

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: أحوال شخصية

تحت إشراف الأستاذة :

د/ نظيرة عتيق

من تقديم الطالبة:

بوقروط أسماء

لجنة المناقشة:

رئيسا

مشرفا ومقررا

مناقشا

1 / د/ رواق أمال

2 / د/ نظيرة عتيق

3 / أ/ خليفي أسماء

دورة جوان 2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى :
من قال في حقهما الله عز و جل : ** و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا** سورة
الإسراء/24

أمي و أبي اللذين انتظرا لحظة نجاحي و تشريفي لهما، حفظهما الله و
منحهما الصحة و أطل في عمرهما.
إلى زوجي
العزیز.

إلى قرة عيني ابنتي لينا الغالية التي لأجلها أحلم و أطمح.
إلى إخواني و أخواتي.

إلى أب و أم زوجي و كافة أفراد العائلة صغيرا و كبيرا.
إلى كل الأهل و الأصدقاء و الزملاء.

وكل من مد لي يد العون لانجاز هذه الرسالة و لو بكلمة طيبة أو دعاء.

شكر و تقدير

لا يطيب الشكر إلا به و لا تطيب اللحظات إلا بذكره سبحانه و تعالى نحمده على توفيقه
و نستعين به

الذي منحني القوة و الثقة لإنهاء رسالتي و إخراجها إلى الوجود.

تقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى الدكتورة * نضيرة عتيق * على قبول الإشراف على
هذا العمل المتواضع،

و لما منحته لي من وقت و جهد و توجيه و إرشاد من أجل انجاز هذه المذكرة.

كذلك أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من عملوا على تكويننا و تأطيرنا طيلة مرحلة الدراسة
إدارة و تدريسا و إشرافا،

كما أوجه شكري إلى جميع أعضاء اللجنة الذين تشرفت بقبولهم مناقشة هذا العمل
العلمي.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى كل من مد لي يد العون من قريب أو بعيد.

المقدمة

يعتبر نظام الأسرة الخلية الأساسية في تكوين المجتمعات في كل زمان و مكان، وهو ما يكتسي أهمية بالغة في تطور المجتمعات والحضارات، حيث ترتبط التشريعات والقوانين خاصة قانون الأسرة بأهمية الأسرة بحد ذاتها ونظامها فهي تشكل أساس المجتمع وقوته وتماسكه.

كما أن نظام الأسرة يحتل مكانة بارزة في الشريعة الإسلامية باعتباره الركيزة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع.

المجتمع، خاصة فيما يتعلق بقدسية العلاقة الزوجية وعقد الزواج من خلال أهم مقاصده الشرعية و هي الزواج والتكاثر حيث قال تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون " (سورة النساء، الآية 3)، فهي تهدف في المقام الأول إلى الحفاظ على النوع البشري من خلال التناسل وكذا تحقيق المودة والرحمة بين أفراد الأسرة وتماسكهم وتضامنهم.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الفقه القانوني لم يغفل عن هذا الجانب، حيث حاولت العديد من الكتابات وضع تعريفات لعقد الزواج، ووضع أسس وأحكام وضوابط لهذا العقد وهو ما سار عليه المشرع الجزائري كبقية التشريعات في سنه لأحكام وضوابط عقد الزواج إستنادا إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية، وتجسيد ذلك في إجهاداته القانونية في إطار قانون الأسرة الجزائري.

وصحة عقد الزواج تقتضي اشتماله على كافة شروطه و أركانه، فهو عقد يبين فيه كل طرف من المتعاقدين مطالبه ورغباته، فإذا وقع التراضي بينهما صح العقد، ورتب آثاره وأحكامه الشرعية، الأمر الذي جعل كل من الشريعة والقانون يعطي لكلا الزوجين الحق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها ضرورية لضمان حقوقهما وقيام علاقة زوجية خالية من المشاكل، كإشتراط الزوجة على زوجها أن تعمل أو أن يشترط الزوج على الزوجة ألا تعمل.

غير أن إباحة الإشرط في عقد الزواج ليست على إطلاقها، حيث تقف في سبيل هذه الحرية قيود وضوابط ترجع للمنفعة العامة والنظام العام، وذلك صونا لهذا الحق من أن يتعرض إلى شروط قد تتنافى مع عقد الزواج نفسه، لكن هذا لا يمنع الزوجان من أن يتبادلا أثناء إبرام عقد الزواج شروطا تتفق مع الآثار التي رتبها الشرع في عقد الزواج، ولا تتنافى ومقتضياته خاصة إذا كانت تحقق منافع شرعية لكلا الزوجين أو لأحدهما.

الإشكالية:

ولهذا حظيت الأسرة في الشريعة الإسلامية بعناية كبيرة تتناسب ودورها في وعلى هذا الأساس فإن الإشكالية التي تطرح لدراسة هذا الموضوع تتمثل أساسا في :

ما هي حدود إرادة المتعاقدين في تضمين عقد زواجهما بهذه الشروط وتأثيرها عليه؟ وما مدى موافقة الإشتراط في عقد الزواج لقانون الأسرة الجزائري؟

ويتفرع عن هذا التساؤل تساؤلات فرعية:

ما هو مفهوم الإشتراط في عقد الزواج؟

ما هو مجال تطبيق الشرط المقترن في عقد الزواج وأثره في قانون الأسرة الجزائري؟

وهل هناك رقابة يخضع لها الزوجين عند تضمين عقدهما بهذه الشروط؟

وما مدى تدخل القاضي كسلطة قضائية في تعديل أو إلغاء هذه الشروط في حال حدوث نزاع والتطبيقات القضائية لها؟

ولمعالجة هذه الإشكاليات سنتناول موضوع الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري الذي هو موضوع مذكرتي.

وما دفعني لإختيار هذا الموضوع:

أن مسألة الإشتراط في عقد الزواج من المسائل الهامة التي إختلفت فيها آراء الفقهاء وصدر في شأنها تعديل عقب صدور الأمر 02-05 المتضمن قانون الأسرة، وما صاحبه من صراعات وتيارات متضاربة بدعوى حقوق المرأة والمساواة بين الرجل والمرأة.

وكذلك رغم الدراسات التي تعرضت لها هذه المسألة إلا أنها لا تزال تحتاج إلى الدراسة نظرا لتطور المجتمعات وتغير الأعراف ما قد ينتج عنها شروط مستجدة في كل فترة.

كما أنه رغم التعديل الجديد الذي أتى به المشرع الجزائري بالنص على تضمين عقد الزواج بالشروط التي يراها الزوجين ضرورية، إلا أن هذا الموضوع لا يزال يحظى ببعض التحفظ في بعض المناطق، فالكثير لا يبرم العقد عند الموثق تخفيفا للمصاريف مما يؤدي إلى نشوب النزاعات في حالة عدم الوفاء بهذه الشروط.

أما عن أهمية هذا الموضوع فتظهر أساسا:

كون مسألة الإشتراط تتعلق بعقد الزواج بإعتباره من أهم العقود وأقدسها.

كون عقد الزواج يمثل الأسرة وهي أساس المجتمع.

كما تكمن أهمية موضوع الشروط في عقد الزواج إعتباره من بين أكثر المواضيع أهمية لتماشيه مع تطور الثقافات وكثرة المصالح المختلفة ومسايرة التطورات الحاصلة في حياة المجتمعات ما يؤدي إلى ظهور مشارطات مختلفة ضمنا

للمصالح الفردية والمشاركة، فكان لابد إبراز أهمية هذه الشروط وإلزامية الوفاء بها وحكم الشرع والقانون لتوضيح الصورة لكل من هو مقبل على الخطوة.

ويهدف هذا الموضوع أساسا إلى:

معرفة حكم الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري الذي تعد الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي له.

إضافة إلى بيان الآثار المترتبة على ذلك، وجزاء الإخلال بهذه الشرط وعدم الوفاء بها وبيان أنواع الشروط التي تتوافق ومقاصد الزواج ولا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة.

وكذا دراسة أهم تطبيقات الشرط المتضمن في عقد الزواج ومدى سلطة القاضي في حالة عدم الإتفاق بين الزوجين، والرقابة على هذه الشروط والأشخاص المؤهلين لذلك.

المنهج المتبع:

ولقد اعتمدت في دراسة هذا الموضوع على المنهج التحليلي أساسا من خلال تحليل الأحكام الشرعية و النصوص القانونية وكذا المنهج المقارن بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري إلى جانب المنهج الإستقرائي من خلال إستقراء بعض النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية وتحليلها ومناقشتها نظرا لطبيعة الموضوع المدروس الذي يقوم على مواد قانونية.

الدراسات السابقة:

أما عن الدراسات السابقة المتعلقة بموضوع الإشتراط في عقد الزواج، فهو موضوع شاسع تناوله الفقه الإسلامي في العديد من الكتب والبحوث العلمية، لكن موضوع بحثي يركز أساسا على الجانب القانوني في مادة الإشتراط الذي لم يلق الحديث عنه بالجزارة الذي تناولته الشريعة الإسلامية، إلا ما وجد في الأحكام العامة لكتب القانون.

الصعوبات:

ولا يخفى على أحد الصعوبات التي يواجهها أي باحث، والتي واجهتني في بحثي أبرزها ضيق الوقت، ونقص المراجع المتخصصة، أما بالنسبة للمراجع العامة توافرت إلا أنها تميزت بعدم توسعها في الموضوع وتكرارها لنفس المعلومات.

خطة البحث:

وقد تم تقسيم البحث وفق خطة تتكون من فصلين، الفصل الأول نتناول فيه ماهية الإشتراط في عقد الزواج، تضمن ثلاثة مباحث، الأول مفهوم الشرط و إقترانه

بالعقد، و الثاني عن تمييز الشرط عما يشبهه من ألفاظ و أقسامه ، أما المبحث الثالث فالشروط في عقد الزواج بين الحظر و الإباحة و أثرها .

و الفصل الثاني نتناول فيه أحكام الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، تحت ثلاثة مباحث ، الأول في حكم الشرط المقترن بالعقد و الجهة المختصة بمراقبته ، و في المبحث الثاني تناولنا جزاء الإخلال بالشرط قانونا و أثره في القضاء و أخيرا في المبحث الثالث نماذج لبعض المشاركات .

وخاتمة تتضمن أهم النتائج وبعض التوصيات .

الفصل الأول
ماهية الإشتراط في
عقد الزواج

إن الرابطة بين العقد و آثاره هي أن أحدهما مسبب و الآخر سبب ، و هي ليست رابطة آلية طبيعية عقلية ، و إنما هي رابطة جعلها الشارع بين العاقدين لتجنب استغلال الناس بعضهم لبعض و حتى لا يقوم أي نزاع ، و لهذا فان القول بجعلية الآثار لا يتعارض مع مبدأ رضائية العقود بدليل أن الشارع أجاز للمتعاقدين اشتراط شروط في العقد، إذا لم تحقق الآثار الأصلية ومصالحهم و أغراضهم، و على هذا الأساس فإن الإرادة ليس لها دخل في ترتيب آثار الالتزامات التعاقدية إلا بالقدر الذي تتوازن فيه مع المصلحة العام للمجتمع، لأن الإرادة لا سلطان لها في القانون العام ، و لها دور ضئيل في مجال الأحوال الشخصية مقارنة مع المعاملات المالية أين يتسع دور الإرادة.¹

إن الأصل في عقد الزواج في مجال الأحوال الشخصية هو جعلية العقود، أي أن آثارها معروفة و محصورة، و تكون على وفق حاجة عاقدتها مقصودة و هو لا يحتاج إزاءها إلى تعديل آثارها عن طريق الإشتراط، و لكن قد لا تكون تلك الآثار محققة و موافقة لحاجته ، فيحتاج إلى أن يعمل منها بما يحقق رغبته و غرضه زيادة أو نقصانا، و يكون السبيل إلى ذلك هو الإتصال بهذه الآثار من حيث تعديلها عن طريق الإشتراط في عقد الزواج.² فإذا اشترط أحد أطراف العقد شرطا زائدا يريد به تحقيق منفعة لنفسه أو يقلص حدود منافع غيره و يرضى الطرف الثاني بهذا الشرط و يقبل به مختارا غير مكره ، فان هذا ما يسمى بالعقد المقترن بالشرط.³

و سنتعرض في هذا الفصل إلى ماهية الشرط المقترن بعقد الزواج وذلك في ثلاثة مباحث، يتضمن الأول مفهوم الشرط ومفهوم إقترانه بالعقد، والثاني أقسام الشرط وتمييزه عما يشبهه من مفاهيم، أما الثالث فسنتناول فيه عقد الزواج وما يتضمنه من شروط بين الحظر والإباحة وأثره في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: مفهوم الشرط وخصائصه

يقتضي هذا البحث التعريف بمصطلحات البحث، وهذا ما سأطرق إليه في هذا المبحث، وذلك بذكر حقيقة الشرط وكذا حقيقة إقترانه بالعقد و خصائصه.

المطلب الأول: تعريف الشرط

يعتبر الشرط من الأمور التي تسود أغلب تعاملات الناس، فلا يكاد يبرم عقد بين إثنين إلا ويكون الشرط حاضرا،⁴ لهذا يتوجب علينا في هذا المطلب أن نتناول مفهوم الشرط لغة و اصطلاحا، ثم بعد ذلك بيان معناه في عقد الزواج.

الفرع الأول : معنى الشرط في اللغة و الإصطلاح

أولا : المعنى اللغوي

1 - مسعودي يوسف ، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة ، جامعة بشار، 2007، ص3.
2 - أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، (د.ط) ، 2010 ، ص ص 115-116.
3 - عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر للنشر و التوزيع ، الجزائر ، (د.ط)،(د.ت)، ص 147 .
4 - سعيد خنوش ، المشاركات العقدية في الزواج دراسة مقارنة بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، جامعة الجزائر ، 2008 ، ص 20.

الشرط والشريطة، وجمعه شروط وشرائط، والشرط هو إلزام الشيء وإلتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، وفي الحديث: نهى عن بيع وشرط، وهو أن يكون الشرط ملازماً في العقد لا قبله ولا بعده.¹

والشرط بالتحريك: العلامة والجمع أشرط، وأشرط الساعة أعلامها وهو منه في كتاب الله العزيز: "فهل ينظرون إلى الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها فأنى لهم إذا جاءتهم ذكراهم"، والإشتراط: العلامة التي يجعلها الناس بينهم، وأشرط كل شيء ابتداءً أولاً، قيل ومنه الإشتراط الذي يشترط الناس بعضهم على بعض أي علامات يجعلونها بينهم.²

ثانياً : المعنى الاصطلاحي

استعمل الفقهاء الشرط استعمالاً لا يخرج عن أصل المعنى الأصولي، والشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته، ويكون مؤثراً في وجوده، وهم في تعريفهم للشرط نجد أنهم لا يختلفون كثيراً عن تعريف علماء الأصول، مع اختلاف في التكييف فقط، فالفقهاء كثيراً ما يتطرقون إلى حقيقة الشرط عند ذكر عبادة أو معاملة ما، كشروط الصلاة أو البيع..... وغايتهم ليست هي ضبط حقيقة الشرط بقدر ماهي تطبيقه على فروع الفقه.³

أما في القانون الجزائري لم ينص المشرع الجزائري على مفهوم الشرط بل قام بتوضيح أحكام عامة للشرط، حيث نصت المادة 203 قانون مدني جزائري على مايلي:
"يكون الإلتزام معلقاً إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبلي وممكن الوقوع"⁴.
وكذا في قانون الأسرة أين خصص له مادة واحدة وهي المادة 19 التي تبين أحكام وآثار الشرط في عقد الزواج التي جاء فيه:
"للزوجين أن يشترطاً في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتناف مع هذا القانون"⁵

الفرع الثاني: تعريف الشرط المقترن بالعقد

جاء التشريع بمنهج يسير ميسر، لينظم حياة المجتمع، من حيث المعاملات بين الناس، وجعل من حق المتعاقدين الإشتراط في العقود أنى كانت، فمن حق المتعاقدين أو أحدهما الإشتراط في العقد لحاجتهم لذلك وحفظ الحقوق وتفادي المنازعات.⁶
ويعرف الشرط المقترن بالعقد بأنه إلتزام العاقد في عقده أمراً زائداً على أصل العقد سواء كان الإلتزام الزائد مما يقتضيه العقد نفسه، أو مؤكداً له أو مخالفاً له، سواء كان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط أم كان الإشتراط لصالح الغير، أم لم تكن هناك منفعة لأحد مطلقاً، أما الشروط المقترنة بعقد الزواج فيقصد بها الشروط التي صدرت فيها الصيغة

1 - ابن منظور، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2003، 1، المجلد7، ص372.

2 - المرجع نفسه، ص373.

3- سي ناصر بوعلام، الإشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2012، ص16.

2-أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق ل20 يونيو 2005.

3- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل09 جوان 1984 م، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق ل27 فيفري 2005 م.

4- خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد النكاح دراسة فقهية مقارنة، ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007، ص6.

مطلقة عن التعليق على الشرط أو الإضافة إلى المستقبل أو التقييد بوقت.¹ وقد عرفه الأستاذ فتحي الدريني بأنه: "إلتزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه شرعا"، وقال في بيان ذلك الشرط يوجب تكليفا في تصرف قولي، سواء كان عقد بين طرفين من عقود المبادلات المالية، أم غير المالية، أم كان تصرفا إنفراديا كالهبة والوصية²، وعلى هذا كان المقصود أن الشرط أمر خارج عن العقد، متى انعقد موافقا لمقاصده و مقتضاه ثم تم الاتفاق على أمور خارج ماهيته كان ذلك هو الشرط المقترن بالعقد.

المطلب الثاني: خصائص الشرط المقترن بالعقد

إستنادا

إلى ما سبق من تعريف الشرط المقترن بالعقد وبيان معناه، يمكن استخلاص عدة خصائص تميز الشرط المقترن بالعقد وهي كالتالي :

الفرع الأول: أنه أمر زائد على أصل العقد و أمر مستقبل

أولا : أمر زائد على أصل العقد

ويقصد به أن العقد بمجرد توافر أركانه وشروطه التي يتطلبها المشرع ينعقد دون حاجة إلى وجود الشرط المقترن بالعقد لأن هذا الأخير يلحق العقد بعد تمامه وتوافر أركانه، فلو اشترطت المرأة في عقد النكاح كفيلا لضمان المهر وقبل ذلك ينعقد العقد بدون هذا الشرط ولا يتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط ونفس الحكم لبقية العقود.³

ثانيا : أنه أمر مستقبل

يجب أن يكون الشرط متعلقا بإلتزام يوجد في المستقبل، فإذا كان الشرط واقعا بالفعل في الماضي أو في الحال فلا فائدة من إشتراطه لأنه تحصيل حاصل، ومثاله: إذا وعد شخص آخر بجائزة إذا عثر على مال له مفقود، فالعثر على المال المفقود أمر مستقبل، ومن ثم كان الإلتزام بالجائزة إلتزاما معلقا على شرط، إذ يتوقف وجوده على تحقق هذا الشرط.⁴

الفرع الثاني : أنه أمر محتمل الوقوع و أمر مشروع

أولا : أنه أمر محتمل الوقوع

يجب أن يكون الشرط متعلقا بأمر يكون في وسع المتعاقد المشتراط عليه تنفيذه وهذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع مستقبلا فلو كان الشرط مستحيل الوقوع فإن العقد يقع باطلا، والإستحالة إما مادية كتعليق الهبة على عدم غروب الشمس مثلا، أو إستحالة قانونية مثل فوات آجال الطعن بالنسبة للمحامي.⁵

ثانيا : مشروعية الإشتراط

1 - كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص و إجتهاادات القضاء ، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة قسنطينة ، 2015، ص 35.

2 - محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد و أثرها في الفقه الإسلامي، حولية كلية الشريعة و القانون، جامعة قطر، عدد22، 2004، م، ص 04.

3 - مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، ص 09.

1- سي ناصر بوعلام، الإشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون ، ص 19 .

2- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص9.

يجب أن لا يكون الشرط مخالفا للنظام العام والآداب العامة، لأن مشروعية الشرط تقرير لمقتضى العقد، وفكرة المشروعية لا ترتبط في الواقع بالواقعة الشرطية في حد ذاتها، وإنما بالغاية المقصودة منها، ذلك أن العمل المشروط قد ينطوي على عمل مشروع كشرط عدم الزواج فالأصل فيه أنه مشروع ومتروك لإرادة الشخص ولكنه يصبح غير مشروع إذا كان من شأنه تقييد حرية الزواج، ومن أمثلة الشروط غير المشروعة كذلك الشرط الذي يقضي بعدم الزواج لبعض الوظائف في بعض المؤسسات كشرط العزوبة لمضيفات الطيران، وفي هذا الصدد قضت محكمة باريس ببطلان هذا الشرط، غير أنه في حالات أخرى أقر القضاء بتبرير هذه الشروط.¹

المبحث الثاني: تمييز الشرط عما يشبهه من ألفاظ وأقسامه

بعد أن ذكرنا تعريف الشرط ومفهوم إقترانه بالعقد والخصائص التي يلم بها في المبحث الأول، ننتقل إلى المبحث الثاني لبيان أقسام الشرط وتمييزه عما يشبهه من ألفاظ وهذا في مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: تمييز الشرط عما يشبهه من ألفاظ

لقد سبق وأن تطرقنا لحقيقة الشرط باعتباره مصطلح من المصطلحات الأصولية، لكن يجب علينا أن نميز بين مصطلح الشرط وما يشبهه من ألفاظ.

الفرع الأول: تمييز الشرط عن الركن والسبب

أولاً: تمييز الشرط عن الركن

الشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان خارجا عنه وليس مؤثرا فيه ولا وموصلا إليه.²

وهو عند الأصوليين ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، كالوضوء للصلاة مثلا، أي لا يلزم من وجود الشرط وجود الحكم، أما الركن فهو الجانب الأقوى في الشيء، وهو ما كان جزء من ماهيته ويتوقف عليه الشيء، ويسمى الركن فرضا كذلك، فالركن والشرط أمران مختلفان لأن الركن يمثل جزءا من الشيء داخلا فيه، أما الشرط فهو خارج عن ماهيته، ولكن قد يستعمل أحدهما مكان آخر أحيانا مجازا.³

ثانياً: تمييز الشرط عن السبب

- المرجع نفسه، ص ص 10-11.¹

- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 49.²

- المرجع نفسه، ص 49.³

السبب هو كل حادث ربط به الشرع أمر آخر وجودا وعمدا وهو خارج عن ماهيته، أو هو ما يلزم من وجود الوجود وعدم العدم، مثلا يعتبر العمل الضار سببا موجبا للتعويض، طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري.²

ويظهر الفرق بين السبب والشرط في حالة الوجود، فإذا وجد الشرط لا يلزم من وجوده وجود الحكم أما السبب فيلزم من وجوده وجود الحكم، ولكن هذا لا ينفي عدم وجود علاقة بينهما وهي أن الشروط الشرعية تكمل السبب وتجعل أثره يترتب عليه وهو السبب فإذا وجد السبب ولم يتوفر الشرط فلا يوجد المسبب، فالسبب يلزم منه وجود المسبب عند تحقق الشرط وانتفاء المانع وإذا لم يتحقق الشرط فلا أثر له.³

الفرع الثاني: تمييز الشرط عن الوعد والمانع

أولا: تمييز الشرط عن الوعد

الوعد معناه الإلتزام للغير بما لا يلزم ابتداء ولقد ورد لفظ الوعد في القرآن الكريم في آيات كثيرة من ذلك قوله تعالى: "واذكر في الكتاب إسماعيل إنه كان صادقا الوعد"،⁴ وكذلك في أحاديث للسنة النبوية.⁵

ويتميز الوعد عن الشرط في كون الأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاء، وإن كان الوفاء به مطلوباً ديانة، فلو وعد شخص آخر ببيع منزل مثلا فلا ينشأ بذلك حق للموعد له، وليس له أن يجبره على تنفيذه بقوة القضاء، إلا إذا صدر الوعد معلقا على شرط، فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرد، ويكتسي صفة الإلتزام ويكون بذلك ملزما لصاحبه.⁶

ثانيا : تمييز الشرط عن المانع

المانع في اللغة هو الحائل بين الشيئين، أما في الاصطلاح فهو كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره، وعند الأصوليين هو الوصف الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع حائل دون وجود الحكم، فيلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجوده ولا عدم لذاته، مثل الوارث القاتل يعتبر قتله لمورثه مانعا شرعيا من موانع الميراث ولا يرث رغم قيام سبب إرث القرابة أو الزوجية ويقتضي هذا المانع رفع مقتضى السبب أو وجود الحكم، ويتمثل الفرق بين الشرط والمانع في أن المانع هو كل ما يستلزم إنتفاء غيره، أي المانع عكس الشرط، لأن الشرط هو ما يلزم من عدمه عدم غيره.⁷

وفي الأخير، نشير إلى أنه على الرغم من محاولة الفقهاء التمييز بين الشرط وما يشابهه من ألفاظ فإن الغموض والخلط لا يزال يشوب التعريف الاصطلاحي للشرط، حيث يسمى تارة بالركن وأخرى السبب، أو الوعد و حتى تكتمل لنا صورة الشرط ننقل إلى دراسة أقسام الشرط في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: أقسام الشرط

³- بوراق فتيحة، الإشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2016، ص14.

⁴- المادة 124، ق.م.ج "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

- سي ناصر بوعلام، الإشتراط في عقد النكاح وأثره في الشريعة والقانون، ص34.³

⁴- سورة مريم، الآية 54.

⁵- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص12.

⁶- المرجع نفسه، ص12.

⁷- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص14.

إن للشرط أنواع عدة، سواء من حيث مصدره أو وظيفته، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب في فرعين، الأول أنواع الشرط من حيث المصدر والفرع الثاني نتناول فيه أنواع الشرط من حيث وظيفته.

الفرع الأول: أقسام الشرط من حيث المصدر

مصدر الشرط إما أن يكون شرعياً أو قانونياً، وإما أن يكون إرادياً أو جعلياً، وإما شرطاً عرفياً وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولاً: الشرط الشرعي

تناول الكثير من الفقهاء الشرط الشرعي أو القانوني في إصطلاح القانون الوضعي، ووضعوا له عدة تعاريف، حيث عرفه الأستاذ محمد الزحيلي بأنه: "ما اشترطه الشارع للأحكام والتصرفات، مثل الشروط التي وردت في العبادات والمعاملات وإقامة الحدود"، وعرفه الأستاذ أحمد الزرقاء بأنه: "الشرط الذي يفرضه الشرع فيجعل تحققه لازماً لتحقيق أمر آخر ربط به عدماً، بحيث إذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر"، ومن خلال هذه التعاريف يمكننا القول بأن المقصود بالشرط الشرعي، هو ذلك الشرط الذي يكون مصدر وجوده الشرع، وإذا ما تخلف فالعقد باطل، أما في القوانين الوضعية فيطلق عليه الشرط القانوني، وهو الشرط الذي يفرض بقوة القانون على المتعاقدين وعليهم إحترامه وإلا وقع باطلاً ذلك التصرف، فبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري مثلاً في المادة 78 منه جعلت شرطاً في إبرام العقود وهو أهلية التعاقد وعلى هذا من ليست له أهلية للتعاقد لا يكون أهلاً للتعاقد وتكون تصرفاته باطلة.¹

ولهذا فمصدر هذا الشرط هو الشرع أو القانون، ولكن يطرح التساؤل هل دائماً المشرع هو مصدر هذا الشرط أم قد يكون للأطراف دخل فيه؟ والإجابة هي نعم، وهذا ما سنبينه في الشرط الإرادي أو الجعلي.

ثانياً: الشرط الجعلي

وهو الشرط الذي يكون مصدره الإرادة، ويطلق عليه في الفقه الإسلامي بمصطلح الشرط الجعلي، ويختلف عن الشرط الذي مصدره الشرع أو القانون وسمي بالشرط الإرادي لأنه يكون دائماً من جعل أطراف العلاقة التعاقدية بغرض الوصول إلى تحقيق مصالحهم المتبادلة، وبالنظر إلى هذا النوع من الشروط فأننا نجد أنه يحمل معنيين:

فقد يقصد به ذلك الشرط الذي يتوقف عليه وجود العقد، بحيث يجعل المتعاقد تحقق العقد معلقاً على تحقق الشرط الذي اشترطه، مثل تعليق الكفالة على عجز المدين عن الوفاء وهو ما يسمى بالشرط المعلق والذي سنتناوله في الفرع الثاني، وأما المعنى الثاني فيقصد به الشرط المقترن بالعقد، وهو الشرط الذي يكون مدرجاً في العقد المنجز، وعليه هناك شروط جعلية تتصل بوجود العقد، وأخرى تقترب بالعقد الموجود أصلاً.²

ثالثاً: الشرط العرفي

يعتبر العرف مصدراً من مصادر القانون، وكذا مصدراً من مصادر الشرط على غرار الشرع أو القانون والإرادة، لما له من أهمية في حياة الناس اليومية.

¹- لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، ص36.

²- المرجع نفسه، ص37.

ويقصد بالشرط العرفي ما يتقيد به التصرف بناء على ما إعتاده الناس وأفوه أو فعل تكرر مرة بعد أخرى حتى صارت تتلقاه عقولهم بالقبول، وهو الشرط الذي تعارف عليه الناس وساروا على حكمه، مثل: تأجيل جزء من مهور النساء في بعض البلدان الإسلامية، وللعرف أنواع، فمنه العرف القولي الذي مصدره القول، والعرف الفعلي ومصدره الفعل، والعرف العام الذي يعم كل العالم، والعرف الخاص ويخص بلدانا دون سواها أو طائفة دون غيرها، كما هناك العرف الصحيح الذي لا يخالف قواعد الشريعة أو القانون، والعرف الفاسد الذي يكون مخالفا لقواعد الشريعة والقانون.¹ ويشترط في العرف حتى يكون معتبرا في نظر الشرع شروط وهي:

- 1- أن يكون العرف مطردا وغالبا
- 2- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند انشائها
- 3- ألا يعارض العرف نصا شرعيا أو قانونيا.²

الفرع الثاني: أقسام الشرط من حيث وظيفته

تنحصر أقسام الشرط من حيث وظيفته في ثلاثة أنواع، وهي إما التعليق أو الإضافة أو التقييد وهذا ما سنتناوله كالاتي:

أولا: شرط التعليق

إن التعليق على الشرط هو ترتيب العقد على أمر سيوجد في المستقبل، عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مرتبا لآثاره فور صدوره، ولا يكون العقد إلا إذا تحقق شرطان أساسيان:

- 1- يجب أن يكون الشرط المعلق عليه غير موجود وقت التعاقد، فإن كان موجودا فإن التعليق عندئذ يكون صوريا والعقد منجزا
 - 2- أن لا يكون الشيء المعلق عليه الشرط مستحيلا وإلا كان العقد باطلا.³
- وخلاصة القول أن الشرط المعلق هو كل شرط يعلق فيه العاقد تصرفه على حصول أمر من الأمور، بحيث لا يوجد إلا إذا تحقق الشرط، وهذا ما يتنافى مع مقتضى عقد الزواج باعتباره من العقود المنجزة، ولهذا يكون حكم الزواج المعلق على شرط هو البطلان، وعليه فإن هذا النوع يخرج عن نطاق بحثنا وهذا لإختلافه عن الشرط المقترن بعقد الزواج الذي يكون فيه العقد منجزا وواقعا في الحال بخلاف الشرط المعلق في العقود الذي لا يتحقق إلا بتوفر الشرط.⁴

ثانيا : شرط الإضافة

وهو الشرط الذي يقصد به تأخير سريان أحكام العقد إلى زمن المستقبل، ويتحقق ذلك بإضافة صيغة الإيجاب إلى المستقبل مثل قول أحد المتعاقدين للآخر: أجرتك منزلي هذا لمدة سنة تبدأ من الشهر القادم بشرط أن تدفع لي الأجرة على قسطين، ويقبل بذلك المتعاقد الآخر، أما بخصوص حكم العقد المضاف فإنه ينعقد في الحال، ولكن لا يترتب حكمه و آثاره إلا إذا جاء الوقت الذي أضيف إليه في العقد، وكأن المتعاقدان قاما بتوقيف سريان آثار العقد إلى زمن محدد بحيث لولا هذه الإضافة لرتب العقد أحكامه من وقت التعاقد، أما

1 - لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، ص ص 41-42.

2 - المرجع نفسه، ص 43.

3 - مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 20.

4 - المرجع نفسه، ص 20.

