جامعة 20 أوت 1955– سكيكدة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

الاشتراط في عقد الزواج

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص الأحول الشخصية

من تقديم الطالب:
ماط علي

المشرف:
د/ بودفع علي

لجنة المناقشة:

أ/ لعلاوة سعاد.....رئيسا

د/ بودفع علي.....مشرفا ومقررا

أ/ قليب جمال.....مناقشا

دورة جوان 2017

شكر وعرفان

الحمد لله الذي أعانني لأبلغ هذا المبلغ اليسير من العلم، فهو العليم، ويبقى فوق كل ذي علم عليم، وما أوتينا من العلم إلا قليلا، وله الشكر وحده أن وهبني التوفيق والسداد، ومنحني الرشد والثبات لإتمام هذا الجهد المتواضع.

اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا وزدنا علما

أتقدم بجزيل الشكر وخالص الدعاء إلى أستاذي الفاضل" بودفع علي"، الذي لم يبخل عليا بنصحه وإرشاده، وحسن إشرافه وتقويمه لخطواتي وتوجيهه لي طيلة مراحل البحث.

كما أتوجه بالشكر والعرفان للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة هذا البحث.

كما أتقدم بأسمى معاني الامتنان إلى كل من أمدني بيد العون والمساعدة لإتمام هذا البحث، خاصة زملائي بودشيشة نورالدين، وشعبان محمد، وسايح صارة.

ماط علي

اهداء

إلهي ما يطيب الليل إلا بشكرك، ولا يطيب النهار إلا بطاعتك، ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك، ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك، ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك.

إلى من بلغ الرسالة، وأدى الأمانة، ونصح الأمة، إلى حبيبي ونور قلبي سيدي محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى معنى الحب والحنان والتفاني، إلى بسمة الحياة وسر الوجود، إلى من كان حنانها بلسم جراحي إلى أمي الغالية.

إلى أبي رحمه الله برحمته الواسعة وأسكنه جنات النعيم

إلى إخواني وأخواتي وكل العائلة الكريمة

ماط علي

قائمة المختصرات

- (ق.أ): قانون الأسرة
- (ق.م): القانون المدني
- (د.س.ن): دون سنة النشر
- (د.ب.ن): دون بلد النشر
- (ج.ر): الجريدة الرسمية
- (ص): الصفحة

مقدمة

مقدمة

إن العقد شريعة المتعاقدين، فالإرادة حرة في إنشاء ما تشاء من العقود، وأن ترتب ما تشاء من الآثار، من حقوق والتزامات تقتضيها شروط واتفاقات العاقدين، فالعقود تنشأ وتلزم الوفاء بمجرد تطابق الإرادات، وهنا تتجلى أهمية الإرادة، وذلك في أنها تلزم وتلتزم بمجرد صدورها واقترانها بالإرادة الأخرى، فيغدو مقتضى العقد واحب الوفاء، وهذا لقوله تعالى : (يَأَيُهَا الذِينَ آمَنُوا أُوفُوا بِالعُقُودْ) المائدة 1، فمن منطلق أن الدين الإسلامي دين يسر لا دين عسر، وأن من أهم مبادئه جلب المصالح ودرء المفاسد، فإنه أحاط العقود بأحكام شرعية حتى لا تطغى منافع أحد المتعاقدين على الأخر، وتتحقق المصلحة المتكاملة بين طرفي التعاقد.

ومن أهم العقود التي راعتها الشريعة الإسلامية عقد الزواج، فهو عقد يلعب فيه الرضا دورا جوهريا، لكنه وحده لا يكفي لانعقاده كسائر العقود، بل لابد من توافر شروط ذات طبيعة خاصة أقرها الشارع الحكيم، من صداق وولي وشاهدين، وهي شروط ينفرد بها عقد الزواج عن باقي أنواع العقود المعروفة، وفيها من الدلالة على قدسية هذا العقد ومكانته الرفيعة، فهو علاقة عقدية وصفت بالميثاق الغليظ في محكم التنزيل، كما أن مقاصده أسمى وأرقى لما فيه من صيانة للأخلاق، وتكثير للنسل وحفظ للحياة البشرية، فهو أقرب إلى نظام يحكم ظاهرة اجتماعية وهي الأسرة، أكثر من كونه مجرد عقد فحسب، فهو تكريم من الله سبحانه وتعالى للإنسان ، ومن رحمته بالجنس البشري، فبموجب هذا العقد يكفل للإنسان حياة مستقرة، داخل أسرة تسودها المودة والرحمة، والتكافل والترابط والتعاون بين جميع أفرادها، وبه ينئ الإنسان بنفسه عما تمليه عليه طباعه الشهوانية، وأهواءه ونزواته الغريزية، فالزواج عقد لكن ببصمة دينية، ولهذا عرفه المشرع الجزائري في المادة 4 من قانون الأسرة بأنه : "عقد رضائي على الوجه الشرعي".

إن الأصل عند الفقهاء المسلمين أن كل ما يترتب على عقد الزواج فهو من عمل الشارع وليس من عمل المتعاقدين، وذلك صونا وضمانا لهذا العقد من أن يتعرض إلى شروط قد تنافي مقتضى العقد نفسه، لكن ذلك لا يمنع المتعاقدين من أن يبادلا أثناء إبرام عقد الزواج شروطا تتفق مع الآثار التي رتبها الشارع على عقد الزواج، ولا تتنافى مع مقتضياته وخاصة إذا كانت

هذه الشروط تحقق منافع شرعية لأحد الزوجين، أو تضمن له مصالح شخصية مستقبلية، فعقد الزواج يبين فيه كل طرف من المتعاقدين مطالبه ورغباته، فإذا كان التراضي قد تم بينهما صح العقد بتلاقي الإرادتين، الأمر الذي جعل الشريعة والقانون يعطيان لكل من الزوجين الحق في تضمين عقدهما بالشروط التي يريانها مناسبة لضمان حقوقهما، وهي ما تسمى بالشروط المقترنة بالعقد، أو الشروط الجعلية، فهذا الموضوع نال اهتماما بالغا في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، حيث تظافرت التوجيهات الربانية والأحكام الشرعية والوضعية للحفاظ على الرابطة الزوجية بإقرارها لهذه الشروط.

- **أهمية الموضوع**

وتبرز أهمية هذا الموضوع من خلال ما يلي:

– تعلقه بأعظم العقود وأخطرها، لأن موضوع عقد الزواج هو الحياة الإنسانية التي لا يستغني عن معرفة أحكامها أي فرد في المجتمع، سواء كان كبيرا أو صغيرا متزوجا أو أعزبا.

– أن هذه الشروط من شأنها أن تؤسس لحياة زوجية قائمة على التفاهم والمشاورة، وأن تحول دون ما يهدد استقرار الحياة الزوجية ويعمل على تقوية العلاقة مستقبلا.

– إن موضوع الشروط في عقد الزواج من بين أكثر المواضيع أهمية، وهذا لتتماشيه مع تعدد الثقافات واختلافها، وكثرة الاحتياجات والضروريات والمصاح المختلفة، ومسايرة ما قد يستجد، خاصة في ظل التطورات الحاصلة عبر الحياة في كل زمان ومكان.

- **الإشكالية**

من منطلق الأحكام الخاصة التي أحاط بها موروثنا الديني عقد الزواج، وتقريره لمعطيات تراعي المقاصد الأصلية له، وتهدف إلى تعميم النفع على الفرد والأسرة والمجتمع، فهو بذلك عقد ذو طبيعة فريدة مستمدة من الضوابط التي شرعها الله عز وجل لعباده، والتي تكاد تكون ثوابت مقدسة لا يجوز الخروج عنها باشتراط ما يخالفها.

وعلى هذا الأساس فهل يصح فتح المجال أمام المتعاقدين لإدراج شروط قد تمس بمقتضيات العقد؟ وإن كان كذلك فما حدود تدخل إرادة المتعاقدين في تقييد عقد الزواج بهذه الشروط وتأثيرها عليه؟ وهل يختلف هذا الأثر بين الشرع وقانون؟

وللإجابة على هذه الإشكالية نطرح التساؤلات الفرعية الأتية:

– ما السبيل لتحديد مفهوم الاشتراط في عقد الزواج؟

– وما مدى موافقة الاشتراط في عقد الزواج لمبادئ الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة الجزائري؟

– أهداف الدراسة

وتهدف هذه الدراسة إلى بيان حكم هذه الشروط في قانون الأسرة الجزائري، والذي تعد فيه الشريعة الإسلامية المصر الرئيسي نظرا لسعة الفقه الإسلامي وغزارة إنتاجه الفكري، وإثبات مرونته وقابليته لمواكبة التغيرات الاجتماعية، وخاصة ما تعلق بالأحوال الشخصية، وكذا الوقوف على أهم الشروط الشائع اشتراطها بين الزوجين، ومدي تعامل المشرع الجزائري مع هذه الحالات التي أصبحت تتم في عقود الزواج، وتبصرة الأزواج بما يصح من الشروط وآثارها على العقد، حتى يكونوا على بينة من أمرها مستقبلا.

