن بالمعروف".	النساء	19	36
"وإذا أخذنا ميثاقكم لا تسفكون دماءكم ولا تخرجون أنفسكم من دياركم ثم أقررتم وأنتم تشهدون".	البقرة	84	43

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	الصفحة
"المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلال حلالا".	09
"كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل. وإذا كان مائة شرط".	15
"لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحفتها ولتنكح. فإن بها ما قدر لها"، وجاء لفظ آخر: "لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستكفي إناءها".	17
"أن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج".	25
"أحق ما أوفيتم من شروط ما استحللتم به فروج".	35
"إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة".	39

الفهرس

المقدمة: 2

الفصل الأول 6

مفهوم الشروط الجعلية وحكمها في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة 6

الجزائري 6

المبحث الأول: مفهوم الشروط الجعلية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وخصائصها 8

المطلب الأول: مفهوم الشرط وخصائصه 8

الفرع الأول: تعريف الشرط في عقد الزواج 8

الفرع الثاني: خصائص الشرط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري 10

الفرع الثالث: أقسام الشرط في عقد الزواج 12

المطلب الثاني: حكم الاشتراط في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة 14

الفرع الأول: حكم الاشتراط عند الحنفية و المالكية 14

الفرع الثاني: حكم الاشتراط عند شافعية وحنابلة 17

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري 18

المبحث الثاني: الحكم القانوني لعقد الاشتراط في عقد الزواج 19
المطلب الأول: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج 19
الفرع الأول: مراعاة أحكام الأسرة 20
الفرع الثاني: مراعاة النظام العام والآداب العامة.....22
المطلب الثاني: صور الاشتراط في عقد الزواج 23
الفرع الأول: تعدد الزوجات 23
الفرع الثاني: عمل المرأة.....27

الفصل الثاني 30
دور الإرادة في الاشتراط في عقد الزواج ورقابة القاضي على هذه الشروط.....30
المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة في الإشتراط في عقد الزواج ورقابة القاضي على هذه الشروط.....32
المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة في الشروط المقترنة بعقد الزواج 32
الفرع الأول: إطلاق سلطان الإرادة في اشتراط ما يوافق مقتضى عقد الزواج 33
الفرع الثاني: تقييد حرية إرادة عن اشتراط ما ينافى مقتضى عقد الزواج أو ثبت النهي عنه.....36
الفرع الثالث: مدى حرية الإرادة في اشتراط ما ليس من مقتضى عقد الزواج وفيه منفعة للزوجين.....38
المطلب الثاني: رقابة القاضي على الشروط المقترنة وتوثيقها في عقد الزواج.....38
الفرع الأول: دور القاضي في تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج.....38
الفرع الثاني: سلطة القاضي في الموضوع في مدى أحقية الزوجة المطالبة بالتطليق لمخالفة زوجها الشروط المقترنة بعقد الزواج .40
الفرع الأول: توثيق الشروط المقترنة في عقد الزواج 43
المبحث الثاني: دور الاشتراط في حماية عقد الزواج فقها و قانونا و الجزاء المترتب عن الإخلال بالشرط.....48
المطلب الأول: دور الاشتراط في حماية عقد الزواج فقها و قانونا 48
الفرع الأول: أهمية الاشتراط فقها 48
الفرع الثاني: أهمية الاشتراط قانونا 50
المطلب الثاني: الجزاء المترتب على الإخلال بالاشتراط في عقد الزواج.....51
الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ.....51
الفرع الثاني: الفسخ 53
الفرع الثالث: التعويض 54
الخاتمة: 58

الملخص:

لقد أثار موضوع لإشترلاط في عقد الزواج جدلا كبيرا في أوساط مجتمعات إسلامية، بغعتبار الشروط الجعلية هي تنتج من اختيار الطرفين هو أمر غير أصلي في عقد الزواج و قد أخدت شريعة الاسلامية و قانون الاسرة الجزائري بمشروعية اشتراط لكن بقي خلاف عند فقهاء الشريعة الإسلامية بين شروط صحيحة و منها فاسدة و كان هناك مؤيد و معارض.

إن الإشتراط حق زوج يمارسه بحرية غلا أن ذلك يكون في لا يتنافى مع مقتضى عقد ولا تخالف نظام عام و الآداب العامة و تشريع الأسرة الجزائري قد أكد على حق اشتراط في عقد الزواجأو في عقد رسمي لاحق مع إعطاء مثالين حاول خلالهما حماية حق المرأة في العمل و في عدم تعدد عليها بدون رضاها، ورتب لها قانون الأسرة الجزائري عند عدم الوفاء بالشرط ثلاثة عقوبات: الدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ أو التعويض.

Rèsumè:

le sujet des stipulation dans le contrat de mariage a suscritè une grande polémique dans les sociétés islamique, compte tenu des conditions de fait qui résultent du chaise original dans le contrat de mariage.

la stipulation est un droit pour chaque époux de L`exercer librement mais cela dans un cadre qui ne contredit pas les exigences d`un contrat et ne contredit pas l`ordre public et les abonnes mœurs contrat ou dans un contrat officiel ultèrieur en donnant deux moyens par les quels il a essayè de protège le droit d`une femme de travailles et de e pas avoir plus d`une èpouse sans son consentement, et la loi algèrienne sur la fammile a prèvu pour elle quand elle ne remplit pas la condition, trois pènalitès de rèsiliation d`indemmisation ou de paiement après mise en œuvre.