عن عقد الزواج فلا يشمل شرط الإضافة إلى زمن المستقبل لأنه يوجب تمليك الاستعمال في الحال.¹

ثالثا : شرط التقييد

الشرط التقييدي: هو إلتزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه، والمقصود من ذلك هو إقتران التصرف بإلتزام أحد الطرفين أو كلاهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف، وغير موجود وقت التعاقد، وذلك بتضمنه عبارات في العقد مثل بشرط كذا، وغيرها من الألفاظ التي تدل على الإشتراط، وعلى هذا يكون الشرط المقيد بأنه أمر زائد على أصل التصرف، وليس عنصرا أساسيا وكونه أمرا مستقبلا.²

وبناء على ما سبق يمكن أن نتبين الفوارق بين هذه الشروط، فالشرط المعلق هو ما كان بصيغة ترتب وجوده على أمر في المستقبل، فلا يرتب العقد آثاره إلا إذا وجد الأمر المعلق عليه ويسمى في القوانين الوضعية بالشرط الواقف، وإذا تخلف هذا الشرط زال الإلتزام الناتج عنه ويسمى شرطا فاسخا، أما الشرط المقيد فهو موجود بين الطرفين لحين تعديل آثاره بموجب حكم زائد من طرف المتعاقدان، ويختلف عن شرط التعليق كون الفسخ في شرط التقييد يحتاج إلى إستصدار حكم من القضاء بناء على طلب صاحب الشرط، عكس الفسخ في شرط التعليق يتم بمجرد تحقق الشرط أو تخلفه بحسب الإلتفاق على جعل الشرط فاسخا أو واقفا دون حاجة لإستصدار حكم قضائي، أما بالنسبة لشرط الإضافة فهو الذي يجعل آثار العقد تتراخى إلى زمن معين في المستقبل رغم قيام العقد ووجوده ويشبهه التعليق في كونه لا يرتب أثره إلا إذا جاء الوقت الذي أضيف إليه، أما بالنسبة لقابلية هذه الشروط لعقد الزواج، فالأصل في عقد الزواج التنجيز، وقد يكون مقترنا بشرط ولما كان عقد الزواج من العقود التي تفيد التمليك في الحال فهو لا يقبل شرط الإضافة، وكذا لا يقبل التعليق حيث اتفق الفقهاء على بطلان عقد الزواج المعلق على شرط.³

- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، ص 20. ¹

²- المرجع نفسه، ص 23.

- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 29. ³

المبحث الثالث : الإشتراط في عقد الزواج بين الحظر والإباحة وأثره في الشريعة الإسلامية

لقد جعل الشارع لكل عقد حكما أصليا وهو ما يطلق عليه بمقتضى العقد أي الهدف والغاية منه ، ومقتضى عقد الزواج هي الحقوق التي تثبت لكلا الزوجين على صاحبه بحكم ذلك العقد ، وهناك أحكام تبعية إلى جانب الحكم الأصلي ، فوجوب نفقة الزوج على زوجته وكسوتها والمبيت عندها من الأحكام الأصلية ، وإشتراط الزوجة أن لا يتزوج عليها زوجها من الأحكام التبعية وهي ليست من مقتضى العقد، وإنه من آثار العقود ما يكون وفق حاجة عاقدتها ومقصوده ، وهو في هذه الحالة لا يحتاج إلى تعديل هذه الآثار عن طريق الإشتراط، ومن ناحية أخرى قد لا تكون تلك الآثار محققة وموافقة لحاجته وهنا فإنه يحتاج إلى تعديلها بما يحقق رغبته زيادة أو نقصانا ويكون السبيل إلى ذلك عن طريق الشروط المقترنة بالعقد أو ما يسمى بالإشتراط في عقد الزواج¹.

ولقد اختلف بشأن الإشتراط في عقد الزواج ، وهذا الخلاف موجود في حرية التعاقد نفسها، حيث أنه مما لا شك فيه أن حرية الإشتراط تابعة لحرية التعاقد ، بدليل أن من يقولون بمبدأ حرية التعاقد يجعلون للعاقد أن يشترط عند إنشاء العقود ما شاء من الشروط ، وعلى عكس ذلك هناك من ذهب إلى القول بأن الأصل في العقود المنع ويتمسكون بمقتضيات العقد التي أقرها الشارع، ولكن الأخذ بمبدأ حرية الإشتراط في عقد الزواج ليس مطلقا، لأن أثر هذه الشروط اختلف فيها من حيث الصحة و البطلان، وأثر هذه الشروط يختلف باختلاف نوع الشرط الذي يقترن بالعقد².

وسوف نتناول كل هذا في هذا المبحث في مطلبين، الأول نتناول فيه الإشتراط في عقد الزواج بين الحظر والإباحة، والثاني أثر الشرط في عقد الزواج ، وحكم ذلك في القانون الجزائري وتفسير الشريعة الإسلامية لذلك.

المطلب الأول : الإشتراط في عقد الزواج بين الحظر والإباحة

اختلفت نظرة الفقهاء لمسألة الإشتراط في عقد الزواج بين موسع ومضيق، فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الشروط التي نص عليها الشارع فقط، وهناك من وسع من دائرة هذه الشروط واعتبرها صحيحة إلا ما منعها الشارع الحكيم، وعلى هذا ذهب رأي من الفقه إلى أن الأصل في الإشتراط الحظر، وذهب رأي آخر إلى أن الأصل في الإشتراط الإباحة. فما مدى سلطة العاقدين في تعديل آثار العقود ؟ وما الذي قال به الفقهاء في تعديل آثار العقد عن طريق الإشتراط؟

1- أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة ، ص 115.

2- المرجع نفسه، ص 116.

سنتناول هذا الإختلاف في هذا المطلب في فرعين مع بيان أساس كل رأي وحجج وأدلة كل رأي في هذه المسألة.

الفرع الأول : الرأي القائل بأن الأصل في الإشتراط الحظر

يتمثل أصحاب هذا الرأي في مذهب الظاهرية أساسا وهي أتباع ابن علي وابن حزم الأندلسي، وكذا رأي كل من الحنفية والمالكية والشافعية، وهم يقفون عند ظاهر النصوص ويتمسكون بها، ويرى هؤلاء أن إرادة الإنسان مقيدة وهم يصفون إرادته في باب العقود والشروط لأن إرادة الإنسان حسب هذا الرأي لا تنشئ من العقود إلا ما نص الشارع على إباحته، أما غير ذلك فهو لا يملك إنشاءه، وإن فعل فهو باطل¹.

وعليه يمكن القول أن أصحاب هذا الرأي يجعلون الأصل في الشروط في العقود هو الحظر والمنع حتى يقوم الدليل الشرعي على الصحة والجواز، كما حصروا الأدلة في النص والإجماع فقط ، فهم لا يعترفون لا بالعرف ولا بغيرها من الأدلة ، حيث قال ابن حزم في هذا وهو ظاهري : " إن كل شرط اشترطه إنسان على نفسه، أو على غيره ، فهو باطل يلزم من إلتزامه أصلا إلا أن يكون النص أو الإجماع، وقد ورد أحدهما بجواز إلتزام الشرط بعينه أو بإلزامه"².

ولقد استدل هذا الرأي حجتهم بأدلة من الكتاب والسنة:

أولا : من الكتاب

- 1- قال تعالى: "ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون."³
- 2- قال تعالى: "اليوم أكملت لكم دينكم"⁴.
- 3- قال تعالى: "ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدود الله يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين"⁵

ووجه الدلالة بين الآيات أن الله تعالى يخبر أن من يتعدى حدود الله يعد ظالما، ومن ثم من إشتراط شروطا لم يرد فيها دليل على جوازها يكون قد تعدى حدود الله وخالف شرعه، ومن ثم لا يجب الوفاء بها، لأنه قد يؤدي الى إحلال محرم أو تحريم ما أحل الله⁶.

ثانيا : من السنة

- 1- قوله صلى الله عليه وسلم:- "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رَد"⁷.
- 2- وقوله صلى الله عليه وسلم:- "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"⁸.

ووجه الدلالة في الحديثين أنه من يعقد شرطا لم يرد النص عليه يكون خارج عن أمر الشرع ويقع باطلا، وتفيد الأحاديث أن المشرط ليس له إباحة ما حرم الله بأن يدرج شروطا باطلة و إلا سيكون اشتراطه خروجا عما شرعه الله وكذلك ليس له إسقاط ما

1 - مسعودي يوسف ، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، ص 28.

2 - لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، ص 103.

3- سورة البقرة، الآية 227.

4- سورة المائدة، الآية 30.

5- سورة النساء، الآية 14.

4- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 32.

5- أخرجه مسلم.

8- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 34.

أوجبه الله.¹ ويقول ابن حزم بخصوص الحديث الأول: "فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامه بإسمه أو بإباحة التزامه بعينه".²

ولقد رد على أدلة هذا الرأي بأن المقصود الصحيح من الحديث هو بطلان الشرط المخالف لحكم الله وشرعه، كما أن الحكم ببطلان الشرط الذي لم يرد به الدليل في القرآن الكريم ليس صحيحاً لأن المراد بكتاب الله القرآن، ولكن نجد أن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن بل علمت من السنة.³

ثالثاً: تقييم هذا الرأي

من خلال ما تقدم يمكننا أن نقول أن أنصار هذا الرأي قد قيدوا الإرادة من دون مبرر، في مجال إبرام العقود ووضع الشروط، وهذا حسب رأيي راجع إلى نظرتهم السطحية للنصوص الشرعية فهم يأخذون بظاهر النصوص، وكذلك يمكن القول أن هذه النظرة ترجع إلى استبعاد هذا الرأي لمصادر الشريعة الإسلامية الأخرى غير القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فهم لا يولون إهتمام إلى أي دليل مثبت للأحكام الشرعية، هذا من جهة، من جهة أخرى فإن المصالح البشرية والتطورات الإقتصادية و الإجتماعية تتطلب إدراج الشروط في مختلف العقود.⁴

الفرع الثاني: الرأي القائل بأن الأصل في الإشتراط الإباحة

يتمثل أصحاب هذا الرأي أساساً في مذهب الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وطائفة من فقهاء المالكية، وهو الرأي ذاته القائل بحرية التعاقد في الفقه الإسلامي، لأن حرية الإشتراط تابعة لحرية التعاقد والعقود مركبة على الشروط.⁵ ولقد توسع الفقه الحنبلي في قبول المشاركات في عقد الزواج وذلك في إطار مقاصد الشارع

وضمن الحدود والقواعد التي تضمن مصالح العباد، فيقترب المذهب الحنبلي في رأيه من الفقه الغربي الذي يقول بأن كل شرط يقترب بالعقد يكون صحيحاً إلا إذا كان شرطاً مستحيلاً أو مخالف للقانون أو النظام العام والآداب العامة.⁶

أما عن مضمون هذا الرأي فإنهم يرون بأن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز، وللإنسان كامل الحرية والإرادة في إنشاء الشروط التي تحقق مصالح العباد وأغراضهم إلا إذا قام الدليل على المنع، والفقه الحنبلي لم يفرق بين عقد الزواج وغيره من العقود فيما يتعلق بحرية الإشتراط، فأجاز لكل من الزوجين أن يشترطاً في عقد الزواج كل الشروط الضرورية التي تخدم مصالح كلا الطرفين بشرط ألا تتنافى هذه الشروط مع مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج، ومثال الشروط الجائزة عند الحنابلة إشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدها.⁷

¹ - لعربي إيمان ، الشروط المقترنة بعقد الزواج ، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014، ص 28 .

⁸ - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادلته ، دار الفكر ، دمشق، سورية، ط 1985، م 2، ج 4، ص 199.

¹ - مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 35 .

² - لمطاعي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، ص 103.

³ - مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 40.

⁴ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، ص 119.

¹ - مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 41 .

ويقسم الحنابلة الشرط التقييدي في عقد الزواج إلى صحيح وباطل، أما الشرط الصحيح فهو كل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين في عقد النكاح، وهذه الشروط يلزم الوفاء بها، وإن لم يفعل فللطرف الآخر فسخ النكاح، وأما الشرط الباطل فيقسمه الحنابلة إلى قسمين، شرط باطل يبطل معه العقد، وشرط باطل يسقط وحده ويبقى العقد صحيحاً¹.

ولقد استدل أصحاب هذا الرأي لدعم رأيهم بأدلة من الكتاب والسنة ندرجها كالتالي:

أولاً : من الكتاب

1 - قوله تعالى : "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"².

2 - وقوله تعالى: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً"³.

وجه الدلالة بين الآيتين هو أن الذي تعاهدون عليه الناس والعقود ومعاملاتها، فإن العهد والعقد كل منهما يسأل صاحبه عنه، والآيتين فيهما وضوح وصريح الدلالة على الوفاء بالعهود والعقود مادامت لا تناقض التشريع الإسلامي ، وطالما كانت في نطاق ما أجازته الشرع فكان الأصل فيها الإباحة⁴.

ثانياً : من السنة

استدل أصحاب هذا الرأي:

1- قوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"، وهذا الحديث يدل على أن الأصل في الشروط الصحة حتى يقوم دليل شرعي ببطلانها، وهذا لأن الأصل وجوب الوفاء بالعقود لأنها تقوم على مبدأ الرضا، وتحقيق المنفعة للمتعاقدين ما دامت لا تتعارض مع القواعد العامة التي نص عليه الشارع⁵.

2- وقوله صلى الله عليه وسلم: "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج"، وهو دليل على وجوب الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج، ولو لم يكن له نص خاص، أو دليل خاص، لأن مالا دليل له من الشروط هذا الحديث دليله بمقتضى عموم لفظه، وشمول ما يدل عليه، وتأكيد طلب الوفاء به، ولقد روي أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم بدا له بعد ذلك أن ينقلها إلى داره فتخاصما إلى عمر، فقال عمر: "لها شرطها، مقاطع الحقوق عند الشروط"⁶.

ولما كانت الشروط فيها منفعة مقصودة لمشترطها ، وكان رضاه بالعقد على أساسها، وهي لا تمنع تحقق مقاصد النكاح التي قام الدليل الشرعي على طلبها، فكان لا بد من الوفاء بها إجابة للأمر العام الذي تضافرت النصوص عليه، وهو وجوب الوفاء بالعقود والعهود وإن حصل خلل في الرضا الذي قوامه العقد، فكان حقا أن ينظر في رضا المشتراط من جديد، أيرضى بالعقد مع تخلف الشرط أم لا يرضى فيفسخ العقد⁷.

ثالثاً : تقييم هذا الرأي

²- أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، ص ص 124-125.

³- سورة المائدة، الآية 1.

⁴- سورة الإسراء، الآية 34.

⁵- خديجة أحمد أبو العطا، الشروط المشترطة في عقد الزواج ، ص 9.

¹- محمود علي السرتاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر، عمان ، ط 3 ، 2010 ، ص 82.

²- محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي للطبع والنشر، القاهرة ، مصر،

(د.ط.)،(د.ت)، ص 213.

³- المرجع نفسه، ص 214.

من خلال الأدلة المطروحة التي أخذ بها هذا الرأي القائل بإباحة الإشتراط في العقود نجد أنه توسع في الرأي ، كما أن أدلته تبدو مقنعة، لأنه في حالة التعارض بين العموم والخصوص فإننا نأخذ بقاعدة الخاص يقيد العام، كما أنه حفاظا على مصالح العباد كان حقا على المتعاقد إشتراط ما يخدم مصلحته وللطرف الآخر حق العلم به والوفاء به إذا قبله، كما أن حرية الإشتراط ليست مطلقة بل هي مقيدة بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية.¹

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، وهو في ذلك تقارب مع مذهب الحنابلة، ولهذا فلا يوجد مانع من إقتران عقد الزواج بالشروط المقيدة له، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في الفصل الثاني.

المطلب الثاني: أثر الشرط في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية

إن تأثير الشروط في عقد الزواج من حيث الصحة والبطالان يرجع في أصله إلى اختلاف الفقهاء في المدى الذي تلعبه الإرادة العقدية في اشتراط الشروط في عقد الزواج ما يجعلهم يختلفون في أنواع هذه الشروط التقييدية ومدى تأثيرها على عقد الزواج صحة وبطلانا، وعلى هذا فإن المقصود بتأثير الشرط على العقد هو الحكم الذي يترتب على اشتراطه في عقد الزواج من ناحية إلزامية التقييد بالشرط وثبوت الخيار لصاحب الشرط في فسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالشرط أو فساد العقد لعدم صحته وهذا التأثير يختلف باختلاف نوع الشرط الذي يقترن بالعقد والذي يكون إما موافقا لمقتضى عقد الزواج أو منافيا له، وفي حالات أخرى لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وسنتناول دراسة هذه الأنواع من الشروط في عقد الزواج فيما يلي:

الفرع الأول: الشروط الموافقة لمقتضى عقد الزواج

وهي الشروط الصحيحة، وهي عند جمهور الفقهاء التي تكون جزءا من مقتضى العقد، كأن تكون مؤكدة أو يقوم الدليل على وجوب الوفاء بها.² وينصرف معنى الشروط التي يقتضيها العقد إلى كل الشروط التي يوجبها عقد الزواج حتى لو لم تذكر فيه بالنظر لكونها تعد حكما من أحكام عقد الزواج وأثرا من آثاره، ولهذا فهي تجب بالعقد من غير حاجة لإشتراطها أصلا، فهي مقررة بموجب عقد الزواج بذاته، كإشتراط الزوجة على الزوج الإنفاق، المعاملة الحسنة، حسن المعاشرة، أو إشتراط الزوج على الزوجة الطاعة أو عدم الخروج من البيت دون إذنه، أو أن لا تصوم إلا بإذنه تطوعا ، ونحو ذلك مما يتوقف عليه صحة العقد لكونه صحيح وثابت بطبيعته ومما يلزم الوفاء به³، لقوله صلى الله عليه وسلم: " إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج".⁴

وإذا كان الشرط موافقا لمقتضى العقد ولا يتنافى معه، فهذه الشروط يجب الوفاء بها، ولا تأثير لها على العقد فإشتراطها وعدمه سواء.⁵

¹ - مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 51.

- محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، ص 212.

- لعربي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج ، ص 7.

- أخرجه البخاري.⁴

³ - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، (د ط)، (د ت)، ص 51.

ولقد أجمع الفقهاء على صحة الشروط التي يقتضيها العقد وتوافق مقصده، وهي شروط صحيحة والعقد المتضمن هذه الشروط صحيح أيضا، أما في قانون الأسرة الجزائري في الرجوع إلى المادة 32 ق.أ نجدتها تنص على أنه: " يبطل الزواج صحيحا إذا اشتمل على شرط يوافق مقتضى العقد، ومن بين هذه الشروط على سبيل المثال النفقة الزوجية التي تنص عليها المادة 74 ق.أ: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول، أو دعوتها إليه ببينة..." وهذا ما يؤدي إلى القول أن المرأة سواء إشتراطت النفقة الزوجية أو لم تشرطها وجبت نفقتها على الزوج ليس من باب الإحسان ولكن من باب الحقوق والواجبات.¹

الفرع الثاني: الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج

وهي الشروط المخالفة للشريعة الإسلامية، وغير متفقة مع مقتضيات العقد كإشتراط الزوجة على الزوج ألا ينفق عليها أو ألا يطلقها، فالشرط باطل والعقد صحيح.² وهذه الشروط هي باتفاق الفقهاء فاسدة لأنها تتنافى مع المقصود الشرعي للعقد وهي شروط باطلة تعد في حكم الملغاة، لكنها لا تقوى على إفساد العقد فالعقد مع وجودها صحيح وهي باطلة كأن يشترط أحدهما عدم إنجاب الأطفال.³ وهو ما تم الاتفاق عليه في بطلان الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج وبقاء العقد صحيحا عند كل من الشافعية والحنابلة والحنفية، أما المالكية فتبطل الشرط قبل الدخول لا بعده بخلاف المذاهب الفقهية الأخرى، لأنه مادام يفسخ وجوبا قبل الدخول فالأصل في النكاح أنه فاسد على خلاف المذاهب الأخرى، أما بعده يثبت بصدق المثل ويسقط الشرط.⁴

أما عن حكم الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، فنجد المادة 32 منه قد رتبت البطلان على الزواج الذي يشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد وكذا نص المادة 35 التي رتبت حكما مغايرا وهو بطلان الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج وبقاء العقد صحيحا، وهو تناقض واضح ويرجع ذلك إلى تأثير المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي واستعماله لمصطلحي الفاسد والباطل الذي عبر عنهما بما يدل على أنه تأثر بقواعد القانون المدني، في حين كان يمكن تفادي الغموض والتناقض بين هاتين المادتين وتجنب تطبيق نظرية البطلان في القانون المدني على عقد الزواج نظرا لخصوصية هذا العقد باعتبار الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول لقانون الأسرة مع وجود العديد من النظريات والقواعد والحلول في هذا المجال لفقهاء الشريعة الإسلامية ما يغني عن اللجوء إلى أحكام القانون المدني، وخير دليل بخصوص حكم الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج ما قال به الحنابلة في التمييز بين حالتين، حالة إذا اشترط الزوج في العقد على زوجته ألا مهر أو نفقة لها، فهذه الشروط باطلة لا يحق الوفاء بها، مع بقاء العقد قائما وصحيحا، والحالة الثانية إذا اشترط الزوج في العقد تأقيت عقد الزواج إلى مدة زمنية معينة أو يطلق زوجته في وقت معين، فهذه الشروط باطلة تبطل العقد من أصله، وعلى هذا فإن التطبيق السليم لنص المادة 32 ق.أ يكون في حالة وجود شروط تنافي العقد وتقرر بطلانه من أصله وبالتالي يبطل كل من الشرط و العقد معا، أما إذا لم يصل

- لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، ص 35. 1

- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص 51. 2

- شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، شركة دار الأمة، الجزائر، ط 1، 2003، ص 137. 3

- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 73. 4

الشرط إلى حد إبطال العقد فيبطل الشرط ويصح العقد و هو الفرض الذي ينطبق على المادة 35 ق.أ و بهذا يزول التناقض بين هذين النصين.¹

وفي الأخير فإن نظرية الشرط المنافي لمقتضيات العقد وإن كانت ترتب البطلان على الشرط الفاسد ، فإن هذا لا يمحو أن هناك محاولة جادة بين متعاقدين لإبرام هذا العقد ، فقط كان لهذه المحاولة أن يكون لها القدر الكافي الذي يراعي النظام العام، ومبدأ سلطان الإرادة، وعلى هذا إذا تضمن العقد شرطا باطلا إقتصر البطلان عليه وظل العقد صحيحا، مالم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيكون بذلك العقد باطلا كله.²

الفرع الثالث: الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه

هي شروط يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولا تكون موافقة لمقتضى العقد ولا منافية لمقتضاه، ولم يرد دليل خاص على اعتبارها أو عدم اعتبارها، ويكون فيها منفعة للمشترط كإشتراط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها ، وفي المقابل يمكن للزوج أن يشترط على زوجته أن تكون بكرًا أو خالية من العيوب...، وفي هذا الشرط اختلف الفقهاء فهناك من رأى أنها باطلة لا يلزم الوفاء بها، وهناك من رأى أنها صحيحة يلزم الوفاء بها.³

أولا: رأي الشافعية

يرى الشافعية أن إشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو أن لا يخرجها من بلدها شرط لا تأثير له على عقد الزواج ، بل يظل صحيحا، ويفسد الشرط وحده، مالم تخل هذه الشروط بالنكاح الأصلي في الوطء و الإستمتاع وفي حالة إخلال هذه الشروط بهذا المقصود الأصلي من النكاح فيبطل الشرط والعقد معا.⁴ وعلى هذا يمكن القول أن دائرة تصحيح هذه الشروط عند الشافعية أقل اتساعا ولهذا لم يؤخذوا بالشروط العرفية.⁵

ثانيا: المالكية

ذهب المالكية أن هذه الشروط ليست لها علاقة بالعقد منفاة ولا إقتضاء، وهي مما ليس في كتاب الله لأنها ليس مما يوجب مقتضى العقد ولهذا فلا يجبر الطرف الآخر على الوفاء بها غير أنه يسن له ذلك فإذا إشترتت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو أن لا يخرجها من بلدها فمثل هذه الشروط مكروهة عند المالكية ولا يلزم الوفاء بها وإنما يستحب ويعتبر الزواج صحيحا، وعلى هذا فإن الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد وتحقق منفعة مقصودة للزوجين أو أحدهما فيستحب الوفاء بها ولا يجبر على ذلك ولا يكون بذلك للمرأة حق فسخ العقد عند انتفاء الشرط وعدم الوفاء به، هذا وقد انفرد الإمام مالك برأيه في الشرط الذي يفسد العقد، فإذا لم يتمسك به مشترطه انعقد العقد صحيحا

- المرجع نفسه ، ص 76.1

1- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقاه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، (د.ط)، 1996، ج 1، ص 51.

2- محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2009، ص 458 .

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج 4، ص 57.

- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، ص 77.5

لزوال سبب الفساد، وعلّة ذلك أن فساد العقد جاء بسبب الشرط الفاسد، فإذا زالت تلك العلة التي أوجدت الفساد زال معها الشرط وانقلب العقد صحيحاً.¹

ثالثاً: رأي الحنفية

تعتبر هذه الشروط عند الأحناف باطلة والعقد صحيح، وبطلانها لا تأثير له على صحة العقد وعليه لا يلزم الوفاء بها، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط"، فلو اشترطت الزوجة بأن لا يتزوج عليها ثم حدث وأن خالف الزوج الشرط بأن تزوج عليها، لم يكن لها الخيار في فسخ عقد الزواج وكذلك لو اشترط الزوج وصفا معيناً في المرأة وظهرت بخلاف ذلك فليس للزوج الخيار في فسخ العقد، وعللوا رأيهم بأن تخلف الشرط يترتب عليه تخلف الرضا بالعقد، وتخلف الرضا بالعقد لا أثر له في عقد الزواج عند الحنفية لأنهم يعتبرون الزواج صحيحاً مع وجود الإكراه، وعليه فالشرط الفاسد يترتب بطلان الشرط وحده وبقاء العقد الصحيح.²

رابعاً: رأي الحنابلة

يرى الحنابلة أن الشروط التي لا يقتضيها العقد وتحقق منفعة للزوجين أو أحدهما هي شروط صحيحة، ويثبت لصاحبها الخيار في فسخ العقد في حالة عدم الوفاء بها، ذلك أن الأصل في الشروط الصحة عند الحنابلة حتى يرد دليل شرعي يبطلانها وبهذا يعتبر المذهب الحنبلي أوسع المذاهب الفقهية تيسيراً في مسألة الشروط.³

ويتبين لنا من خلال الإختلاف الفقهي في مسألة الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها أن ما ذهب إليه الحنابلة هو الراجح لتوافقه مع مبادئ الشريعة الإسلامية، من رفع الحرج وجلب المصلحة، وتكليف مصالح العباد مع متطلبات العصر.⁴

أما قانون الأسرة الجزائري فقد أدرج هذا النوع من الشروط ضمن الشروط الصحيحة، التي يلزم الوفاء بها من منظور قانون الأسرة لأن بها مصلحة غير محظورة، مما يجعل عقد الزواج صحيحاً بدونها ولا يؤثر عليه بالفساد أو البطلان إستناداً لنص المادة 19 منه.⁵

1- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 79.

2- المرجع نفسه، ص 81.

3- المرجع نفسه، ص 83.

4- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 84.

5- لعريبي أيمن، الشروط المقترنة بعقد الزواج، ص 36.

الفصل الثاني

أحكام الإشتراط في عقد الزواج في
قانون الأسرة الجزائري و التطبيقات
القضائية

نظمت الشريعة الإسلامية عقد الزواج وقررت الآثار المترتبة عليه، والأصل فيها أن تكون بحكم الشارع واستثناء على ذلك يجوز لأحد الزوجين إشتراط شروط في العقد لا تنافي طبيعة عقد الزواج و لا تخالف أحكام قانون الأسرة، وهي إما حقوق للزوجة أو للزوج أو حقوق مشتركة بينهما، وقد بين الفقهاء أقسام وأحكام هذه الشروط مع تباين بينهم في أنواعها والحدود والقواعد التي تحدد صحة الشرط أو فساد، وبهذا يختلف أثر هذه الشروط في عقد الزواج، ولقد سلك قانون الأسرة الجزائري طريق الحنابلة في أصل الإشتراط في عقد الزواج وتناوله في قسم عقد الزواج ، بما يحقق مصالحهما التعاقدية ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام الشرع أو مقتضيات عقد النكاح ومقاصده ، وكان بذلك الوفاء بهذه الشروط لازما، وعلى هذا فإن اقتران صيغة العقد بهذه الشروط الزائدة، تصبح جزءا منها مما يؤدي إلى التأثير في العقد، من خلال الحكم الذي يرتبه هذا الشرط على العقد من تقييده ولزوم الوفاء به وثبوت الخيار لصاحب الشرط في فسخ العقد عند عدم

الوفاء بالشرط.¹

وعليه فإننا سنخصص هذا الفصل لدراسة الأحكام المترتبة على طرفي العلاقة الزوجية ومدى إلزامية الوفاء بهذه الشروط، والسلطة المختصة بمراقبة الشروط والتطبيقات القضائية لها، وأخيرا تبيان بعض المشاركات الواردة في عقد الزواج.

المبحث الأول : حكم المشرع الجزائري من الشرط المقترن بعقد الزواج والجهة المختصة بمراقبته

تناول المشرع الجزائري مسألة الإشتراط في عقد الزواج في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على مايلي : "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".¹

حيث يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري يجيز للزوجين أن يتفقا على كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تكن مخالفة للقانون،والجدير بالذكر أن المشرع

- عدلت بالأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 وحددت في ظل القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة.¹

الجزائري قد سلك طريق الحنابلة في أصل الإشتراط في عقد الزواج، ولهذا كان للزوجين الحرية في إشتراط الشروط التي يريانها ضرورية لضمان حياة زوجية مستقرة، ولكن هذه الحرية لم تترك مطلقة بل وضعت لها قيود وضوابط كما سبق الذكر، وهذا منعا للتعسف في استعمال الحق وللتأكد من صحة هذه الشروط الإتفاقية ومدى قانونيتها وضعت هيئات تسهر على مراقبة صحة هذه الشروط ومدى إحترام الزوجين للنصوص القانونية المنظمة لها.¹

كل هذا سنتناوله في هذا المبحث في مطلبين إثنين، الأول نحدد فيه نطاق الشرط المقترن بعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، والثاني يتضمن الجهة المختصة بمراقبة هذه الشروط.

المطلب الأول : موقف المشرع الجزائري من الإشتراط في عقد الزواج

إن الإشتراط في العقود بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا، مادام يحقق منفعة لأحد الطرفين ولا يضر بمصلحة الطرف الآخر، تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وتطبيقا لقول رسول الله (صلى الله عليه وسلم): " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرّم حلالا"، أما بشأن عقد الزواج فالأمر يختلف قليلا، حيث أن بعض القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية في مجال الزواج والطلاق قد وضعت معايير محددة لما يجوز وما لا يجوز إشتراطه في عقد الزواج، أما عن قانون الأسرة الجزائري وهو موضوع بحثنا فإنه تعرض لمسألة الإشتراط في عقد الزواج في مادة وحيدة جاءت محشورة بالأحكام وهي المادة 19 من قانون الأسرة، وقد جاءت بصيغة عامة وفي منتهى الشمولية بالإضافة إلى أثر الشرط الباطل في فصل الزواج الباطل والفساد في المادتين 32 و35 ق.أ ، فما هو نطاق ومجال تطبيق الشرط المقترن في عقد الزواج؟ وما أثره في قانون الأسرة الجزائري؟ وماهي القيود الواردة عليه؟ وهذا ما سنتناوله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول : نطاق الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري وأثره

أولا : نطاق الإشتراط في عقد الزواج

²- بوراق فتيحة، الإشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والمغربي ، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2016، ص 76.

نص المشرع الجزائري على موضوع الإشتراط في نص المادة 19 من قانون 1984 أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية، ما لم تتناف مع هذا القانون"¹.

حيث تضمن كما يبدو أحكاما غير محدودة وعامة في منتهى الشمولية، حيث ورد الجزء الأول منها في صيغة تحمل قاعدة عامة تبيح للزوجين أن يرفقا العقد بأي شرط من الشروط التي يريانها ضرورية تكون فيها مصلحة لأحدهما، والجزء الثاني جاء في صيغة إستثناء يقيد العموم السابق ويجعل من الجزء الثاني شرطا يجب توفره لإستعمال الجزء الأول، معنى ذلك أن قانون الأسرة قد سمح للزوجين أن يشترطا في العقد ما يشاءان من الشروط بما يضمن مصالحهما الخاصة أو المشتركة، إلى جانب هذا فإن الإجازة محصورة في الشروط التي لا تخالف أو تتنافى مع ما ورد في قانون الأسرة من قواعد ملزمة.²

ويلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى الحرية للزوجين على حد سواء ، فساوى بين الرجل والمرأة، فجاءت المادة بصيغة المثلى، وبالتالي فنطاق الإشتراط لا يقف عند أحد طرفي العلاقة الزوج أو الزوجة بل يشمل كلاهما وهو حق لهما معا، وكان المشرع الجزائري بهذا قد توسع في مسألة الإشتراط وجعل الأصل في الشروط الإباحة والجواز إلا ما خالف القانون، ومضى كانت هذه الشروط أصبحت ملزمة للطرف الذي تحملها ومن حق المشتراط مطالبته بالوفاء بها وهذا ما يوافق طبيعة العقود بصفة عامة ويحقق مصلحة المتعاقدين.³

من خلال نص المادة 19 من قانون 84-11 نلاحظ أنها لم تحدد أي نوع من الشروط التي يمكن أن يشترطها الزوج أو الزوجة، و اكتفى بضابط واحد وهو عدم مخالفتها لأحكام الشرع والقانون، غير أن التعديل الأخير بموجب الأمر 05-02 أضاف بعض المعطيات الجديدة لم ينص عليها في النص القديم، حيث أباح للزوجين تضمين عقدهما بجملة من الشروط التي تحقق مصالحهما بشرط عدم مخالفة أحكام القانون وأشار إلى نوعين من الشروط على سبيل المثال نظرا لأهميتها وهما شرط عدم تعدد الزوجات و شرط عمل المرأة، وفي هذا تكريس لحرية الإشتراط في ق.أ ، ذلك أن الشروط الصحيحة التي لا تتناقض مع مقتضى العقد كثيرة ولا حصر لها منها إشتراط الزوجة على زوجها التعجيل بصداقها أو إشتراط الزوج على زوجته الإلتحاق به أين طاب عيشه وغيرها من الشروط، بخلاف الشروط غير الصحيحة كشرط عدم الإنجاب أو عدم التوارث بين الزوجين.⁴

أما عن مكانه الإشتراط في عقد الزواج فلقد أعطى المشرع الجزائري للزوجين من خلال عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق حق الإشتراط و هذا تأكيد على ضرورة إلزامية التقيد

- المادة 19 من قانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.¹
- أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ص 129.²
- عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، ص 153.³
³- الرشيد بن الشويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة، الجزائر، ط 1 ، 2008، ص 126.