– أسباب اختيار الموضوع

– ما دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع أنه من المسائل الهامة في هذا العصر، والتي أصبح لها تداول كبير في المحاكم لكثرة النزاعات المثارة حولها بين الأزواج.

– كما دفعنا لاختيار هذا الموضوع، توضيح الرؤية حوله، خاصة وأن المشرع قد تناوله في مادة وحيدة أمام غزارة وإغداق الأراء الفقهية بخصوصه.

– الصعوبات

لا يخفى على أحد الصعوبات التي يوجهها الباحث، والتي واجهتنا في بحثنا، والتي كانت أبرزها ضيق الوقت، ونقص المراجع المتخصصة، أما بالنسبة للمراجع العامة فقد توافرت والحمد

لله، إلا أن هذه المراجع تميزت بعدم توسعها في الموضوع، وإيراد نفس المعلومات أو تكرارها، مما أدى إلى صعوبة استقاء المعلومات المناسبة.

-المنهج المتبع

وقصد إيفاء هذا البحث من جميع الجوانب، اقتضت طبيعة الموضوع الاعتماد على المنهج التحليلي المقارن بين الشريعة الإسلامية والقانون، وهذا بتقسم البحث إلى فصلين:

-الفصل الأول: نتناول فيه ماهية الاشتراط في عقد الزواج.

-الفصل الثاني: خصصناه للاشتراط في عقد الزواج على ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفصل الأول

ماهية الاشتراط في عقد الزواج

الفصل الأول: ماهية الاشتراط في عقد الزواج

إن للعقد أحكام شرعية أصلية وضعها المشرع لا يمكن مخالفتها، كوجوب توافر الأركان والشروط، وعقد الزواج هو كغيره من العقود لا يخرج عن هذه القاعدة، فالإضافة إلى الأركان والشروط الموضوعية لعقد الزواج والتي تدخل في ماهيته ويرتكز عليها قوامه من حيث التكوين، يمكن لعقد الزواج أن يقترن بشروط أخرى تمليها إرادة عاقديه تبعا لما يراه كل طرفا ضروريا لاستقرار الحياة والعلاقة الزوجية، فمشروع الزواج يقتضي التخطيط والتحلي بنظرة استشرافية والشروط المقترنة بعقد الزواج هي أحد الوسائل التي يعبر من خلالها كل زوج عن رؤيته لجعل هذا المشروع ناجحا.

ما يفهم من هذا أن هذه الشروط هي أمور خارجة عن أصل العقد، لكنها شرعت لتكملة وتعزيز الشروط الموضوعية لعقد الزواج، ولإعطاء صورة واضحة عن هذه الشروط لا بد أن نعرف بالشرط بمختلف تجلياته، فلا يكاد يوجد علم أو مصطلح مهما كان، دون تحديد فكرة أولية عنه، ولبلوغ هذا الهدف سنحاول في هذا الفصل إبراز ماهية الاشتراط في عقد الزواج، من خلال تحديد مفهوم الشرط بتعريفه وتمييزه عن المفاهيم الشبيهة في المبحث الأول، ثم سنتعرض إلى تقسيماته ومقوماته في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مفهوم الاشتراط

من منطلق الارتباط الوثيق بين موضوع بحثنا وكلمة الاشتراط، يبدو من الضروري وقبل البحث في فكرة الشرط المقترن بعقد الزواج، والشروط التي من الممكن أن يدرجها كل من الزوجين في عقد النكاح، وقبل الخوض في الاشتراط وأحكامه الخاصة وجزئياته الدقيقة، لا بد أولا من توّضيح الرؤية حول الاشتراط، كمصطلح وكمعنى وكقيمة تنفرد بأثارها الخاصة، والتي تميزها عما يبدو شبيها بها من مفاهيم.

ولتحقيق هذه الغاية، سنحاول أن نعرض تعريف الاشتّراط لغة واصطلاحا في مطلب أول، ثم سنوضح أهم الفروق بينه وبين ما يقاربه من مفاهيم في مطلب ثاني.

المطلب الأول: تعريف الاشتراط

لإدراك معنى الشرط ورسم صورة عن مدلوله لا بد من شرحه بلفظه ومعناه، من خلال إبراز التعريفين اللغوي والاصطلاحي الخاصين به.

الفرع الأول: تعريف الاشتراط لغة

الاشتراط من الشرط، شرط يشرط اشتراطا، والشرط هو إلزام الشيء، والتزامه في البيع، والشرط بتحريك الراء العلامة، والجمع أشراط نحو أشراط الساعة والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم،[1] ومنه علامات الساعة، لقوله تعالى: (فَهَلْ يَنْظُرُوْنَ إِلاَّ السَاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةَ فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ) محمد 18، لذا يقال شرط يشرط بكسر الراء وضمها إذا شرط على صاحبها أمرا ويقال شارطه، فإذا اشترطت المرأة على زوجها أمرا في عقد النكاح فقد ألزمته إياه.

[1] – ابن منظور (أبي الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم الإفريقي المصري)، لسان العرب، جزء 29، مجلد 4، دار المعارف، مصر، ص2235.

والشرط عند علماء النحو هو ترتيب أمر على اخر بأداة من أدوات الشرط، فالألفاظ التي تستعمل هي هذا الترتيب مثلا هي: إن، ومن، وهما.[1]

ويعرف الشرط في اللغة بأنه: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والشرط جمعه شروط وهو القيد أو الحكم، والشريطة هي الشيء المشروط، والشرط هو العلامة ومنه أطلق الشرط في اللغة على ما يشترط المتعاقد في عقوده والتزاماته اتجاه نفسه وغيره، فهو كالعلامة التي تُميز العقد عن أمثاله باشتراط أحكام إضافية يتفق عليها الطرفان.[2]

الفرع الثاني: تعرف الاشتراط اصطلاحا

اتفق أغلب علماء الأصول على أنَّ الشرط، هو ما يتوقف الحكم على وجوده وجودا شرعيا، بأن يوجد الشرط ويكون خارجا عن حقيقة المشروط، ويَلزَمُ من عدمِهِ عدم الحكم، كالوضوء في الصلاة فإنه إذا انتفى ولم يوجد تنتفي الصلاة وهو خارج عن حقيقة الصلاة لأنه ليس جزءا منها، ومع هذا لا يلزم من وجود الوضوء وجود الصلاة فقد يتوضأ ولا يصلي، لهذا قالو إن الشرط ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.[3]

ويعرف الشرط أيضا على أنه اسم لما يتعلق به الوجود دون الوجود، أي ما يتوقف عليه وجود الشيء بأن يوجد عند وجوده ولا بوجوده، كالدخول في قول الرجل لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت طالق، فإن الطلاق يتوقف على وجود الدخول، ويصير الطلاق عند وجود الدخول مضافا إلى الدخول موجودا عنده لا واجبا به، بل الوقوع هنا كان بقوله أنت طالق عند الدخول.

وقيل كذلك: أن الشرط ما يتوقف عليه الحكم وليس لعلة الحكم ولا بجزء علته، كما قيل: هو كلُ أمر ربط به عدما لا وجودان وهو خارج عن ماهيته، أي أنَّ عدم الشرط يستلزم الأمر

---

[1] – على محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص9.

[2] – مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، المركز الجامعي بشار، 2007، ص6.

[3] – نوارة دري، الشروط الجعلية في عقد الزواج في الشريعة، دار أبو سلامة، بيروت، د.س.ن، ص16.

المشروط له، أمَّا وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط، أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ولا عدمه لذاته[1].

وهذه التعاريف تقارب ما جاء به ابن قدامة والغزالي[2] والإمام الزركشي وغيرهم، فجاء في الروضة أنَّ الشرط هو ما يلزم من انتفاءه انتفاء الحكم، كالإحصان مع الرجم والحول مع الزكاة فالشرط ما لا يوجد المشروط مع عدمه، ولا يلزم ان يوجد عند وجوده ونفس التعريف جاء به الزركشي،[3] مع فرق في لفظ المشروط بدل لفظ الحكم فقال هو الذي يلزم من انتفاءه انتفاء المشروط، كالإحصان الذي هو سبب وجود رجم الزاني فينتهي الرجم لانتفائه، فلا يرجم إلا المحصن.[4]

وقال الشوكاني:[5] "الشرط هو الحكم على الوصف بكونه شرط للحكم وحقيقة الشرط هو ما كان عدمه يستلزم عدم الحكم فهو وصف ظاهر منضبط يستلزم ذلك، أو يستلزم عدم السبب لحكمةٍ في عدمه تنافي حكمة الحكم أو السبب، وبيان أن الحلول شرط في وجوب الزكاة".[6]

وقال العِز ابن عبد السلام:[7] "هو ما يتوقف عليه الحكم، ، فأكثر ما يعبر بلفظ الشرط عن الأسباب في الأمثلة:

---

[1] – كوثر علي كامل، شروط عقد الزواج في الشريعة، دار أبو سلامة، تونس، د.س.ن، ص36.