بهذه الشروط بين الزوجين و الوفاء بها بشرط إثباتها، أي أن يكون الشرط مقيدا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق أمام الأشخاص المؤهلين قانونا.¹

ثانيا : أثر الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

لا يكون عقد الزواج صحيحا إلا إذا إشتمل على جميع العناصر الأساسية المكونة له من ركن الرضا وشروط الصحة، وفي حالة إقتران العقد بشرط فإن أثر هذا الشرط يختلف باختلاف مقتضاه، ولقد تعرض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة في المادتين 32 و 35 منه فجاءت المادة 32 على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتهل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، في حين النص القديم كان ينص على أنه: "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو إشتهل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج"، أما المادة 35 فنصت على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".²

وما يلاحظ على هذه النصوص أنه:

نص المادة 32 ق.أ قد خلط بين المانع من الزواج الذي سيؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد وبالتالي إلى بطلانه، و بين الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض ومقتضيات العقد، والتي لا تؤثر على صحة العقد وإنما تلغى فقط، وهو ما نصت عليه المادة 35 ق.أ التي أكدت صحة العقد وبطلان الشرط وعلى هذا كان ينبغي تصحيح النص بحذف عبارة (مقتضيات) في المادة 32 وإضافة العبارة إلى المادة 35، بحيث يصبح النص في هذه المادة كالتالي: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا" ، ومن أمثلة الشروط الباطلة أن يشترط الزوج أن لا ينفق على زوجته أو أن لا مهر لها.³

وفي هذا السياق يقول الدكتور بلحاج العربي أنه " أمام هذا التعارض يستوجب علينا تغليب نص المادة 35 باعتبارها مادة مستقلة وضعها المشرع لاحقا، وعلى كل حال رغم التعديل الجزئي لنص المادة 32 بالأمر 02-05 مازال التضارب حاصلًا بين المادتين، ونعتقد في هذا الخصوص أن المقصود بكلمة المانع الواردة في المادة 32 ليست تزييدا وإنما تخص مانع الكفر المتعلق بزواج المسلم بغير المسلمة مالم تكن كتابية ، وزواج المسلمة بغير المسلم قياسا على نية المشرع في النص القديم لنفس المادة والذي نص فيه على بطلان الزواج بالردة.⁴

إضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري حكم على العقد المشتمل للشرط المنافي لمقتضى العقد بالفسخ دون التفريق بين حالة قبل الدخول وبعدها، رغم أن المشرع ذكر في المادة

1- أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة ، ص 135.

2- الرشيد بن الشويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 99.

3- المرجع نفسه ، ص 99.

4- العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، (د.ط)، 2013، ص 260.

33 ق. أن الزواج إذا تم بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه بفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل.¹

الفرع الثاني : القيود الواردة على حرية الإشتراط في عقد الزواج

إن الأخذ بمبدأ حرية الإشتراط في عقد الزواج ليس مطلقا، لأن المتعاقدان في إشتراطهما للشروط التي يتضمنها العقد قد تؤدي إلى الخروج عن القواعد التي حددها الشارع، فنجد أن القيد الأساسي على حرية الإشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي هو عدم مخالفة الدليل الشرعي، بينما نجد القوانين الوضعية، تجعل من النظام العام القيد الأساسي على حرية الإشتراط، أما القانون الجزائري فقد ذهب في المادة 19 من قانون الأسرة إلى تقييد حرية الزوجين في وضع الشروط بعدم مخالفة أحكام هذا القانون.

وسنعترض لدراسة القيود الواردة على حرية الإشتراط في عقد الزواج في الفروع التالية:

أولا : مراعاة قواعد النظام العام والآداب العامة

يعتبر ضابط النظام العام والآداب العامة من الضوابط التي تقيّد حرية الإشتراط في عقد الزواج، وهذا لإرتباط أغلب مواضيع قانون الأسرة بالنظام العام لأنها تهدف لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع، وتعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة قابلة للتطور والتغيير في كل زمان ومكان، لهذا نجد أن ما يعد مخالفا للنظام العام في بلد لا يعتبر كذلك في بلد آخر وغالبا نجد فكرة النظام العام تقترن بالآداب العامة وخاصة في البلاد التي تدين بالإسلام كما هو الحال في الجزائر، ويعرف النظام العام بأنه مجموع المصالح الأساسية التي ينهض بها كيان المجتمع، سواء الاجتماعية، السياسية، والإقتصادية، وهذه المصالح تعلق على المصالح الفردية وتقدم عنها عند التعارض، أما الآداب العامة فتعرف بأنها مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة ، بحيث لا يجوز للأفراد تجاوزها.² وعليه فإنه بشكل عام بإعتبار العقد شريعة المتعاقدين ونشأ صحيحا فإنه لا يكون ملزما إلا في الدائرة التي يجيزها القانون في نطاق لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة.³ ومن أمثلة الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تعد مخالفة للنظام العام:

• إشتراط الزوج على الزوجة ألا تتزوج بعد موته خاصة إذا لم يكن يرمي إلى هدف نبيل، كحيرته على أولاده بعد موته.

• إشتراط الزوجة غير المسلمة أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينه، وإلا كان لها حق الطلاق.

أما الشروط المخالفة للآداب العامة نجد منها:

• إشتراط الزوج على الزوجة الإستمرار في عمل غير مشروع ، كالإكتساب بالرقص والغناء ، أو أي شرط ينافي الأخلاق.⁴

ثانيا : عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

- داودي عبد القادر ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 153.¹

¹ - لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، ص 45.

² - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الإلتزام) ، دار إحياء التراث العربي، لبنان، (د.ط)، (د.ت)، ص 624.

- لعريبي إيمان ، الشروط المقترنة بعقد الزواج ، ص ص 45-46 .⁴

من أهم الضوابط الواردة على حرية الإشتراط ضابط عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة، وهذا لا يعني أن المشرع منع الإشتراط، وإنما ضبطه بضابط عدم معارضته عند إدراج شروط في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق لعقد الزواج، والمقصود بمخالفة أحكام قانون الأسرة الخروج عن كل ما أوجبه هذا القانون المستمد من الشريعة الإسلامية، كأن يكون الشرط يتعارض ومقاصد الشريعة الإسلامية، وهذا لا نستطيع إدراك حقيقته إلا بمراجعة فحوى قانون الأسرة والتمعن في مواده وتقصي جميع قواعده الأساسية، وجمعها بقدر الإمكان أو جمع أهمها على الأقل وترتيبها، وكل ذلك حتى تتضح لنا الشروط المخالفة لأحكام قانون الأسرة ومنها:

- إشتراط الزوج على زوجته حرمانها من الصداق، فهذا الشرط مخالف لأحكام المادة 9 مكرر من قانون الأسرة التي جاء فيها " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدين، إنعدام الموانع الشرعية للزواج"
- إشتراط الزوج عدم إثبات نسب الأولاد الذين حملتهم الزوجة منه، في حين أن الولد للفراش، والذي يعد هو الآخر شرطا يخالف أحكام المادة 40 من قانون الأسرة التي تنص: "يثبت النسب بالزواج الصحيح"
- إشتراط عدم التوارث بين الزوجين في حين المادة 126 من قانون الأسرة تحصر أسباب الإرث في كل من القرابة و الزوجية.²

ثالثا : جدية المصلحة

يعتبر هذا الضابط الوارد على حرية الإشتراط في عقد الزواج، ويستشف من نص المادة 19 نفسها الذي منح بموجبه المشرع للزوجين حرية إشتراط كل الشروط التي يريانها ضرورية، أي فيها مصلحة و أن تكون جدية وتخدم أغراض مشترطها، بمعنى أن يكون تعليق العقد على شرط ضروري لا يمكن الإستغناء عنه لما فيه من منفعة قد تزيد من إنسجام الأسرة، أو يدفع عن الزوج أو الزوجة ضرر متوقع قد يلحقه عاجلا أو آجلا، دون أن يقيد هذا الشرط حقوق أحد الزوجين أو يمنع صحة الزواج كان تشتت الزوجة طلاق ضررتها، أو عدم إنفاقه على أولاده فهذه شرط تهدد حق الغير من جهة وتحد من حرية الزوج من جهة أخرى، ولهذا متى توافرت في الشرط المقترن بعقد الزواج هذه الميزات، يمكننا القول أن المصلحة موجودة ومحقة وأن الغاية من إشتراط الشرط ضرورية وجدية، ومن ذلك إشتراط الزوجة مواصلة دراستها أو عملها إن كانت تعمل قبل الزواج.³

المطلب الثاني: الجهة المختصة بمراقبة الشروط المتضمنة في عقد الزواج

إهتمت الشريعة الإسلامية بعقد الزواج، وبينت أحكامه آثاره لكنها لم توجب تسجيله، لكن مع التطور أدخل الفقه الإسلامي المعاصر التوثيق الذي يعتبر من المصالح المرسله لتثبيت الحقوق، وهو ما أكدته المشرع الجزائري على ضرورة تسجيل عقود الزواج

1- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط 2، 1989، ص 169.

2- لعربي ايمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، ص 46.

- المرجع نفسه، ص 47.³

ضمانا لوجود العقد وترتيب آثاره القانونية، حيث أوكل مهمة تحرير وتسجيل وتوثيق عقود الزواج إلى أشخاص مؤهلين حددهم قانونا، وهذا في القسم الثالث من قانون الأسرة تحت عنوان عقد الزواج و إثباته، وتحديدًا في المادة 18 منه¹، حيث أسند مهمة إبرام عقد الزواج إلى شخص ضابط الحالة المدنية أو الموثق وهو ما أكدته كذلك المادة 71 من قانون الحالة المدنية²، باعتبار المادة 20 من قانون الأسرة حددت أن قانون الحالة المدنية هو الساري التطبيق على إجراءات تسجيل عقد الزواج مما يلزم الرجوع إليه باعتبار أن الشرط يتضمنه عقد الزواج، وبهذا يكون القانون الجزائري أعطى للزوجين حرية اختيار الجهة المؤهلة بإبرام عقد الزواج سواء باللجوء إلى ضابط الحالة المدنية أو إلى الموثق حسب الرغبة بصفتها الجهتان المختصتان بإبرام عقد الزواج³.

وفي حالة إبرام عقد الزواج أمام موظف غير مؤهل، وغير ذي صفة فإن ذلك يجعل منه لاغيا، ولا قيمة له، ولا يقبل الإحتجاج به اتجاه الغير⁴.

هذا ما يطرح السؤال: ما هي سلطة الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج في التحقق من صحة أو عدم صحة الشروط الإتفاقية للزوجين؟

الفرع الأول : سلطة ضابط الحالة المدنية في إبرام عقد الزواج ومراقبة الشروط المقترنة بالعقد

ذهب المشرع الجزائري إلى منح الزوجين الحرية في إدراج بعض الشروط بهدف تحقيق مصلحة أو غاية أو تفادي الخلافات، وتحرر هذه الشروط عند إبرام عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، وهو ما ذهبت إليه المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري على أنه 'يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون'، وكذلك المادة 71 من قانون الحالة المدنية التي جاء فيها ' يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية.....' وتعتبر وثيقة عقد الزواج أهم وثائق الحالة المدنية ولهذا أوجب القانون أن تكون هذه الوثيقة رسمية وصحيحة، ولهذا كان على ضابط الحالة المدنية التحقق من توفر كافة أركان وشروط الزواج، وصحة هذه الشروط قبل الشروع في تحرير وثيقة عقد الزواج، حيث جاءت المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري وأعطت الحق للزوجان في أن يشترطا ما يشاءان في عقد الزواج، إلا أنه قيد هذه الحرية بعدم مخالفة أحكام الشرع

1- تنص المادة 18 من قانون الأسرة : يتم عقد الزواج أمام الموثق أو موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

2- تنص المادة 71 من قانون الحالة المدنية : " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي -الموثق- الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما".

- لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، ص 52.

- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، (د.ط)، 2007، ص 74.

والقانون، وجعل للجهات المختصة قانونا سلطة رقابة هذه الشروط وكذا تحرير وتسجيل عقود الزواج.¹

ويعرف ضابط الحالة المدنية بأنه ضابط عمومي مكلف بمهام و صلاحيات على مستوى البلدية وتقع على عاتقه مسؤوليات إذ يجمع في نفس الوقت بين اختصاصات قضائية وإدارية.²

ومن بين اختصاصات ضابط الحالة المدنية وفقا لأحكام الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية، تحرير عقود الزواج، ولقد نص قانون الحالة المدنية في مادته الثالثة على اختصاصات ضابط الحالة المدنية التي من بينها تحرير العقود وتسجيل كافة البيانات التي أوجب القانون تسجيلها، فكان لضابط الحالة المدنية دور في تحرير عقود الزواج و مراقبة مدى توفر كافة الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة والتحقق منها، وعلى هذا كان لضابط الحالة المدنية دور واسع وسلطة فعالة في مراقبة الشروط التي يمكن أن يتضمنها عقد الزواج المبرم أمامه والتأكد من صحتها أو عدم صحتها.³

وهذه الشروط إما أن تتحدد بالشروط التي ورد النص عليها بموجب القانون بإعتبارها من الإجراءات التنظيمية ولا يجوز للمتعاقدين مخالفتها لأن الغرض منها انعقاد العقد وفقا للشكل الصحيح ومن أمثلة هذه الإجراءات التنظيمية المادة 07 من قانون الأسرة التي تحدد من الزواج ب 19 سنة وقبل ذلك لا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق عقد الزواج إلا بترخيص من القاضي لمصلحة أو ضرورة، وإما شروط وقع النص عليها حماية لمصلحة الزوجين أو أحدهما، ولكن يمكن الاتفاق على مخالفتها مثل المادة 08 من قانون الأسرة التي تبيح تعدد الزوجات لأن هذه الشروط ليست من النظام العام والقانون لا يمنع الموظف المؤهل بتحرير عقد الزواج حتى بعدم توفرها، وأخيرا الشروط التي ترك القانون للزوجين حرية إشرافهما، فعلى ضابط الحالة المدنية متى وجدت مثل هذه الشروط التحقق من عدم تعارضها مع قواعد قانون الأسرة، ولهذا كان له أن يكون على دراية وإطلاع كاف لأحكام قانون الأسرة حتى يتسنى له قبول هذا الشرط.⁴

أما عن سلطة ضابط الحالة المدنية في مراقبة صحة الشرط المقترن بعقد الزواج فإنه يستمدّها من سلطته في تحرير عقود الزواج التي تحكمها النصوص القانونية، حيث نصت المادة 46 ق.ح.م على أن العقد يبطل إذا كان تسجيله مزورا، أو وقع تسجيله خارج المادة القانونية أو كانت البيانات المتوفرة في العقد ذاته غير صحيحة، حتى ولو كان العقد من الناحية الشكلية صحيحا، حيث يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق إلى العقوبات الواردة في المادة 1/441 من قانون العقوبات الجزائري، والمادة 77 من قانون الحالة المدنية في حالة عدم إتباع الإجراءات المقررة لتسجيل عقد الزواج.⁵

1- عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط3،(د.ت)، ج 2، ص ص 61-63.

2- بن عبيدة عبد الحفيظ ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 4، 2017، ص 117.

1- مسعودي يوسف ، الإشراف في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص 25.

- المرجع نفسه، ص 24.

- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج و الطلاق)، ص 137. 5

الفرع الثاني : سلطة الموثق في إبرام عقد الزواج ومراقبة الشروط المتضمنة فيه

أعطى القانون الجزائري للزوجين حرية اختيار الجهة المشرفة على إبرام عقد زواجهما، إذ يمكنهم اللجوء لضابط الحالة المدنية كما سبق الذكر، أو إلى الموثق باعتبارهما الجهتان المختصان بإبرام عقد الزواج، إلا أن المستقر بشأنه أن أغلب الأزواج يلجؤون إلى ضابط الحالة المدنية، تجنباً لدفع المصاريف إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لعقود الزواج المقترنة بشروط إذ لا يمكن اللجوء إلى ضابط الحالة المدنية على أساس أن دوره يقتصر على تسجيل عقود الزواج دون إدراج أي شرط، هذا لأن الإستثمارات المخصصة لإبرام عقود الزواج لديه ليس بها حيز لتدوين أي شرط، وبالتالي فإن أي شرط يرغب الطرفان بتدوينه سيكون شفاهة وعلى هذا يكون الموثق الشخص الوحيد المختص بتدوين الشروط المقترنة بعقد الزواج.¹

ويعرف الموثق قانوناً حسب المادة الثالثة من القانون 02/06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق على أنه: "ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحديد العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصيغة".²

بالرجوع إلى القانون 02-06 المنظم لمهنة التوثيق نجده يلزم الموثق إتباع كافة الإجراءات المنصوص عليها قانوناً في كافة العقود التي يبرمها، ومن بين هذه العقود عقد الزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الأولى منها: "يتم عقد الزواج أمام الموثق...."، حيث منحه القانون الجزائري صلاحية تحرير عقود الزواج مع تسجيلها في سجلاته المعدة لذلك، وإرسال ملخص عن العقد يرافقه شهادة ميلاد الزوج والزوجة في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية، الذي يقوم بكتابة بيان الزواج على هامش عقد ميلاد كل منهما، مع تسليم الزوجين دفترًا عائلياً عن طريق الموثق، وأما ما يميز عقد الزواج المبرم لدى الموثق، عن عقد الزواج المبرم لدى ضابط الحالة المدنية هو أن هذا الأخير لا يذكر مقدار الصداق في العقد عكس الموثق، بالإضافة إلى شروط الزوجين، إلا أنهما يشتركان في المسؤولية سواء المدنية أو الجزائية في حالة ارتكاب أخطاء عمدية أو نتيجة الإهمال وهو ما نصت عليه المادة 77 من قانون الحالة المدنية وعليه يلزم حينها إتباع كافة الإجراءات القانونية التي يتطلبها القانون حتى يتم تسجيل عقد الزواج بصفة رسمية وقانونية، والتي تتطلب الوثائق المنصوص عليها في المواد 74، 75، 76 من قانون الحالة المدنية، وضرورة إعمال أحكام قانون الأسرة، وتحديد المواد 7 و 9 و 9 مكرر، حيث نص المادة 18 من قانون الأسرة على وجوب مراعاة هؤلاء الأشخاص لأركان وشروط عقد الزواج والتأكد منها قبل تسجيله.³

- لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، ص 53.¹

²- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 هـ الموافق ل 20 فبراير 2006 م، المتضمن مهنة التوثيق الجريدة الرسمية، العدد 14، ص 15.

- لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، ص 54-56.³

كما يعمل الموثق أيضا طبقا للمادة 12 من القانون 02/06 المتضمن مهنة الموثق على تقديم النصائح للأطراف، إذ أنه من المهام الأساسية المفوضة للموثق توجيه الإرشادات القانونية للمواطنين لمساعدتهم لإبرام عقودهم فمثلا: إذا أدرجت الزوجة شرط مواصلة الدراسة مثلا فهنا الموثق يعلمها أن هذا شرط صحيح، وجائز بمقتضى أحكام المادة 19 من قانون الأسرة، ولكن على الزوج الإلتزام به، وإلا سيكون للزوجة حق طلب التطلق، ومتى حرر الموثق العقد كان من الضروري أن يتضمن البيانات المحددة في المادة 29 من القانون 02/06، وبعد تحرير الموثق لعقد الزواج وتسجيله في سجلاته يعد ملخصا ويقوم بإرساله لضابط الحالة المدنية في ظرف ثلاثة أيام وعلى ضابط الحالة المدنية تسجيله خلال خمسة أيام من إستلامه ويسلم للزوجين دفترا عائليا.¹

أما عن مدى مراقبة وتجسيد الموثق للشروط المقترنة بعقد الزواج ، فإنه رغم ما له من دور جيد وسلطة فعالة في ذلك فإننا نتصادم في الواقع أن الكثير من القانونيين لا يفرقون بين الشروط الصحيحة والباطلة من منطلق قانون الأسرة، حيث يصعب عليهم التمييز بين الشروط المخالفة للقانون والشروط الموافقة له، ربما للمستوى التكويني للموثقين فربما يرتكبون أخطاء قد تخلق للمواطنين مشاكل لا يعرفون مداها ولا آثارها، وفي كل الأحوال فإن الموثق ملزم بمراقبة الشروط المقترنة بعقد الزواج، والحرص على تطبيق القانون تطبيقا سليما وعدم تعارض الشروط المتضمنة في عقد الزواج مع قواعد قانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية.²

- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 70.¹
- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 169.²

المبحث الثاني : جزاء عدم الوفاء بالشرط في القانون وأثره في القضاء

إن عقد الزواج من العقود التي ترتب حقوقا وإلتزامات لكلا الزوجين، ومن الحقوق التي كفلها لهما القانون حق الإشتراط، بحيث لكل طرف حرية وضع مايراه مناسبا من الشروط بشرط أن لا يتنافى ومقتضيات القانون، وعلى هذا إذا وضعت هذه الشروط فإنها تكون ملزمة يجب الوفاء بها ضمانا لإستقرار الحياة الزوجية، أما في حالة مخالفتها فإنه يرتب جزاءين على الطرف المخالف لها وهذه الجزاءات المترتبة على عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج هي التطلق، وطلب التعويض.

وللقاضي دور في الإشتراط في عقد الزواج يتجلى في سلطته في تعديل أو نقض الشرط المقدم في بعض الحالات، وفق حدود يجب مراعاتها، وسنعمل على إيضاح هذه النقاط في المطلبين التاليين، الأول في جزاء الإخلال بالشرط المتضمن في عقد الزواج قانونا، والثاني في سلطة القاضي وتطبيقات القضاء الجزائري في هذا المجال.

المطلب الأول : جزاء الإخلال بالشرط المتضمن في عقد الزواج في القانون

بالرجوع إلى المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري سألقة الذكر، نجد المشرع الجزائري قد أباح للزوجين تضمين عقد زواجهما جملة من الشروط بما يحقق مصالحهما المشتركة، وهي شروط معتبرة من الناحية الشرعية ما لم تتناقض مع طبيعة عقد الزواج، ولكن الملاحظ أنه أغفل حالة عدم الوفاء بالشروط، فما مصير الزواج في هذه الحالة؟ وكيف تكون المطالبة بالوفاء بها؟

المشرع الجزائري لم يشترط كتابة هذه الشروط في وثيقة الزواج، لهذا لاشك أنها تخضع للقواعد العامة للإثبات، ولأحد الزوجين الذي لم يوفي الطرف الآخر بالالتزام اتجاهه

طلب التطلق وهذا إستنادا للمادة 9/53 ق.أ.ج ، وحق المطالبة بالتعويض إذا أصابها ضرر معنوي أو مادي من ذلك، وهو ما نصت عليه نصوص قانون الأسرة، كحالة من جراء عدم تنفيذ الشرط المتضمن في عقد الزواج والإخلال به،بناء على طلب الزوجة وهي حالة مستحدثة بموجب الأمر، فإذا تضمن العقد شرطا لمصلحة الزوجة أجاز لها القانون في حالة عدم إلتزام الزوج به طلب التطلق وللقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض الطلب.¹

وعليه إذا أخل أحد الزوجين بالشرط المقترن بعقد الزواج،فإنالجزاء المترتب على الإخلال بالشرط هو طلب التطلق أمام القضاء، و طلب التعويض إذا ثبت الضرر، وسنوضحها فيما يلي:

الفرع الأول : التطلق

منح المشرع الجزائري في نص المادة 53 ق.أ. للزوجة الحق في التطلق في حالة عدم وفاء الزوج بالشرط المتضمن في عقد الزواج،و التطلق هو فك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة ،بحكم الضرر اللاحق بها ،ويكون بحكم قضائي بناء على قواعد العدالة و الإنصاف،وبعد التأكد من جدية الأسباب التي أسست الزوجة عليها طلب التطلق ، و هذا طبقا للمادة 451 من ق.إ.م.إ: "يعاين القاضي و يعطي وصفا للوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطلق طبقا لأحكام قانون الأسرة"، فالزوجة في حدود الحالات المحددة في المادة 53 ق.أ. ،لها طلب التطلق ، و هي حالات واردة على سبيل الحصر ، إلا الحالة الأخيرة و هي كل ضرر معتبر شرعا ،و عليه فكلما لحق ضرر بالزوجة من طرف الزوج أمكنها طلب التطلق، و من بين هذه الحالات مخالفة الزوج للشرط الإتفاقي بينهما التي تضمنها عقد زواجهما في الفقرة التاسعة من المادة 53 ق.أ. بقولها "مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"،و عليه فإن مخالفة هذه الشروط يمنح للزوجة الحق في طلب التطلق ،بشرط أن يكون شرطها الذي اشترطته الذي لم يوف به الزوج صحيحا، و غير مخالف لأهداف الزواج،سواء كان الشرط مشترطا في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق.²

الفرع الثالث: التعويض

يقصد به إلتزام الشخص بالتعويض عن الضرر الذي سببه للشخص الآخر نتيجة الإخلال بالإلتزام الذي يقع عليه ، ويشترط أن يكون الضرر الواجب التعويض ناشئا عن الإخلال بالإلتزام العقدي ، وتتمثل أركان المسؤولية العقدية في الخطأ العقدي وهو عدم تنفيذ أحد الزوجين لإلتزامه التعاقدية سواء بقصد أو بإهمال ، والضرر الذي لحق الطرف الآخر وله إثباته ، وأخيرا العلاقة السببية بين الخطأ والضرر،و للقاضي السلطة التقديرية في طريقة التعويض تبعا لظروف النزاع المعروض أمامه ، إما أن يكون عينا بإعادة الحال لما كان عليه إذا كان ذلك ممكنا ولكن في الغالب يكون التعويض نقدا ، يعطى دفعة

- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ص 213.¹
- ماط علي، الإشرط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية،مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة سكيكدة، 2017، ص46.

واحدة أو بالتقسيط ، والتعويض العيني هو أفضل طرق التعويض والقاضي يكون ملزما به إذا كان ممكنا وطلبه الدائن ، وهو يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما.¹ وبناء على هذا إذا إشتراط الزوج على زوجته في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ألا تعمل إلا بإذنه أو أن لا تسافر لوحدها ، فهي تكون ملزمة بهذه الشروط ، وإذا أخلت الزوجة بها فإنها تتحمل مسؤولية ذلك ، ويمكن أن يحكم عليها بالتعويض.² وقد أورد المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ، عشر حالات إذا تحققت إحدهما يمكن للزوجة المطالبة بالتطليق ، ومن بين هذه الحالات كما سبق الذكر عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج ، و التعويض للزوجة عما لحقها من ضرر ، وهذا الضرر يكون معنوي أكثر منه مادي ، ولهذا يختلف باختلاف بيئة الزوجين و ثقافتهما فتراجع الزوج عن موافقته عن عمل المرأة يكون أمرا عاديا عند زوجة معينة كما قد يكون ضررا جسيما عند زوجة أخرى.³ وتقدير الضرر وجسامته يخضع للسلطة التقديرية للقاضي لأن مثل هذه المسائل من الأمور الموضوعية لا تخضع لرقابة المحكمة العليا متى أقام القاضي حكمه على أسباب جدية ، وعلى هذا متى تبين للقاضي قيام شروط المسؤولية المدنية حكم بالتعويض و له كامل الحرية في تحديد طريقة التعويض وتقديره ، فعند رفع الدعوى أمام القاضي للمطالبة بالتعويض ، وجب عليه فحص الوقائع المطروحة أمامه ، وتكييفها وذلك بتطبيق النص القانوني الملائم من خلال التأكد من تشكل أركان المسؤولية المدنية ، وبعد ذلك تقدير التعويض على اعتبار أن لا تعويض بدون مسؤولية.⁴

المطلب الثاني : أثر الإشتراط في عقد الزواج في القضاء الجزائري وتطبيقاته
نظرا لزيادة حاجة الناس إلى المشاركات في العقود وظهور المبادئ القانونية المدعمة لها واتساع مجال الحرية الفردية ورغبة كل فرد في تأسيس حياته وفقا لحاجته وظروفه ، فإن

- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص 317.¹

- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 173.²

- بوراق فتيحة ، الإشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المغربي ، ص 119.³

³- مسعودة نعيمة إلياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2010، ص 245.

ذلك يعتبر من مزايا الإشتراط ، إلا أنه كثيرا ما يغلب حق طرف على طرف آخر، ما يوجب إعادة النظر فيها، إما بتعديلها أو إنهائها ، الأمر الذي يلزم الرجوع إلى ساحة القضاء باعتبارها الجهة المخولة لها إعادة الحقوق لأصحابها، وعلى هذا كان لابد علينا التطرق لسلطة القاضي إزاء الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفرع الأول، ثم تطبيقات القضاء في هذا المجال في الفرع الثاني.

الفرع الأول: سلطة القاضي في الإشتراط في عقد الزواج

يترتب على الأخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن يتقيد المتعاقدان بشروط العقد وفقا للغرض من التعاقد ، ووجوب إتفاق الطرفين لتعديل العقد أو إنهائه متى تغيرت الظروف وأصبح ما تضمنه العقد من بنود لا يحقق مصلحة العاقدين أو يتعارض مع أصل العقد، ولما كان الأصل في تعديل الالتزامات التعاقدية أن يتم باتفاق الأطراف فكان على القاضي أن يمتنع عن تعديل العقد أو إنهائه بإرادته المستقلة ، إذ أن مهمة القاضي الأساسية هي تفسير العقد وليس تعديله ، إلا أنه استثناءا من ذلك منح القانون القاضي سلطة تعديل العقد في حالات محددة ، كما في حالات الظروف الطارئة والشروط التعسفية¹. حيث أنه إذا تعقدت الأمور ولم يستطع أحد الزوجين تنفيذ الشرط المتفق عليه فليس له إلا اللجوء إلى القضاء وهذا إما لإعفائه من تنفيذ الشرط أو تعديله وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير الطرف الطارئ وتحقيق التوازن العادل بين طرفي العلاقة العقدية، وذلك أن تحقيق العدالة هو مناط السلطة الممنوحة للقاضي، وهذه السلطة لم تمنح للقاضي لفرض التحكم والسيطرة القائمين على التعسف².

وعلى هذا تثار مسألتان في هذا المجال، الأولى عن الظروف والأسباب التي تدفع بالزوجين إلى طلب تعديل أو إلغاء الشروط الإرادية والثانية عن سلطة قاضي شؤون الأسرة في التدخل من أجل تعديل أو إنهاء هذه الأخيرة. وسنعمل على توضيح ذلك فيما يلي:

أولاً: دوافع الزوجين لطلب تعديل أو إلغاء الشروط المتضمنة في عقد الزواج

إن فتح باب الإشتراط يقتضي استقرار الزواج ودوام الحياة الزوجية القائمة على المودة والرحمة ، ولكن قد يأتي من جهة أخرى بنتائج عكسية لأنه قد يحدث أن يسيء أحد الزوجين إستعمال سلطته في وضع شروط تعسفية تسيء بالطرف الآخر³. كأن تشترط الزوجة على زوجها عدم إخراجها من بلدها ، حتى تبقى بجانب أهلها ، ربما لا يكون هذا الشرط في صالح زوجها الذي رضي به لأنه قد يغير مكان عمله بأمر الإدارة التابع لها ما يجعله يغادر بلد الزوجة لممارسة وظيفته، إذا خالف الزوج هذا الشرط المتفق عليه قد يؤدي ذلك إلى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة لأنها لم ترضى بهذا الزواج إلا بهذا الشرط، وإذا أراد الزوج أن يفي بشرطه فإنه يجد نفسه مجبرا عن التخلي عن عمله الذي يعتبر مصدر رزقه ، وهنا حفاظا على الأسرة والعلاقة الزوجية التي

1- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للالتزامات) ، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر ، ط4، 2007، ج1، ص 299.

2- عبد الحميد بن شنيته ، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1996، ص 54.

1- سي ناصر بوعلام ، الإشتراط في عقد النكاح و أثره بين الشريعة و القانون ، ص 152.