[2] – الغزالي (أبو حامد محمد الغزّالي الطوسي النيسابوري الصوفي الشافعي الأشعري)، أحد أعلام عصره وأحد أشهر علماء المسلمين في القرن الخامس الهجري، ولد سنة 550هـ وتوفي سنة 505 هـ، كان فقيهاً وأصولياً وفيلسوفاً.

[3] – الزركشي(أبوعبد الله محمد ابن عبد الله ابن جهاد الزركشي) ولد سنة 754 هـ وتوفي سنة 794 هـ، من أهم كتبه البحر المحيط.

[4] – نوارة دري، مرجع سابق، ص20.

[5] – الشوكاني (محمد ابن عبد الله بن الحسن الشوكاني) فقيه ومن كبار علماء اليمن ولد سنة 1250 هـ.

[6] – نوارة دري، مرجع سابق، ص21.

[7] – العز ابن عبد السلام (هو ابن عبد العزيز بن عبد السلام بن القاسم بن الحسن بن محمد المهذب) من مصنفاته قواعد الأحكام، توفي سنة 680 هـ.

- قال الله تعالى: (فَمَنْ اِعْتَدَى عَلَيْكُمْ فاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكَمْ) البقرة 194، ومعلوم أن الاعتداء الأول هو سبب الاعتداء الثاني.
- وقوله تعالى: (فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالاً أو رُكْبَانَا) البقرة 239، والخوف سبب القتل في ذلك.
- وقوله تعالى: (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاَ غَيْرُهُ) البقرة 230، ولا شك أنَّ سبب التحريم هو الطلاق ثلاثا".

المطلب الثاني: التمييز بين الاشتراط والمفاهيم الشبيهة

من خلال التعريف يتبين لنا أنَّ الشرط كلمة ذات مدلول واسع، وقد يحدث أن تستعمل في غير المعنى المراد لها أن تستعمل فيه، وقد تتداخل مع بعض المفاهيم الأخرى مما يحيدُ بها عن المعنى أو السياق الصحيح، والذي يفترض لها أن تكون عليه.

وفيما يلي سنوضح أهم المفاهيم التي تتقارب مع الشرط من حيث المعنى، محاولين في الوقت ذاته إبراز الفروق بينها وبينه.

الفرع الأول: تمييز الاشتراط عن الركن والوعد

يمكن أن نميز الاشتراط عن الركن والوعد في العنصرين الآتيين:

أولا: بين الاشتراط والركن

يعرف الركن في اللغة بأنه أحد الجوانب القوية التي يرتكز عليها الشيء ويقوم بها، ويعرف الركن في اصطلاح الفقهاء بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءا منه ومن حقيقته، فالرضا والمحل والسبب كلها أركان متطلبة لقيام العقود ووجودها.

أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الحكم، ويكون خارجا عن حقيقة الشيء وماهيته، ويتفق الشرط مع الركن في أنَّ كل منهما يتوقف عليه وجود الحكم فإذا تخلف الركن بطل الحكم

وإذا تخلف الشرط فسد الحكم،[1] أي أنَّ وجود الحكم يتوقف على وجودهما، فعدم وجود المحل في العقد يستلزم بطلانه، والوضوء شرط في الصلاة وتخلفه يرتبُ تخلف الصلاة.

أما الركوع فيعتبر ركنا لأنه جزء من ماهية الصلاة وتخلفه أيضا يؤدي إلى بطلان الصلاة، لكن يبقى وأنَّ تخلف الركن يترتب عليه حصول خلل في ماهية الشيء، أما إذا تخلف الشرط فيترتب عليه حصول خلل في أمر خارج عن حقيقة الشيء وهو الوصف أي الحكم.[2]

ثانيا: بين الاشتراط والوعد

يعرف الوعد على أنه اخبار عن انتشار المخبر المعروف في المستقبل، حيث ذكر الفقهاء أن من وعدِ الرجل للمرأة حال عقد الزواج أنه لا يتزوج عليها، فهو كمن اشترط هذا على نفسه[3]، فالوعد معناه الالتزام للغير بما لا يلزم ابتداء، ولقد ورد الوعد في نصوص شرعية عديدة منها قوله تعالى: (كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللّهِ أَنْ تَقُولُوا مَالاَ تَفْعَلُون) الصف 3.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: (آية المنافق ثلاث إذا حدَّث كذب وإذا وعد أخلف وإذا اؤتمن خان)، ومن ثمة فليس للمسم التشبه بصفات المنافقين، ويتميز الوعد عن الشرط في كون الأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاء وإن كان الوفاء به مطلوبا ديانة، فلو وعد انسان شخصا اخر ببيع منزل معين فلا ينشأ بذلك حق للموعود له، وليس له أن يجبره على تنفيذه بقوة القضاء إلاَّ إذا صدر الوعد معلق على شرط، فإنه يخرج من معنى الوعد المجرَّد، ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد، فيصبح عندئذ ملزما لصاحبه كما ذهب إليه فقهاء الحنفية.

بيد أنَّ الفقهاء كانوا قد فرقوا بين الوعد والشرط من حيث أثر كل منهما فإنهم لم يضعوا ضابطا لتحديد ما يعدُّ شرطا، وما يعدُّ وعدا وتركوا تحديد ذلك إلى أعراف الناس وعاداتهم وإلى قرائن الأحوال إذا كان الإخبار عن العقد بصيغة المضارع.

---

[1] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 11.

[2] – مسعودي يوسف، مرجع نفسه، ص11.

[3] – حسن عبد الغني أبو رغدة، حق المرأة في الاشتراط عدم الزواج عليها، دار الفكر العربي، مصر، د.س.ن، ص27.

أما إذا كان بصيغة الماضي فلا يحتاج إلى قرينة وفي هذا المعنى يقول الشيخ عليش: "وأما الفرق بين ما يدل على الالتزام وما يدل على العدَّة "الوعد" فالمرجع فيه إنما هو ما يفهم من سياق الكلام وقرائن الأحوال".

وجاء في الإقناع للمقدسي: "والشرط بين الناس ما عدُّوهُ شرطا فالأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع وتارة باللغة وتارة بالعرف وكذا العقود".[1]

الفرع الثاني: تمييز الاشتراط عن السبب والمانع

وفيما يلي سنعرض أهم ما يميز الاشتراط عن السبب والمانع:

أولا: بين الاشتراط والسبب

يُعرف السبب لغة على أنه الحبل الذي يتعلق به الإنسان ويُسهل له الارتقاء والانتقال، ومن أجل هذا سُمي بالطريق تشبيها بالحبل الممتد.[2]

وجاء في قوله تعالى: (فَاتَّبَعَ سَبَبا) الكهف 85، ويطلق لفظ السبب على الوسيلة التي يمكن التوصل بها إلى الغير.

ويُعرَّف السبب حسب الفقهاء على أنه كل حادث ربط به الشرع أو هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم.

وفي القانون هو الغاية أو الهدف العاجل والمحدد الذي يلتزم المدين من أجله براء الدائن[3]، فالعمل الضار على سبيل المثال يعتبر سببا في التعويض حسب المادة 124 من القانون المدني الجزائري، كما تعتبر القرابة والزوجية أسبابا للإرث حسب نص المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 12.

[2] – مسعودي يوسف، مرجع نفسه، ص13.

[3] – ابتسام قرام، مصطلحات قانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، د.س.ن، ص 45.

إن ما يمكن ملاحظته من خلال تعريف السبب ومقارنته بتعريف الشرط أنهما يتفقان في حالة الانعدام، أي أنه إذا انعدم الشرط انعدم المشروط وإذا انعدم السبب انعدم المسبَّب، ولكنهما يفترقان من حيث أن السبب متى وجد يلزم من وجوده وجود الحكم مالم يوجد مانع من ذلك.

فمتى وجدت الزوجية أو القرابة وجب الإرث، بخلاف الشرط فإن وجوده لا يستلزم وجود الحكم أو الأمر المشروط، فلا يلزم مثلا من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج.[1]

ثانيا: بين الاشتراط والمانع

المانع في اللغة هو الحائل بين الشيئين، أما في اصطلاح الفقهاء الأصوليين فهو: كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره، أو هو الحكم على الوصف بالمناعية، أو هو الوصف الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع حائل دون وجود الحكم فيلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته[2].

فعلى سبيل المثال يعتبر قتل الوارث لمورثه مانعا شرعيا من موانع الإرث ويحرم به القاتل من الميراث مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: (ليس للقاتل ميراث).

ففي هذا المثال فإن القاتل لا يرث رغم قيام سبب الإرث سواء كانت القرابة أو الزوجية لأنه لو ورث بسبب القتل لكان منتفعا عن طريق ارتكاب جناية القتل المحرمة شرعا وقانونا، وهذا يعني أنَّ المانع يقتضي رفع مقتضى السبب أو وجود الحكم.

ويتمثل الفرق بين الشرط والمانع في أن المانع هو كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره، أي أنَّ المانع هو عكس الشرط لأنَّ الشرط هو ما يلزم من عدمه عدم غيره[3].

---

[1] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص14.

[2] – رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، د.س.ن، ص43.

[3] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 14.

المبحث الثاني: أقسام ومقومات الاشتراط

لقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية والقانونيين الشرط إلى عدة أنواع تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى الشرط، لكنّ وجود تقسيمات عديدة للمشارطات لا يعني ألا تكون هنالك عوامل مشتركة بينهما، فهي جميعها تتفق في تميُّزها بمجموعة من الخصائص والمقومات.

وفيما يلي سنحاول أن نوضح أهم تقسيمات الشرط في مطلب أول، ثم سنعرج على مقومات الشرط في مطلب ثان.

المطلب الأول: أقسام الاشتراط

للشروط أقسام عديدة يمكن تصنيفها تبعا إلى الزاوية التي ينظر من خلالها إليها، فإذا أخذنا بعين الاعتبار منشأ الشرط فإن الشرط ينقسم تبعا لمصدره إلى شرط جعلي، وشرط شرعي، وآخر عرفي انطلاقا من الجهة التي نصت على هذا الشرط أو جاءت به.

بينما إذا نظرنا إلى الطريقة التي يعمل بها الشرط والكيفية التي يؤثر بها على العقد فإن التقسيم سيكون إلى شرط التعليق، وشرط الإضافة، وشرط التقييد.

وهذه الأنواع هيّ ما سيكون موضوعا للدراسة في الفرعين الآتيين، بحيث سنحاول أن نجمل هذه الشروط تحت عنوان أقسام الشرط من حيث مصدره في فرع أول، وكذا من حيث وظيفته في فرع ثان.

الفرع الأول: أقسام الاشتراط من حيث مصدره

إذا نظرنا إلى تقسيمات الشرط من زاوية مصدره فإننا سنجد ثلاثة أنواع من الشروط، فمن الشروط ما يجد منشأه في الشرع أو القانون وهو الشرط الشرعي، ومنها ما يجد مصدره في الإرادة الحرة للمتعاقدين وهو الشرط الارادي أو الجعلي، ومنها ما تقتضيه الأعراف السائدة وما ألفه الناس في تعاملاتهم. وفيها يلي سنوضح الأنواع السالفة الذكر انطلاقا من هذا التقسيم.

أولا: الاشتراط الشرعي

هو ما يفرضه الشارع فيجعله لازما لتحقيق أمر آخر ربط به عدما، بحيث إذا لم يتحقق ذلك الأمر وإن وجد لا يلزم من وجود المشروط.[1]

ويعرفه الدكتور زكي الدين شعبان بأنه: "ما كان توقف المشروط فيه على وجود الشرط بحكم الشارع ووضعه لما في ذلك الشرط من ملائمة للفعل وتكميلا له".[2]

والشرط الشرعي أو القانوني في اصطلاح القانون الوضعي هو الذي يكون اشتراطه بحكم من الشارع أو القانون، كالشروط التي اشترطها الشارع في مختلف أنواع العقود والتصرفات من بيع وهبة وكذا الشروط التي اشترطها في مختلف أنواع العبادات كشرط الطهارة في الصلاة وشرط الحلول في الزكاة بحيث لا يصحُّ الحكم بدون هذه الشروط.

ومن الشروط التي اشترطها المشرع الجزائري، شرط الأهلية في الزواج بحيث تنص المادة 7 من ق.أ، تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وهو مثال عن الشرعية القانونية.[3]

ثانيا: الاشتراط الجعلي

هو ما ينشئه الشخص نفسه بتصرفه وإرادته فيجعل بعض عقوده والتزاماته معلقة عليه أو مرتبطة به، بحيث أنه إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات، وهذا الشرط

---

[1] – سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الازهر، سلسلة العلوم الإنسانية، العدد 12، غزة، 2008، ص18.

[2] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 16.

[3] – عبد المجيد طيبين الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية قسم الشريعة، جامعة العقيد لخضر، باتنة، السنة الجامعية 3003-2004، ص11.

يسمى بالشرط الجعلي لأن المكلف هو الذي جعله شرطا علق عليه قيام العقد،[1] فمصدر الشرط الجعلي هو إرادة الشخص لهذا يسمى أيضا بالشرط الإرادي.[2]

ويقول الشيخ عليوش الورثلاني: "الشرط الجعلي هو ما يشترطه المتعاقدان أو أحدهما ويكون القصد منه تحقيق المصلحة الخاصة، كما لو اشترطت المرأة تقديم معجل المهر كله أو اشترط المشتري نقل المبيع أو استلامه في مكان معين"،[3] وتنقسم الشروط الجعيلة من حيث مشروعيتها إلى ثلاثة أنواع:

1-شرط لا ينافي الشرع بل هو مكمل للعقد وذلك كما اشترط المقرض على المقترض رهنا أو كفيلا لسداد القرض.

2-شرط غير ملائم للعقد ولا ينافي مقتضاه كأن يشترط الزوج في عقد الزواج عدم الانفاق على زوجته.

3-شرط لا ينافي العقد ويحقق مصلحة لأحد العاقدين أو لكليهما، غير أن العقد لا يقتضيه، أي لا يعرف مدى ملائمته أو عدم ملائمته للعقد، كأن يبيع شخص منزل على أن يسكنه البائع لفترة معلومة، واختلف الفقهاء في هذا النوع من الشروط.[4]

ويكمن الفرق الأساسي بين الشرط الشرعي والشرط الجعلي من زاوية الأثر المترتب عنهما بأنه في حالة انتفاء الشرط ينتفي المشروط، وهذا بالنسبة للشرط الجعلي مثلا لو تخلف شرط وفاة المورث ينتفي معه استحقاق الإرث، بخلاف الشرط الجعلي المشروط يمكن أن يوجد دون شرط

[1] – سامي أبو عرجة، مرجع سابق، ص18.

[2] – نوارة دري، مرجع سابق، ص25.

[3] – محمد عليوش الورثلاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الأصولية فيها، شركة دار الأمة، د.ب.ن، 1997، ص28.

[4] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 17.

فلو قال الزوج لزوجته إذا خرجتي من الدار فأنت طالق، فحتى لو لم يتحقق الشرط فيمكن أن يقع الطلاق لسبب آخر.[1]

ثالثا: الاشتراط العرفي

الشرط العرفي هو ما يتقيد به التصرف بناءا على ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من قول وعمل، تكرر مرة بعد مرة حتى تمكن أثره في نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول.

ومن أمثلة العرف الذي تعرف بعض البلدان الإسلامية تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل بنسبة يختلف مقدارها من بلد لآخر أو أن يبيع شخص لأخر سلعة بثمن معين دون أن يشرط حلول الثمن ولا تعجيله، ويكون المتعارف عليه التأجيل إلى شهر أو التقسيط على أشهر معلومة.[2]

ويشترط في العرف حتى يكون معتبرا في نظر المشرع توافر بعض الشروط منها:

- أن يكون العرف مطردا أو غالبا.
- ألا يكون يعارض نصا شرعيا ولا نصا قانونيا ولا حكما ثابتا، بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلا له.
- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها.[3]

وقد اختلفت اراء الفقهاء في مدى تقييد العقود والتصرفات بالشرط العرفي، فذهب الحنفية إلى اعتبار العرف الصحيح وتقييد العقد به استنادا إلى بعض القواعد العامة، كقاعدة العادة المحكمة وقاعدة الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، وذهب المالكية أيضا مذهب الحنفية في اعتبار العرف، أما الشافعية فالأصح عندهم أن العرف لا ينزل منزلة النص الصريح.[4]

---

[1] – كوثر علي كامل، مرجع سابق، ص38.

[2] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 17.

[3] – كوثر علي كامل، مرجع سابق، ص40.

[4] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص18.

وإذا كان الشرط العرفي يجد مكانا له ويترتب أثره في الشريعة الإسلامية على الأقل عند فقهاء المالكية والحنفية، فإن القانون الوضعي على العكس من ذلك حيث تفرض التشريعات الوضعية قاعدة إجرائية تنظيمية تقتضي بوجوب أن يكون الشرط مكتوبا في صلب العقد أي في عقد رسمي لاحق، فمن يحرص على شرط معين فيجب عليه أن يحرص على كتابته في العقد

ولا يخفى على أحد أهمية هذه القاعدة الإجرائية في ضمان استقرار المعاملات والعقود والإثبات في المنازعات وإلى هذا ذهب المشرع الجزائر في نص المادة 19 من ق.أ، بغرض ضمان المشترطات التي تتم بين الزوجين، وبالتالي ضمان استقرار الحياة الزوجية.