تحكمها المودة والرحمة لا يجب على الزوجين التعسف في المطالبة بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج ولا بد أن يتنازل كل واحد من الزوجين عن بعض الشروط التي إشتراطها إذا تعقدت الأمور ولم يستطع أحد الزوجين تنفيذ الشرط المتفق عليه، فليس له هنا إلا اللجوء إلى القضاء، إما لإعفائه من تنفيذ هذا الشرط أو تعديله وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير هذه الظروف الطارئة وتحقيق التوازن العادل بين طرفي العقد.¹

ثانياً: سلطة القاضي في تعديل وإنهاء الشروط المقترنة بعقد الزواج
المبدأ العام في القانون هو أن العقد شريعة المتعاقدين، والمقصود بهذا المبدأ، أن العقد يلزم المتعاقدان كما يلزمهما القانون، أي أن العقد بمثابة القانون ولا يمكن لأي منهما الإنفراد بتعديل العقد وإنهائه.²

ومن ثم فإنه يمنع على القاضي أن يستقل بإرادته في تعديل العقد أو إنهائه، إذ يتمثل دوره في تحديد الحقوق و الإلتزامات في العقد الصحيح كأصل عام وهو القاعدة العامة في العقود بما فيها عقد الزواج، على اعتبار أن القانون المدني هو الشريعة العامة للقانون إذ يتم الرجوع إليه في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة يعطي أحقية اللجوء إلى القضاء لتعديل العقد أو إبطاله، وانطلاقاً من هذا متى تبين للزوجين بعد اتفاقهما على شروط معينة في عقد الزواج التي تم إشتراطها سابقاً، أنها لا تحقق مصلحة لأحد الزوجين أو كلاهما ، أو من غير الممكن تنفيذها الأمر الذي يمس بكيان الأسرة ، فإنه في هذه الحالة جاز لهما الاتفاق على تعديل الشروط المدرجة فيه أو إنهائها باعتبار أن الأصل في تعديل أو إنهاء هذه الشروط يرجع إلى الزوجين بالدرجة الأولى ولا يجوز للقاضي أن يقوم تلقائياً بإعفاء أحد الزوجين من شرط اتفقا عليه ، لكن الواقع يثبت أنه كثيراً ما يتمسك أحد الزوجين بشرطه ما يؤدي إلى التضييق على الطرف الآخر، فلا يبقى حل أمام الزوجين سوى اللجوء إلى القضاء لتعديل الشرط.³

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يرد به نص خاص يمنح للزوجين حق اللجوء للقضاء من أجل تعديل أو إبطال الشرط في حال تعذر تنفيذه ويبقى بذلك خاضعاً للقواعد العامة في القانون المدني، حيث نصت المادة 03/107 على: " غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع كل إتفاق على خلاف ذلك"، ويراعي القاضي وهو بصدد الفصل في تعديل أو إلغاء الشرط المقترن بعقد الزواج مدى جسامته الضرر الحاصل من جراء عدم الوفاء بالشرط ، فإذا كان الضرر اللاحق بالزوج أكثر من الضرر الذي يلحق بالزوجة من جراء نقلها من بلدها بعد أن اشتهرت عدم خروجها منه ، بحيث يفقد الزوج منصب عمله إذا إلتزم بشرط زوجته، فيكون دفع هذا الضرر مقدم على ضرر الزوجة، ويكون الأساس القانوني للقاضي الجزائري هو المادة 110 ق.م ج في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها

- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ص ص 95-96.¹

- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ص 47.²

- لعريبي إيمان ، الشروط المقترنة بعقد الزواج ، ص 65.³

وذلك وفقا لما تقتضيه قواعد العدالة ، وكل إتفاق بخلاف ذلك يقع باطلا لتعلق أحكام المسؤولية بالنظام العام.¹

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو إنهاء الشرط المتفق عليه في عقد الزواج إذا كان الطرف طارئ ، وأصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا أو مرهقا للملتزم به ، وهو ما نجده كذلك في الفقه الإسلامي، فنجد الفقه الحنبلي لم يترك الأمر على إطلاقه في الشروط التي رسمها للتفريق بين الزوجين عند عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها بل قيده ببعض الضوابط ، أهم هذه القيود هو شرط بقاء ما شرطه أحد المتعاقدين على الصفة التي كانت عليها وقت الإشتراط، فإن تغيرت بطل الشرط، كإشتراط الزوجة مسكن بمواصفات معينة ، لكن تغير هذا المسكن بسبب ظروف طبيعية، ففي هذه الحالة يسقط حق الزوجة في الفسخ لأن الشرط عارض وقد زال لأن تغيير السكن في هذه الحالة، كان لظرف طارئ وقوة قاهرة ، ما أدى إلى إلغاء الشرط بأكمله.²

الفرع الثاني: الإجتهد القضائي في الإشتراط في عقد الزواج

سنتناول من خلال هذا الفرع جملة من التطبيقات القضائية التي تمثل الاجتهاد القضائي في مادة الإشتراط في عقد الزواج من خلال أهم القرارات الصادرة عن المحكمة العليا من أجل إبراز موقف القضاء الجزائري من الشروط الإتفاقية في عقد الزواج.

أولا : في حرية الإشتراط

نصت المادة 19 ق.أ على أنه : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة ، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام القانون " ، وقد أخذ المشرع في ذلك بمذهب الفقه الحنبلي الذي نص على حرية الإشتراط وجوازه مالم يوجد دليل شرعي يمنع ذلك ، ففتح بذلك المجال للزوجين لإشتراط ما يشاءان من الشروط التي تخدم مصالحها أو مصلحة أحدهما بشرط مراعاة القيود الواردة عليه التي تطرقنا إليها سابقا من عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة ومقاصد الزواج ، وعدم مخالفة الآداب العامة والنظام العام بالإضافة إلى جدية هذه المصالح.³

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أعطى مكنة الإشتراط للزوجين من خلال عقد الزواج نفسه أو من خلال عقد رسمي لاحق وفي هذا ضرورة الإلتزام بالشروط المقيدة لكلا الزوجين، وواجب الوفاء بها بشرط إثباتها ، وهو ليس عسيرا باعتبار أن موضع هذه الشروط هو أن تكون أثناء عقد الزواج نفسه الذي من شروطه حضور شاهدين حسب المادة 09 مكرر من ق.أ.ج وإما بعقد رسمي لاحق ، ولكلاهما حجيته في الإثبات في حالة النزاع.⁴

وقد استقر القضاء على هذا المبدأ في إباحة الإشتراط ، حيث جاء في قرار المحكمة العليا لسنة 1971، مايلي : " حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد

- مسعودي يوسف ، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، ص 95.

- سي ناصر بوعلام ، الإشتراط في عقد النكاح و أثره بين الشريعة و القانون، ص 154.

1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة ، ص 135.

- المرجع نفسه ، ص 135.

الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فائدة ألا تحلل حراما أو تحرم حلالا، بشرط ألا تتناقض مع روح العقد¹، وفي هذا إقرار لمبدأ إباحة الإشرط الذي نصت عليه المادة 19 ق.أ ، وكذا عدم صحة الشروط المنافية لمقاصد الزواج.

ثانيا: في إشرط العذرية

من الشروط التي يمكن الأخذ بها أن تكون المرأة بكرا عذراء ، وحتى يكون هذا الشرط نافدا في حق المرأة لا بد أن يكون ثابتا في العقد وقبل الدخول فإذا وجد الزوج عند الدخول بها غير ذلك جاز له بالفسخ ، و الإجتهد القضائي للمحكمة العليا إعتبر مجرد الدخول قرينة كافية لفقدان الزوجة عذريتها، وبذلك قرر أن عدم إشرط العذرية في عقد الزواج لا يحمل الزوجة مسؤولية الطلاق والتعويض لأن الدخول بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية وعلى المستوى التطبيقي نجد قرار المحكمة العليا بتاريخ 1974/11/19م جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه لا يؤخذ بعين الإعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها إلا إذا كان الزوج إشرط ذلك في عقد الزواج ولا يحكم بفسخ النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا"².

بالإضافة إلى قرار المحكمة العليا لعام 2000 : " حيث أنه بالفعل فإن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج ، وبذلك فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإنه لا يحق لقضاة الموضوع تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق ، أو حرمانها من التعويض، وعليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يتعلق بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق"³.

وكذلك ماجاء في قرار آخر للمحكمة العليا سنة 2009 جاء فيه: "حيث لا يتبين من وقائع الدعوى ولا من أوراق الملف، ما يفيد من إشرط البكارة في عقد الزواج طبقا لما توجبه أحكام المادة 19 من قانون الأسرة، ومن ثم قضاة الموضوع بمجلس قضاء قالمة لّمّا حملوا الطاعنة مسؤولية الطلاق وحرمانها من التعويض المترتب عنه ، فإنهم قد خالفوا القانون وجانبوا الصواب..."⁴.

- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1971/03/03 بنشرة القضاة ، 1972 ، عدد2، ص39.¹

¹- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1984/11/19 ، ملف رقم 34262 ، المجلة القضائية، 1990 ، عدد 1، ص 75 (أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، ص 132).

²- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2000/05/23 ، ملف رقم 243417 (لحسين بن شيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، دار هومة ، الجزائر، د.ط ، 2014 ، ص62).

³- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2009/02/11 ، ملف رقم 480264 ، المجلة القضائية، 2009 ، عدد 01 ، ص 285.

المبحث الثالث: نماذج لبعض المشاركات في عقد الزواج

باعتبار الشروط التي قد يتضمنها عقد الزواج كثيرة، يصعب حصرها، إرتأينا أن نخصص هذا المبحث لدراسة بعض النماذج لأهم الشروط المشروعة التي تحقق مصلحة لأحد الزوجين أو كلاهما، وهي إما شروط مالية، أو غير مالية وسنتناول ذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مشارطات مالية

لاشك أن أهمية الشروط الإرادية في عقد الزواج تزداد في المجال المالي، وعلى هذا سنتناول شرطين مهمين ذو طبيعة مالية تطرح بشأنها العديد من القضايا أمام القضاء، وهما أولاً شرط السكن المنفرد، ثم ثانياً شرط الإشتراك المالي.

الفرع الأول: إشتراط الزوجة السكن المنفرد

يعتبر إنفراد الزوجة بمسكن الزوجية من أهم الحقوق المقررة للزوجة في الشريعة الإسلامية، ومن مشتملات النفقة كذلك، ومن ثم فإن إشتراط السكن المنفرد بالتبعية يكون جائزاً، ما يحقق منفعة للزوجة وهي أن تعيش على راحتها في بيتها وذلك دفعا للمضرة، وهي الإبتعاد عن المشاكل التي قد تحصل بينها وبين أهل زوجها وحفاظا على الاحترام والتواصل الحسن بينهما وبين أهله بشرط أن لا يتضمن هذا الشرط ضرر للزوج كأن يتسبب في قطيعة رحمه.¹

ومن الناحية القانونية يعد إشتراط الزوجة على الزوج السكن المنفرد عن الأهل والضررة من الشروط المقررة لها بموجب أحكام المادة 19 ق.أ التي منحت للزوجين حق إشتراط كل شرط يحقق مصلحة لأحدهما أو كلاهما ، كما نجد أن المسكن في قانون الأسرة الجزائري يعتبر من مشتملات النفقة الزوجية.²

إذ يعتبر حقا خالصا للزوجة بموجب عقد الزواج بغض النظر عن إشتراطه أم لا، إذ يعتبر الانفراد بالسكن من مقتضيات العقد وإن كان المشرع الجزائري لم يفصل فيه، وبالرجوع إلى المادة 222 ق.أ ، فإنها تحيل إلى الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه، وحق الزوجة في إشتراط إسكانها في بيت منفرد ، أكدته المحكمة العليا في الكثير من قراراتها وكمثال ما جاء في إحدى القرارات: " من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله ، ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين أبرم عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم ، فإن القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أقرته من مبادئ، و عليه يستوجب نقض القرار الذي ألزم باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها ، بمنزل أهله بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة".³

1- لعنبيي سعد بن مطر، إشتراط المرأة على زوجها سكن منفرد، www.islampa.info، 2018/05/20.

2- تنص المادة 78 من قانون الأسرة: " تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج والسكن او أجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

1- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1958/11/04، ملف رقم 38331 ، نشرة القضاة ، عدد 101، ص 101.

إلى جانب العديد من قرارات المحكمة العليا، وقد سبق الإشارة إليها في الإجتهد القضائي في مسألة الإشتراط في عقد الزواج.

الفرع الثاني: شرط الإشتراك المالي

يقصد بشرط الإشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين كل شرط إتفاقي يدرج في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق مضمونه أن تكون جميع الأمور المكتسبة بعد الزواج والتي يكتسبها من عملها ، أو بإرادتها الشخصية من الرواتب والكسب أثناء قيام الحياة الزوجية المشتركة بينهما ، مع تحديد النسب التي تؤول لكل واحد شريطة عدم المساس بالحق الشرعي الثابت لكل منهما بالميراث.¹

أما عن الشريعة الإسلامية فالمستقر بشأنه هو مبدأ الانفصال الكامل للذمم المالية للزوجين ، بحيث تساوي بين الرجل والمرأة وتسمح لكل منهما بالتصرف في أمواله دون قيد أو شرط ، وعدم منح أي سلطة للزوج على أموال زوجته ، باعتبار أن حق القوامة قد منحه الإسلام للزوج على زوجته حق شخصي وليس مالي وتكريسا لقاعدة " الزواج مبني على المكارمة والبيوع مبنية على المكاسبة والمشاحاة".²

أما عن المشرع الجزائري فقد تبنى نظام انفصال الذمم المالية للزوجين بشكل صريح بموجب الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون الأسرة : " لكل واحد من الزوجين ذمة مستقلة عن الآخر " ، وهذا تماشيا مع ما قالت به الشريعة الإسلامية ، وعليه إن الذمة المالية لا تتأثر بالرابطه الزوجية ولكل من الزوجين التصرف في أمواله كما شاء وهي القاعدة العامة ، ثم جاءت الفقرة الثانية من المادة 37 و هي مستجدة بموجب تعديل 05-02 و جاء فيها انه يجوز للزوجين الاتفاق في عقد زواجهما أو عقد رسمي لاحق بشأن تسيير الأموال المشتركة بينهما ، فيشترط أحد الزوجين على الآخر الإشتراك المالي وفي حالة قبول للطرف الآخر قام الاتفاق حول الأموال المكتسبة خلال قيام الزوجية كأن يقوم بمشروع تجاري ، وتحدد في العقد الرسمي النسب التي تؤول لكل واحد منهما أو الاتفاق على تركها مشتركة بينهما.³

والمشرع الجزائري عندما أجاز للزوجين الاتفاق على نظام الأموال المشتركة فإنه لم يحدد كيفية توزيعها في حالة النزاع ولم يحدد التفاصيل ، وهو نص عمومي ووحيد في هذه المسألة، ولربما أحسن صنعا بذلك لأن تحديد النسب التي تؤول لكل واحد من الزوجين يساهم في ضبط ميزانية الأسرة ، من خلال بيان مساهمة كل واحد من الزوجين في ما قدمه من أعباء من أجل المشاركة في تنمية الأملاك وهو ما يعرف في اصطلاح الفقهاء بالسعاية كما أن هذه النسب يعتمد عليها في القسمة في حالة وقوع نزاع بين الزوجين.⁴

- لعريبي إيمان، الشروط المقترنة في عقد الزواج ، ص 89.¹
3- عبد الفتاح تقيّة، الذمة المالية للزوجة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، عدد2 ، 2011، ص148.
- لحسين بن شيخ أث ملويا ، قانون الأسرة نصا وشرحا ، دار الهدى ، الجزائر، (د.ط)، 2013، ص48.³
- العربي بلحاج ، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي ، ص 151.⁴

المطلب الثاني : مشارطات غير مالية

من بين الشروط غير المالية أهمية هما شرط عدم التعدد ، و شرط عمل المرأة ، ونظرا لأهميتهما خاصة مع تطور المجتمعات في الوقت الحالي و تزامنا مع المناداة بحقوق المرأة و مساواتها مع الرجل ، فقد أوردهما المشرع الجزائري في المادة 19 ق.أ على سبيل المثال و سنتولى توضيحهما فيما يلي:

الفرع الأول: شرط عدم التعدد

يعتبر موضوع التعدد من المواضيع الحساسة التي يثار بشأنها العديد من النزاعات بين الرجل والمرأة باعتباره حقا من الحقوق التي أجازها الله تعالى للرجل ، وحق نصت عليه الشريعة الإسلامية ، و شرط التعدد هو شرط صحيح من ناحية الفقه الإسلامي وقال به الحنابلة كما سبق الإشارة إليه يلزم الوفاء به لعدم تعارضه مع مقاصد الزواج ومقتضياته، وكذا عدم وجود دليل بعدم مشروعيته بينما يذهب بعض الفقه كالمالكية إلى كراهة مثل هذا الشرط وفساده لأنه يقيد حقا أحله الله للرجل ، و شرط عدم الزواج صار معتبرا من الناحية القانونية، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها وقبل بهذا الشرط فيجب عليه لوفاء به¹.