والجدير بالذكر أن الشرط الجعلي يدخل ضمن الشرط المحض، وهو ما يمتنع به وجود العلة، فإذا وجد الشرط وجدة العلة فيصير الوجود مضافا إلى الشرط دون الوجود، وذلك في كل تعليق بحرف من حروف الشرط.[1]

الفرع الثاني: أقسام الاشتراط من حيث وظيفته

يقترن الشرط بالعقد فيظهر أثره على العقد طبقا لما تضمنه هذا الشرط، فيكون مقترنا بالعقد ومقيدا له ويسمى بشرط التقييد، أو يكون العقد معلقا عليه فيسمى بشرط التعليق، وقد يكون مضافا إليه فيطلق عليه شرط الإضافة وفيما يلي بيان وتوضيح لهذه الأنواع الثلاث من الشروط:

أولا: اشتراط التعليق

وهو كل شرط يعلق الانسان فيه تصرفه على حصول أمر من الأمور ويكون بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين مثلا: إذا، وإذ، وسمي كذلك لأنه جعل وجود التصرف مرتبطا بحدوث هذا الأمر الذي شرطه.[2]

[1] – علاء الدين عبد العزيز، كشف الاسرار، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، د.ب.ن، 1997، ص337.

[2] – سامي أبو عرجة، مرجع سابق، ص 18.

أو هو ترتيب العقد على أمر سيوجد في المستقبل، ويفهم من هذا أن التعليق على شرط هو عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقا ومرتبا لأثره فور صدوره.

كأن يقول الانسان أن سافر مدينك فأنا كفيل بمالك عليه فهذا تعليق للكفالة، فانعقاده مربوط بتحقق سفر المدين، ولا يمون العقد معلقا إلا إذا تحقق شرطان أساسيان:

- يجب أن يكون الشرط المعلق غير موجود وقت التعاقد فإن كان موجودا فإن التعليق عندئذ يكون صوريا والعقد منجزا.
- ألا يكون الشيء المعلق عليه مستحيلا وإلا كان العقد باطلا، كأن يقول الرجل زوجتك ابنتي إذا طلعت الشمس من مغربها.

وخلاصة القول أنَّ الشرط المعلق هو كل شرط يعلق فيه العاقد تصرفه على حصول أمر من الأمور، بحيث لا يوجد أثر للعقد إلا إذا تحقق الشرط وهذا يتنافى ومقتضى عقد الزواج باعتباره من العقود المنجزة غير متراخية التنفيذ ولهذا يكون حكم الزواج المعلق على شرط هو البطلان.[1]

ثانيا: اشتراط الإضافة

شرط الإضافة للمستقبل يقصد به تأخير حكم التصرف القولي المنشأ للإلزام على زمن مستقبل معين، مثل أزوجك ابنتي بعد شهر وعليه فإن سريان الحكم وترتب أثار العقد تتأخر إلى المدة المحددة وإن كان العقد قد نشأ وتكون بمجرد صدور الايجاب والقبول، ومنها الوصية فهي عقد مضاف إلى ما بعد الموت ولا ينفذ في الحياة.[2]

[1] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 20

[2] – سامي محمد أبو عرجة، مرجع سابق، ص18.

فتكون الصيغة مقترنة بالشرط كأن يقول أحد المتعاقدين للأخر اجرتك منزلي هذا لمدة سنة تبدأ من الشهر القادم. وبخصوص العقد المضاف فإنه ينعقد في الحال أي انه قائم بين المتعاقدين منذ إنشاء الإضافة.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد الزواج لا يشمله شرط الإضافة إلى الزمن المستقبل، لأن عقد الزواج يوجب تمليك الاستمتاع في الحال فلو قال الخاطب: تزوجت ابنتك غدا أو بعد ثلاثة أشهر، ثم يقول الأب: قبلت، فإن مثل هذه الصيغة لا ينعقد بها الزواج لا في الحال ولا عند حلول الزمن المضاف.[1]

ثالثا: اشتراط التقييد

الشرط التقييدي هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه،[2] وهو الشرط الذي يقترن بالعقد فيزيد من التزاماته ويقويها ومقتضاه لا يوجد في العقد أصلا مثل: أن يتزوجها بشرط ألا يخرجها من بلدها ولهذا نجد أن هذا الشرط يعدل من أثار العقد الاصلية بالتزامات زائدة وضعها المتعاقدون أو أحدهما،[3] وانطلاقا من هذه التعاريف يختص الشرط المقيد بما يلي:

- كونه زائد عن أصل التصرف فهو ليس عنصرا أساسي في تكوين العقد.
- كونه أمرا مستقبلا مقرونا بالعقد.

وأخيرا وفيما يخص قابلية الزواج لهذه الأنواع من الشروط، فالأصل في عقد الزواج التنجيز وعدم التراخي، وقد يكون مقترنا بشرط أو مجرد منه، ولما كان عقد الزواج من العقود التي تقيد التمليك في الحال فإنه لا يقبل شرط الإضافة لأنه يقيد أثره في الحال، أي فور النطق بالصيغة.

---

[1] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 21.

[2] – محمد عليوش الورثلاني، مرجع سابق، ص 45.

[3] – سامي محمد أبو عرجة، مرجع سابق، ص 18.

كما أن عقد الزواج من العقود التي لا تقبل التعليق مطلاقا حيث اتفق الفقهاء على بطلان عقد الزواج المعلق على شرط.[1]

المطلب الثاني: مقومات الاشتراط

بعد ما كان من تعريف الاشتراط، وبيان لأهم الفروق بينه وبين ما يقاربه من مفاهيم وكذا تفصيل لمختلف تصنيفاته وأقسامه، يمكن استنتاج مقومات الاشتراط والتي تتمحور حول خصائصه والقيود الواردة على حرية الاشتراط.

الفرع الأول: خصائص الاشتراط

يتميز الاشتراط بأنه أمر زائد عن أصل العقد ومتوقع أن يحدث مستقبلا، مع إمكانية حدوثه فعلا، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال العناصر الثلاثة الاتية.

أولا: أنه أمر مستقبل

لا بد أن يكون الشرط معلقا بالتزام سيوجد في المستقبل وغير موجود في الماضي ولا في الحاضر، حتى لا يستحيل على المتعاقد الالتزام اتجاه المشترط، وإذا كان الشرط واقعا بالفعل فلا فائدة من اشتراطه لأنه تحصيل حاصل، فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق إذا كانت السماء فوقنا والأرض تحتنا فإنها تطلق في الحال،[2] وإذا قال الزوج لزوجته أنت طالق إذا خرجتي من بيت الزوجية ففعل الخروج مرتبط بالزوجة.[3]

ثانيا: أنه أمر زائد على أصل العقد

ويقصد بذلك أن العقد ينعقد بمجرد توافر أركانه وشروطه التي تطلبها المشرع، دونما حاجة إلى وجود الشرط المقترن بالعقد، لأن هذا الأخير يدخل على العقد بعد تمامه وتوافر أركانه

---

[1] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 23.

[2] – رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص 47.

[3] – محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2000، ص 501.

وشروطه، فلو اشترطت المرأة في عقد الزواج كفيل لضمان المهر فإن هذا الشرط يبقى أمرا زائدا عن عقد الزواج لأنه ينعقد بدون هذا الشرط، ولا يتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط ونفس الحكم يطبق على باقي أنواع العقود.[1]

ثالثا: أنه أمر محتمل الوقوع

يجب أن يكون الشرط متعلق بأمر يكون في وسع المتعاقد المشترط عليه تنفيذه، هذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا التزام بمستحيل، لأنه إذا كان الشرط مستحيل الوقوع فإن العقد يكون باطلا والاستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية، وتتحقق الاستحالة المادية متى وجد في طبيعة الأشياء حقيقة تحول دون تحقق الشرط، كتعليق الهبة على الطيران في الهواء دون طائرة، أو عدم غروب الشمس في اليوم الموالي.

أما الاستحالة القانونية فمناطها النص القانوني، حيث يعتبر الشرط مستحيلا إذا واجه عقبة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من احدى المحارم.[2]

الفرع الثاني: القيود الواردة على الاشتراط

ليس للمشترط في عقد الزواج كامل الحرية في اشتراط ما يشاء من الشروط، لأن هذا قد يجعل الشروط تتبع أهواء ورغبات المتعاقدين التي لا تقف عند حد معين، وقد تؤدي المبالغة فيها إلى الخروج عن القواعد الشرعية والمساس بقداسة عقد الزواج، لهذا على المشترط مراعاة ما يلي:

[1] – رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص 45.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 1998، ص 107

أولا: مراعاة قواعد النظام العام والآداب العامة

يعتبر قيد النظام العام والآداب العامة من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج، وهذا لأن أغلب مواضيع الأحوال الشخصية هي من النظام العام،[1] فلا يجوز للزوجين تعديلها باتفاقات فيما بينهم وعلى هذا الأساس يقع باطلا كل شرط بين الزوجين يقضي بالتنازل عن أبوتهما لابنهما، أو الاتفاق على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية بالتنازل عنهما مثلا، ويقع باطلا كل شرط يقضي بتعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها كشرط نفي المهر أو عدم الانفاق عليها.[2]

ولكن الاشكال الذي يوجهنا هنا هو صعوبة تحديد مفهوم ثابت للنظام العام، ومع ذلك يمكن القول بأن النظام العام على وجه الاجمال هو عبارة عن مجموعة القوانين التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية، أو مصلحة اجتماعية وهو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية، أو كانت مصلحة اقتصادية.

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

أما المقصود بمراعاة الآداب العامة هو احترام الأصول الأساسية للأخلاق في مجتمع معين وفي عصر معين، بحيث يفرض على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الأخلاقية التي تعتبر لازمة لحماية المجتمع من الانحلال الأخلاقي، غي أن هده الفكرة تبقى نسبية إلى حد ما وذلك لاختلاف المعيار الذي نحدد به ما هو من الآداب العامة وما هو ليس كذلك من مجتمع لآخر بل و نجده يختلف في نفس المجتمع من عصر لآخر، غير أن هذه الميزة التي يتمتع بها النظام العام تعتبر الوسيلة الوحيدة لتحقيق التوافق بين النظام القانوني لمجتمع ما والتغيرات

[1] – حمليل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، أدرار 2005، العدد 06، ص 133.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 79.

الاجتماعية والخلقية بشرط ألا يكون هذا على حساب قيم ومبادئ المجتمع، فالمفاهيم الخلقية تعتبر المحدد الأساسي لمفهوم الآداب العامة كما جرى على ذلك التطبيق العملي.[1]

ثانيا: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

لقد ورد هذا القيد في نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري التي تضمنت أحكام عامة غير محددة، بل وفي منتهى التعميم والشمولية، إذ نجد أن المشرع الجزائري قد أباح للزوجين كقاعدة عامة أن يشترطان من الشروط التي يريانها ضرورية لاستقرار حياتهما الزوجية.

ثم أورد على هذه القاعدة العامة قيد يقيد العموم السابق، وهذا يعني أن قانون الأسرة قد أباح للزوجين حرية الاشتراط غير أن هذه الاباحة مقيدة بعدم مخالفة ما ورد من أحكام وقواعد في قانون الاسرة، غير أن تحديد ماهية الاحكام التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري والتي يتعين على الزوجين عدم مخالفتها عند وضع الشروط الإرادية في عقد الزواج تكتنفه بعض الصعوبات.

فعلى سبيل المثال قد يبدو للبعض أن هناك تعارض بين إباحة المشرع لشرط عدم التعدد الزوجات وما تقتضيه المادة 8 بإباحة التعدد.

إنه وبالنسبة لمحاولة حصر أحكام قانون الاسرة التي لا يجوز للزوجين تعديلها باشتراط شروط زائدة عن أصل العقد، فقد يبدو للوهلة الأولى عسيرا بعض الشيء إلا أنه يمكن القول إن المقصود بهذه الأحكام كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضى العقد والمتمثلة فيما يلي:

- حل الاستمتاع بين الزوجين حسب نص المادة 4 من ق.أ.
- استحقاق الزوجة للصداق حسب المادة 14 وحسن المعاشرة حسب المادة 36 ق.أ.
- استحقاق الزوجة للنفقة المادة 74 ق.أ.
- التوارث بين الزوجين المادة 134 ق.أ.

[1] – مسعودي يوسف مرجع سابق، ص 55.

- ثبوت النسب للأولاد المادة40 ق.أ.

وكل الشروط التي تتضمن ما يعارض هذه المقاصد يجعلها باطلة حسب نص المادة 32 ق.أ، لأنها مخالفة لأحكام قانون الأسرة، وعلى العاقدين مراعاة هذه الأحكام عند الاشتراط.[1]

ثالثا: جدية المصلحة

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

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

وتقدير جدية المصلحة وأهميتها مرجعه إلى الموازنة بينها وبين الأضرار التي تنتج عنها أو عن عدم تقريرها، بحيث إذا بلغت المصلحة حدا من الأهمية يربو أو يزيد في قيمته عن الضرر الذي يترتب عن عدم قيام الحقوق أو استعمالها كانت المصلحة جدية، لأن الحقوق لا تعد غايات في حد ذاتها وإنما هي وسائل لتحقيق غايات ووسائل مشروعة يحميها للقانون، فإذا لم يكن لصاحب الحق مصلحة من وراء استعماله أو كانت المصلحة المقصودة ضئيلة بحيث لا تبرر ما ينجم عن التصرف من أضرار اعتبر ذلك تعسفا في استعمال الحق، فلو أن الزوجة

[1] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996، ص 169.

اشترطت على زوجها ألا يتزوج عليها فهذا الشرط يحقق غاية مقصودة للزوجة في الاستئثار بزوجها، ولكن إذا أضحت غير ذات جدوى بسبب الشرط الذي اشترطته الزوجة على زوجها بحيث يلحق الضرر بالزوج ويفوت عليه مصلحة حقيقية، فإن مثل هذا الشرط يبطل لأن الغاية شرع والشرط تصرف، ولا يجوز للتصرف أن يلغي الشرع فما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط، وعلى هذا فإذا كانت الزوجة ولودا وتقوم بجميع واجباتها الزوجية فإنه ليس للزوج مخالفة شرطها بألا يتزوج عليها، بل يجب عليه الوفاء بهذا الشرط لأنه يحقق مصلحة مقصودة.

أما إذا كانت غير قادرة على الانجاب مثلا فلا يلزم الزوج بالوفاء بالشرط ولا يمكن للزوجة فسخ العقد لظهور مصلحة حقيقية للزوج تتوافق مع مصلحة حفظ النسل وهو الانجاب.[1]

خلاصة

بعد كل الذي سبق من بيان للمفهوم الاشتراط وتحديد لأقسامه ومقوماته والأحكام العامة التي يختص بها الاشتراط، نكون قد بلغنا المراد بتحديد ماهية الاشتراط في عقد الزواج، وبهذا المعنى فهو عبارة عن مجموعة من الشروط تقترن بالعقد وتتأثر به وقد تأثر فيه، على خلاف لمختلف زوايا الاتصال العقد، وهي شروط لا يوجبها الشرع ولا يفرضها القانون، بل يمليها العقدان أو أحدهما وفق لما يرى أن فيه مصلحة شخصية أو مصلحة تعود بالنفع على العقد وتساهم في نجاح المشروع الزوجي والمصلحة العائلية.

فتنقسم وتتعدد المشترطات لكنها تضلع بنفس الخصائص والمميزات، وتشترك في نفس القيود الواردة على حرية الاشتراط ذاتها.

إن الاشتراط في عقد الزواج هو ذلك الشرط الذي يتفق عليه الزوجان بمحض إرادتهما في العقد فيلتزمان فيه بأمر زائد على الاثار الاصلية للعقد بحيث تصدر الصيغة المنشئة للعقد مقيدة بشروط يلجأ من خلالها الزوجان إلى الزيادة في أثار العقد أو الإنقاص منها وفقا لما يرضى به

[1] – عزيز واعلي، مقال الاشتراط في عقد الزواج، موقع القانون الشامل، تاريخ 01-05-2017، على الساعة السابعة مساءا، http://droit7.blogspot.com/2015/06/blog-post_6.html

كل طرف، وبذلك تتحقق رضائية العقود من خلال الاشتراط في عقد الزواج والاقدام على شروط يعبر كل طرف من خلالها عن رضاه بما شرطه الطرف الاخر، فيؤدي هذا إلى ضمان الحقوق واستقرار الحياة الزوجية وتأمينها، وتعزيز وتقوية أهداف ومقاصد النكاح.

الفصل الثانـي

الاشتراط في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية والقانون

الفصل الثاني: الاشتراط في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية والقانون

بعد التعرف على مدلول الاشتراط في الفصل الأول نكون قد أعطينا نظرة أولية عن هذه القضية، لكن لجعل الصورة أكثر وضوحا لا بد من التدقيق وجعل الدراسة أكثر تركيزا وتخصيصا وهذا بالخوض في الأحكام القانونية والشرعية لهذه المسألة، فالزواج هو ظاهرة إنسانية نظمها الدين الإسلامي وأقر لها أحكاما خاصة، كما نظمتها القوانين و الشرائع الوضعية، و الاشتراط في عقد الزواج هو أحد أهم مواضيع الزواج التي لقيت اهتماما واسعا سواء من طرف الفقهاء المسلمين أو من طرف فقهاء القانون ، لذلك سنتطرق في المبحث الأول إلى نظرة الفقه الإسلامي إلى الاشتراط في عقد الزواج، من خلال بيان موقف مختلف الاتجاهات الفقهية منه، وكذا أهم صور ونماذج المشارطات التي كانت محلا للدراسة من جانب الفقهاء المسلمين، ثم سنعطي نظرة إلى الموضوع من زاوية قانونية بحيث سنعرج في المبحث الثاني على الكيفية التي نظم بها المشرع الجزائري هذه القضية في قانون الأسرة، وكذا ما ظهر من تطبيقات عملية على المستوى القضائي بخصوص الاشتراط في عقد الزواج.