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة التعدد في نص المادة 8 ق.أ وما بعده ، واعتبرها حالة إستثنائية يسمح بها للضرورة بشروط وجود المبرر الشرعي، وفي حدود الشريعة الإسلامية وتوفر نية العدل والقدرة والمساواة في الإنفاق بين الزوجات وكذا إخبار الزوجة السابقة واللاحقة، وأخيرا ترخيص من القاضي المختص بالتعدد، وله السلطة التقديرية في منح الإذن للزوج أم لا، فإذا لم يستصدر الزوج ترخيص من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 مكرر ق.أ يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، وإذا حصل غش أو تدليس جاز للزوجة المطالبة بالتطبيق والتعويض عن الضرر.² وعلى هذا نجد المشرع الجزائري على الرغم من تقييده للتعدد وعدم إباحته على إطلاقه ، إلا أنه لم يمنعه ، وبقى التعدد أمرا جائزا قانونا، وبالعودة إلى نص المادة 19 ق.أ المتعلقة بالإشتراط، نجدها وضعت قيودا على الشروط التي يمكن أن يتضمنها عقد الزواج وهو عدم مخالفة أحكام هذا القانون، وحيث أن المادة 8 ق.أ أباحت التعدد بالزواج بأكثر من زوجة وفق شروط ، فإن الإشتراط بعدم الزواج بثانية يتعارض مع أحكام هذه المادة ، وعلى هذا يمكن القول أن تخصيص شرط عدم التعدد في نص المادة 19 ق.أ يجعل التعارض مع نص المادة 8 ق.أ أكثر وضوحا.³

- أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، ص 130 .¹

- العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري ، ص 320.²

- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 172.³

الفرع الثاني : شرط عمل المرأة

نص المشرع الجزائري على شرط عمل المرأة كمثل عن المشاركات التي يمكن أن يتضمنها عقد الزواج في المادة 19 ق.أ ، ويقصد بعمل المرأة هنا أن تشتت الزوجة على زوجها ألا يمنعها عن العمل متى أرادت البحث عن وظيفة ، وألا يوقفها عن العمل إذا كانت أصلا تعمل قبل زواجها.¹

وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1/67 ق.أ "....لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق" ، إذ أقرت هذه المادة أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في الحضانة ، ويعد على ذلك عمل المرأة من الشروط المستحدثة نظرا لتعدد الشروط الممكنة في الحياة العملية مما يصعب حصرها لهذا فقد ورد من باب التمثيل.²

وقد أعطى الإسلام كذلك للمرأة حق العمل لكن بشرط عدم وقوع تعارض بين هذا الحق وبين وظيفتها الأساسية كزوجة وأم، وعدم حصول الخلوة مع أجنبي وأن يكون العمل مشروعاً.³

غير أنه استثناء على ما سبق يجوز للزوج منع زوجته من العمل في حالتين:
أولاً: تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخروج للعمل، كأن تظهر بمظهر المتبرجة بصورة تدعو إلى الفتنة، أو الإكثار من الخروج من المنزل بدون سبب.

ثانياً : منافاة خروج المرأة للعمل مع مصلحة الأسرة وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي الموضوعي، ويراعي في ذلك تأثير عمل المرأة على أداء واجباتها الزوجية والأسرية، وعلى هذا يمكن القول أن هذا الشرط صحيح ، وللزوج الوفاء به إذا وافق عليه، ما لم يكن هذا الحق يتعارض مع الوظيفة الأسرية للزوجة لأن الأصل هو قرار الزوجة في بيت الزوجية والقيام بشؤونه.⁴

- أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، ص 131.¹
- الرشيد بن الشويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، ص 125.²
- بن صغير محفوظ ، أحكام الزواج في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري ، ص 367.³
- مسعودي يوسف ، الإشراف في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، ص 131.⁴

الختامة

يعتبر عقد الزواج من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، لأنه يمثل الخلية الأسرية التي هي بمثابة الأساس في المجتمعات ، لذا إهتم الشرع والقانون بمعالجة هذا النوع من العقود وبيان أحكام الزواج وآثاره.

ويعتبر موضوع الإشتراط في عقد الزواج من المواضيع التي عالجتها الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة الجزائري وفقهاء القانون كون مثل هذه المسألة تؤثر بصفة واضحة على العلاقة الزوجية ، خاصة أن غالبية النزاعات ترجع لعدم إتفاق الطرفين سواء قبل الزواج أو بعده، لذا أجاز المشرع الجزائري للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج ما يريانه ضروريا من الشروط أو في عقد رسمي لاحق بشرط عدم مخالفة أحكام الشرع والقانون، وهذا ما أكدته المادة 19 ق.أ السابق ذكرها.

ومن خلال دراستي لموضوع الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري توصلت للنتائج التالية:

- 1- أن الإشتراط في عقد الزواج من الحقوق المكفولة شرعا وقانونا.
- 2- أن الشروط في عقد الزواج أحق بالوفاء بها ولزوم الأخذ بها لأنها تتعلق بأعظم وأقدس عقد يمكن للشخص إبرامه في حياته.
- 3- أن إباحة الإشتراط في عقد الزواج لم تبق على إطلاقها، بل وضعت لها قيود وضوابط يجب مراعاتها عند وضع هذه الشروط وهي عدم مخالفة الشرع والقانون.
- 4- أن المشرع الجزائري في مسألة الإشتراط قد أخذ برأي الحنابلة في حكم الشرط المقترن بعقد الزواج، ومنح حق التطليق للزوجة في حالة عدم وفاء الزوج بأحد الشروط الإتفاقية وهذا في نص المادة 53 ق.أ.ج.
- 5- إن الإتفاق على فسخ عقد الزواج من تلقاء نفسه عند إخلال أحد طرفي العلاقة الزوجية بالشروط الإتفاقية، لا يكون أثره إلا بمقتضى حكم قضائي، والحكم هنا يكون كاشفا لا منشئا.
- 6- أن قانون الأسرة الجزائري منح جزاءين في حالة الشرط غير الصحيح، الأول نصت عليه المادة 32 التي إعتبرت فيه الشرط غير صحيح مبطل للعقد المقترن به، أما الثاني فهو ما جاءت به المادة 35 وجعلت من الشرط باطلا والعقد صحيحا هذا ما يجعل الجمع بين مادتين مستحيلا لتناقضهما.
- 7- أن قانون الأسرة الجزائري لما منح حق فسخ عقد الزواج للزوجة في حالة عدم وفاء الزوج بأحد الشروط الإتفاقية لم يوضح مركز الزوج القانوني في حالة مخالفة الزوجة لهذه الشروط، ربما على اعتبار أن العصمة بيد الرجل له أن يطلق زوجته متى شاء حتى لو دون مبرر ، ولكن إذا ما طلقها في هذه الحالة هل يمنحها التعويض؟ أم تعتبر ناشزا ويسقط حقها في ذلك.
- 8- إن المشرع الجزائري أجاز للزوجين إشتراط ما يشاءان من الشروط التي يريانها ضرورية، منها شرط عمل المرأة، وتعدد الزوجات، وهما مثالين أورهما المشرع الجزائري على سبيل المثال لا الحصر.

وفي ختام هذه الدراسة لي أن أقدم بعض التوصيات والإقتراحات وهي كالآتي:

- 1- على المشرع الجزائري تنظيم مسألة إقتران الشرط بعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري بصورة أكثر تفصيلا من حيث تحديد صحة الشرط وأحكامه وأثره.

- 2-تدارك التناقض الموجود بين المادتين 32 و35 من قانون الأسرة الجزائري الذي يرتب حكمن متناقضين لنفس الحالة.
- 3-المشرع الجزائري في إجازته لحرية الإشتراط في عقد الزواج، ولزوم الوفاء بهذه الشروط، لم ينص على الجزاء في حالة إخلال أحد الطرفين بها أو عدم التنفيذ،فكان من الأولى وضع مادة صريحة للجزاء الذي يرتبه عدم الوفاء بهذه الشروط بدلا من الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني على اعتبار أنه الشريعة العامة.
- 4-يجب تحديد سلطة كل من الموثق وضابط الحالة المدنية في مراقبة مدى صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج بموجب نصوص تنظيمية، تحدد معايير للشروط المشروعة وغير المشروعة.

قائمة المصادر

و المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم.

أولا /الكتب:

- 1- ابن المنظور(الإفريقي أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الخزرجي المصري)، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط1، 2003، المجلد السابع.
- 2- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،(د.ط)، 2010.
- 3- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ،دار البصائر للنشر و التوزيع، الجزائر، (د.ط)،2010.
- 4- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر،دمشق ،سورية، ط1985، ج2، 4.
- 5-محمود علي السرطاوي ،شرح قانون الأحوال الشخصية،دار الفكر،عمان، ط2010، ج3.
- 6- عبد الرزاق السنهوري،مصادر الحق في الفقه الإسلامي،دار إحياء للتراث العربي،بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1904 ، ج3.
- 7- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و اثاره،دار الفكر العربي للطبع و النشر،القاهرة ،مصر،(د.ط)،(د.ت).
- 8- بدران أبو العينين بدران،الفقه المقارن للأحوال الشخصية،دار النهضة العربية،بيروت،(د.ط)،(د.ت).
- 9- شمس الدين،قانون الأسرة و المقترحات البديلة،شركة دار الأمة،الجزائر، ط1، 2003.
- 10- بلحاج العربي،أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي،ديوان المطبوعات الجامعية،بن عكنون ،الجزائر،(د.ط)،1996.
- 11- بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج و الطلاق)،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، ط5، 2001 ، ج1.
- 12- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة القديمة، ط1، 1429هـ-2008م.
- 13- العربي بلحاج،أحكام الزوجية و اثارها في قانون الأسرة الجزائري،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،(د.ط)،2013.
- 14-عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث،قسنطينة،الجزائر، ط2، 1989.
- 15- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد،دار هومة، الجزائر،(د.ط)،2007.
- 16- عبد العزيز سعد ، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط3،(د.ت)، ج2.

- 17- بن عبيدة عبد الحفيظ ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 4، 2017.
- 18- شوقي أحمد، النظرية العامة للإلتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ط.)، (د.ت).
- 19- محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين ، الفسخ والإنفاسخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقهاء ، دار المطبوعات الجامعية ، (د.ط) ، 2005.
- 20- علي محمد علي قاسم ، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، (د.ط.)، 2005.
- 21- عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار القلم للنشر والتوزيع ، الكويت، (د.ط.)، 1990 .
- 22- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للإلتزامات)، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، ط 4، 2007، ج1.
- 23- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، (د.ط.)، 2014.
- 24- لحسين بن شيخ آث ملويا ، قانون الأسرة نصا وشرحا ، دار الهدى ، الجزائر، (د.ط.)، 2013.
- ثانيا / الرسائل الجامعية:**
- 1- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة، جامعة بشار، 2006-2007 م.
- 2- سعيد خنوش، المشاركات العقدية في الزواج دراسة مقارنة بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري المعدل ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاسلامية ، تخصص شريعة و قانون ، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر، 1429 هـ- 2008 م.
- 3- سي ناصر بوعلام ، الإشتراط في عقد النكاح و أثره بين الشريعة و القانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون ، جامعة وهران ، 2012.
- 4- خديجة أحمد أبو العطا ، الشروط المشتركة في عقد النكاح دراسة فقهية مقارنة، رسالة لإستكمال درجة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية غزة، 1428 هـ- 2007 م.
- 5- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص وإجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منثوري، قسنطينة، 2014- 2015 م.
- 6- بوراق فتيحة ، الإشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المغربي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة تلمسان، 2015-2016 م.
- 7- لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2013، 1-2014 م.

- 8- محفوظ بن الصغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في القانون الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص فقه و أصوله، جامعة الحاج لخضر-باتنة-، 1430 هـ-2009 م.
- 9- مسعودة نعيمة إلياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2010.
- 10- عبد الحميد بن شنيطي ، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1996.
- 11- ماط علي ، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة سكيكدة، 2017.

ثالثا /المجلات و الدوريات:

- 1- محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد و أثرها في الفقه الإسلامي، حولية كلية الشريعة و القانون، العدد22، 2004، جامعة قطر.
- 2- عبد الفتاح تقية، الذمة المالية للزوجة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، العدد2، 2011 .

رابعا /القوانين و التشريعات:

- 1- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 جوان 1984م ، المتضمن قانون الأسرة .
- 2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فسفري 2005.
- 3- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005م.
- 4- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم 1427هـ الموافق لـ 20 فبراير 2006م، المتضمن مهنة التوثيق ،الجريدة الرسمية، العدد14.

خامسا /المجلات القضائية:

- 1- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1971/03/03 بنشرة القضاة ، 1972، العدد2.
- 2- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم480264 ، المجلة القضائية، 2009، العدد 01 .

3- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1958/11/04، ملف رقم 38331 ، نشرة القضاة ، العدد 01.

سادسا /مواقع الأنترنت:

1-لعتيبي سعد بن مطر،إشتراط المرأة على زوجها سكن منفرد،www.islampainfo.

الفهرس

1	مقدمة
7	الفصل الأول : ماهية الاشتراط في الزواج
8	المبحث الأول: مفهوم الشرط وخصائصه
8	المطلب الأول: تعريف الشرط
8	الفرع الأول : معنى الشرط في اللغة و الاصطلاح
9	الفرع الثاني: تعريف الشرط المقترن بالعقد
10	المطلب الثاني: خصائص الشرط المقترن بالعقد
10	الفرع الأول: أنه أمر زائد على أصل العقد و أمر مستقبل
11	الفرع الثاني : أنه أمر محتمل الوقوع و أمر مشروع
12	المبحث الثاني: تمييز الشرط عما يشبهه من أفاظ وأقسامه
12	المطلب الأول: تمييز الشرط عما يشبهه من أفاظ
12	الفرع الأول : تمييز الشرط عن الركن والسبب
13	الفرع الثاني: تمييز الشرط عن الوعد والمانع
14	المطلب الثاني: أقسام الشرط
14	الفرع الأول: أقسام الشرط من حيث المصدر
16	الفرع الثاني: أقسام الشرط من حيث وظيفته
19	المبحث الثالث : الإشتراط في عقد الزواج بين الحظر والإباحة وأثره في الشريعة الإسلامية
20	المطلب الأول : الإشتراط في عقد الزواج بين الحظر والإباحة
20	الفرع الأول : الرأي القائل بأن الأصل في الإشتراط الحظر
22	الفرع الثاني:الرأي القائل بأن الأصل في الإشتراط الإباحة
25	المطلب الثاني: أثر الشرط في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية
25	الفرع الأول: الشروط الموافقة لمقتضى عقد الزواج

26	الفرع الثاني: الشروط المناهية لمقتضى عقد الزواج
----	---

28	الفرع الثالث: الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه
32	الفصل الثاني : أحكام الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والتطبيقات القضائية
33	المبحث الأول : حكم المشرع الجزائري من الشرط المقترن بعقد الزواج والجهة المختصة بمراقبته
34	المطلب الأول : موقف المشرع الجزائري من الإشتراط في عقد الزواج
34	الفرع الأول : نطاق الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و أثره
37	الفرع الثاني : القيود الواردة على حرية الإشتراط في عقد الزواج
40	المطلب الثالث:الجهة المختصة بمراقبة الشروط المتضمنة في عقد الزواج
41	الفرع الأول : سلطة ضابط الحالة المدنية في إبرام عقد الزواج ومراقبة الشروط المقتترنة بالعقد
43	الفرع الثاني : سلطة الموثق في إبرام عقد الزواج ومراقبة الشروط المتضمنة فيه
46	المبحث الثاني : جزاء عدم الوفاء بالشرط في القانون وأثره في القضاء
47	المطلب الأول : جزاء الإخلال بالشرط المتضمن في عقد الزواج في القانون
47	الفرع الأول : التطبيق
48	الفرع الثاني : التعويض

50	المطلب الثاني : أثر الإشتراط في عقد الزواج في القضاء الجزائري وتطبيقاته
50	الفرع الأول : سلطة القاضي في الإشتراط في عقد الزواج
53	الفرع الثاني : الاجتهاد القضائي في الإشتراط في عقد الزواج

56	المبحث الثالث : نماذج لبعض المشاركات في عقد الزواج
56	المطلب الأول: مشارطات مالية
56	الفرع الأول: إشتراط الزوجة السكن المنفرد
57	الفرع الثاني : شرط الإشتراك المالي
59	المطلب الثاني: مشارطات غير مالية
59	الفرع الأول : شرط عدم التعدد
60	الفرع الثاني : شرط عمل المرأة
63	خاتمة
66	قائمة المصادر والمراجع
72	الفهرس