المبحث الأول: الاشتراط في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية

إن دراسة الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي يقتضي منا التدقيق فيما ورد عن أهل العلم في المذاهب الفقهية، فقد اتفق الفقهاء على أن الشروط المقترنة بالعقد تكون على نوعين، شروط صحيحة وأخرى غير صحيحة، واختلفوا بعد ذلك في حد الشرط الصحيح وإلى مدى يمكن اشتراطه، ومتى يجب الوفاء به، وفي تأثير الشرط غير الصحيح على العقد.

ولما كانت مذاهب الفقهاء متشبعة بالآراء في هذه الأمور، فإننا سنحاول أن نبين في هذا المبحث ما ذهب إليه كل مذهب حول حرية الاشتراط ومدى صحة أو بطلان الشرط المقترن بعقد الزواج، وأثره على العقد في المطلب الأول، ثم سنقوم بإسقاط كل هذه المكتسبات من اراء فقهية على بعض النماذج من الاشتراطات، وعقود الزواج المقترنة بالشروط في المطلب الثاني.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من الاشتراط في عقد الزواج

إن أهم ما سندرسه فيما يلي هو الأصل العام في الاشتراط في عقد الزواج بين الاباحة والحظر، وما يعد صحيحا من الشروط وما لا يعتبر كذلك في مختلف المذاهب الفقهية، ويختلف كل مذهب في تقسيمه الخاص للشروط، وكذا في الأثر الذي يرتبه الشرط غير الصحيح على العقد، وسنوضح ذلك في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: حكم الاشتراط في عقد الزواج

اختلف الفقهاء في عقد الزواج إلى مذهبين، المذهب الأول يمثله فقهاء الحنابلة، الذين قالوا إن الأصل في الاشتراط الاباحة ما لم يكن ذلك مخالفا لنص شرعي أو لمقتضى العقد، فيما يمثل المذهب الثاني جمهور الفقهاء، والذين يرون أن الأصل في الاشتراط هو الحظر حتى يقوم الدليل على الجواز، وفيما يلي بيان لذلك.

أولا: الأصل في الاشتراط الاباحة

1- مضمون هذا الرأي: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول أن الأصل في الشروط هو الاباحة ما لم يكن مخالفا لنص شرعي أو لمقتضى العقد، ويأتي الحنابلة على رأس الذين يرون

أن الشروط لا يحرم منها إلا ما دل الشارع على تحريمه وإبطاله نصا أو اجماعا أو قياسا،[1] فالشرط غير الصحيح يعتبر استثناءا عندهم، ومن الشروط المستثناة من الأصل اشتراط ما دل الشارع على تحريمه، واشتراط ما يناقض مقتضى العقد، واشتراط عقد في عقد، ولهذا كان المذهب الحنبلي أكثر المذاهب توسيعا لدائرة الشروط الصحيحة،[2] والتي تحقق مصالح الناس وتفي بأغراضهم إلا إذا قام الدليل على المنع فعندئذ لا يلزم الوفاء بها.[3]

2-وجه الاستدلال: استدل الحنابلة على قولهم من الكتاب والسنة والمعقول:

أ- من الكتاب: قوله تعالى: (يَا أَيُهَا الذينَ امَنُوا أُوفُوا بالعُقُودْ) المائدة1، ووجه الدلالة من الآية الكريمة واضح في وجوب التزام الإنسان بما التزم به في العقد، وأمره بوجوب الوفاء دليل على جوازها واباحتها، لأن الله تعالى لا يأمرنا بم لا يجوز الإقدام عليه، وطالما هي في نطاق ما أجازه الشرع فيكون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة، والآيات التي تدل على أن الشرط عهد يلتزم به المتعاقد للآخر كثيرة منها قوله تعالى: (وَأَوفُوا بِالعَهْدِ إِنَ العَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً) الإسراء34، وكذا قوله عز وجل: (وَالذِيْنَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونْ) المؤمنون8.[4]

ب-من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)، ووجه الدلالة من الحديث أنه أوجب الوفاء بكل شرط تم اشتراطه في عقد الزواج، وقد اعترض على هذا الاستدلال بأنه لا يصح الاحتجاج به، لأن المراد بلفظ "أحق" الوارد في الحديث ما هو أحق في نفسه، وليس بباطل أي محرم في الشرع، وأن المراد بالشروط الواردة في الحديث هي الشروط التي أمر الله تعالى أن تستحل بها الفروج، من صداق مباح، وولي، وشاهدين والمعاشرة بالمعروف، والنفقة.

---

[1] – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، مصر، 1981، ص 188.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 175.

[3] – كوثر علي كامل، مرجع سابق، ص 28.

[4] – سامي محمد أبو عرجة، مرجع سابق، ص 20.

في حين أن الحنابلة ردوا على هذا الانتقاد حين أكدوا على أن حمل الشروط في الحديث على الشروط التي يجب بها النكاح من مهر ونفقة وغيرها، غير مسلم له لأن هذه الأمور تجب بنفس العقد، سواء اشترطت فيه أو لم تشترط، مستدلين في الوقت نفسه بقوله صلى الله عليه وسلم: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحلّ حراما المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حرام)، وقد أفاد هذا الحديث أن المشترط ليس له اباحة ما حرم الله بإدراج شروط باطلة، وكذلك ليس له إسقاط ما أوجبه الله، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا في غياب الاشتراط، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما في ظل جواز الاشتراط.[1]

ج-من المعقول: يرى المبيحين للشروط بأن العقود تعتبر من الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم، وقد بين لنا القرآن الكريم ما هو محرم علينا، حيث قال تعالى:(وَقَدْ فَصَلَ لَكُمْ مَا حَرَمَ عَلَيْكُمْ) الأنبياء107، ثم إنه لا يوجد في القران الكريم ما يدل على تحريم انشاء الشروط في عقد الزواج.

إن العقود والشروط هي من الأفعال التي تسمى في اصطلاح الفقهاء بالعادات، وليست من العبادات، والعادات ينظر فيها إلى عللها ومعانيها لا إلى النصوص، لأنها ليست عبادة يتعبد بها فيكفي في صحتها ألا تحرمها الشريعة الإسلامية، استصحابا للمبدأ الاصولي القاضي بأن الأصل في الأفعال والاقوال والأشياء هو الاباحة، بخلاف العبادات التي الأصل فيها التوقف عند النص الثابت، أما العقود والشروط فالغرض منها رعاية مصالح الناس وتحقيق أغراضهم، كما أن الشارع أجاز نقل الحقوق واسقاطها بالرضا، فكل عقد أو شرط يتحقق فيه الرضا فهو واجب الوفاء ولو لم يرد به نص صريح يبيح ذلك.[2]

كما أن الضرورة والمصلحة هي التي تدفع بالزوجين للاتفاق على شروط معينة في عقد الزواج، فإن إباحة الاشتراط تحقق خاصية أساسية تتميز بها الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وهي

[1] – فراج أحمد حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر، 2004، ص 451.

[2] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص48.

قيامها على جلب المصالح ودرء المفاسد، فالشريعة ما جاءت إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل ودرء المفاسد عنهم، ثم إن تحقيق المصالح هو مقصود الشارع.[1]

ثانيا: الأصل في الاشتراط الحظر

1-مضمون هذا الرأي: ذهب جمهور الفقهاء عدا الحنابلة إلى القول إن الأصل في الاشتراط هو الحظر، حتى يقوم الدليل على الجواز. ويمثل أصحاب هذا الرأي أساسا الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية، الذين يتمسكون بظاهر النصوص ويقفون عندها، وهؤلاء جميعا يقيدون إرادة الانسان ويضيقون عليه المجال في باب العقود والشروط، فإرادة الانسان حسب هذا الرأي لا تنشأ من العقود والشروط إلا ما نص الشارع على إباحته، فهذه المذاهب تتفق مبدئيا على أن الأصل في الاشتراط هو الحظر ويتمسك أصحابها جميعا بهذا المبدأ اجمالا وإن اختلفوا في التفصيلات.[2]

2-وجه الاستدلال: لقد استدل المضيقون لحرية الاشتراط على رأيهم بما يلي:

أ- من الكتاب: قوله تعالى:(وَمَنْ يَتَعَدَ حُدُودَ الله فَأُولَئِكَ هُمْ الظَالِمُونْ) البقرة227، وكذا قوله تعالى:(مَنْ يَتَعَدَ حُدُودَ الله فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ) الطلاق10، ووجه الدلالة في الآيتين الكريمتين يخبر أن من يتعدى حدود الله يعدوا ظالما، ومن ثمة فإن اشتراط شروط لم يرد فيها دليل معين يكون تعديا لحدود الله ومخالفة لشرعه، فلذا هذه الشروط لا تلزم من التزمها ولا يجب الوفاء بها،[3] وقد نوقش الاستدلال في الآيتين الكريمتين بشأن مخالفة الأحكام الشرعية مما يناقض ما ذهبوا إليه فالمقصود من الأحكام الشرعية بيان حكم المتعدي لحدود الله، وذلك ردعا وزجرا للعباد عن مخالفة الشرع وحكمه، وبهذا يبطل الاحتجاج بهاتين الآيتين.[4]

ب- من السنة: ما روت عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد)، ووجه الدلالة في الحديث إنما يدل على

---

[1] – فراج أحمد حسين، مرجع سابق، ص 452.

[2] – عدنان خالد الترماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشرق، الطبعة الأولى، د.ب.ن، 1991، 228.

[3] – سامي محمد أبو عرجة، مرجع سابق، ص 20.

[4] – نشوة العلاواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، لبنان، 2003، ص 95.

بطلان كل عمل ليس على طريقة الشرع، وبالتالي فإن كل شرط لم يدل على جوازه دليل معين ليس على طريقة الشرع، فإنه يكون مردودا لأنه باطل، ولأنه إذا ما تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها، يكونون قد أحلو أو حرموا غير ما شرع الله، وليس لأحد المؤمنين سلطة التشريع، وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا:(ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق)، ووجه الدلالة من الحديث أن كل شرط ليس في كتاب الله أي في شرعه فهو باطل وملغي.[1]

ج-من المعقول: إن العقود والتصرفات الشرعية لها مقتضيات وأحكام تترتب عليها بوضع الشارع وجعله، فليس للإرادة الإنسانية أن تتصرف في تغيير هذه الحدود والأحكام زيادة أو نقصانا، إلا بما يجيزه الشارع بدليل من عنده، نفيا لما قد يترتب على التوسع في الشروط من ظلم وغبن للمتعاقدين، وتجاوز حدود الحق، ونقص المقصد والغاية من العقد.[2]

إن أحكام ومقتضيات عقد الزواج هي ترتيب الشارع حسب المضيقين للاشتراط، وكل محاولة لتغيير ما جاء به الشارع باشتراط ما يعارضها غير جائز إلا بدليل، وقد رُدّ على هذا بأن دليل غير مسلم به لأن الشارع الحكيم أعطى للعاقد سلطانا كبيرا ومنحه حرية واسعة في انشاء تلك الأسباب، وترتيب ما يشاء من الاثار والالتزامات، وذلك بإيجابه الوفاء بالعقود والعهود على وجه العموم، وجعل سبحانه الرضا أساسا لنقل الحقوق واسقاطها، حيث يقتضي هذا أن نتيجة العقد وما يترتب عليه شرعا تابع لما يتراضى عليه العاقدان ويلزمان به أنفسهما، ما لم يكن في ذلك شيء من مخالفة لحكم الله ومناقضة لشرعه ودينه.[3]

ثالثا: تقييم الرأيين

إن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى التعارض في النصوص الشرعية الواردة فيها:

---

[1] – سامي محمد أبو عرجة، مرجع سابق، ص 20.

[2] – محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 186.

[3] – نشوة العلاواني، مرجع سابق، ص 98.

1- بالنسبة للقائلين بإباحة الاشتراط: واستدلالهم بقوله تعالى:(يَا أَيُهَا الذْينَ آمَنوا أُوفُوا بِالعُقُودْ)، بأن المراد في الآية الكريمة ما ذكرتم، وهو ما يلتزم به الناس بعضهم لبعض ويرتبطون به فيما بينهم من عقود وشروط، غير مسلم به بل المراد بها غير ذلك، وهو العهود التي أخذها الله تعالى على عباده بأن يأمنوا به، وطاعته فيما أحله لهم وحرمه عليهم، كما جاء أن العهود هي التي كانت تأخذ في الجاهلية على النصرة والمؤازرة على من ظلم، ويمكن أن يجاب على هذا القول بأن حمل الآية على خصوص العقود التي أخذها الله على عباده، أو التي عقدها أهل الجاهلية مخالف لظاهر الآية وما تدل عليه من العموم، فإن كلمة العقد في اللغة تطلق على الجمع بين أطراف الشيء وربطها، ويطلق على إحكام الشيء وتقويته، فعلى هذا يطلق على العهد والموثق، وعلى كل ما ينشأ التزاما ولا نعلم أن الشارع قد قصره على بعض معانيه دون البعض، وقد ورد في الآية مجموعا محلى باللام التي هي للاستغراق والعموم، فيكون ذلك شاملا لكل ما يعقده الانسان على نفسه ويلتزم به سواء كان ذلك لله تعالى أو لغيره من العباد.

أما فيما يخص استدلالهم بحديث (المسلمون على شروطهم)، فقد تم الرد على هذا الاستدلال بأن هذا الحديث غير صحيح إذ لم يخل أي طريق من طرقه من راو كذاب أو ضعيف، فقد رواه أبو داود والحاكم من طريق كثير ابن زيد، وكثير قد ضعفه النسائي ويحي بن معين، ورواه الترمذي عن طريق كثير ابن عبد الله، وقال فيه الشافعي "هو ركن من أركان الكذب"، وقال عنه النسائي "أنه ليس بشقة"، ولظهور ضعف الحديث حكم العلماء على تصحيحات الترمذي بأنها غير معتبرة لقوله في هذا الحديث أنه صحيح، وقال المعارضون لهذا الحديث أنه وحتى ولو كان صحيحا فإنه لا يصح للدلالة وهذا لسببين:

أن الشروط أضيفت للمسلمين، وهذه الشروط هي التي أباحها الله وأذن بها لهم، فما نهى عنها فليس من شروطهم، فيكون كل شرط لم يقم الدليل على جوازه وصحته منهيا عنه وباطلا فلا يحل اشتراطه ولا يجوز الوفاء به لقوله صلى الله عليه وسلم:(كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط).

ما جاء في الحديث قوله:(إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا)، فإنها حجة عليكم لا لكم فهي حرمت وأبطلت كل شرك يتضمن تحريم ما أباحه الله، أو إباحة ما حرمه الله، والشروط في جملتها لا تخل من ذلك، كشرط ألا يخرجها من دارها أو ألا يتزوج عليها، فإنه يحرم على نفسها ما أحله الله له، وإذا كانت كذلك فلا يجوز ولا يصح.

2-أما فيما يخص أصحاب القول بأن الأصل في الاشتراط هو الحظر: فقد وجهت لهم الانتقادات التالية: إن الآيتين الكريمتين ليس فيهما ما يدل على ما ذهبتم إليه، إذ هما واردتان في شأن يخالف ما شرعه الله، فيترك ما أمر به الله ويرتكب ما نهى عنه، كما يدل على ذلك كلمة "يعتدي" في الآيتين، فإن معناها مخالفة الشرع وكذلك يدل عليه سياق الآيتين، وإن هذا من الشروط التي لم يرد عن الشرع أي دليل معين يدل على تحريمها أو إباحتها، حتى يكون المشترط معتديا لحدود الله ومتجاوزا لشرعه.

وفيما يتعلق بحديث:(كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد)، فإنه لا يدل إلا على بطلان الشروط التي تخالف أمر الله وحكمه، إذ هي التي يصح فيها أن يقال إنها ليست من أمر المسلمين وطريقتهم، ونحن متفقين مع هذا. وأما الشروط التي لم يرد عن الشرع ما يدل على تحريمها وفسادها فلا يقال فيها ذلك، لأنها ليست فيها ما يخالف شرع المسلمين حتى إنها ليست على طريقتهم فيحكم بردها وبطلانها.

كما أنهم حملوا الشرط الذي نفاه عليه الصلاة والسلام وحكم ببطلانه، على الشرط الذي لم يرد نص عليه، وهذا غير مسلم به بل المراد بالشرط هنا الذي خالف حكم الله ورسوله بدليل قوله صلى الله عليه وسلم:(قضاء الله أحق وشرط الله أوثق).[1]

3-وللترجيح بين أقوال الفريقين: وما ورد عنهما من مناقشات جعلت العلماء أيضا يتخذون

مواقف مختلفة من هذه المسألة، فالإمام محمد أبو زهرة يتبنى الموقف الرافض لحرية الاشتراط بقوله: "لو أننا أخذنا بمذهب أحمد في الشروط المقترنة بعقد الزواج لكانت متأثرة بإرادة العاقدين

[1] – سامي محمد أبو عرجة، مرجع سابق، ص 23 25.

وبالتالي يذهب عن الحياة الزوجية ما يحيط بها من قدسية، ويقارب الزواج الإسلامي الزواج المدني الذي يعقد في المدن اللاهية اللاعبة في أوروبا".[1]

في حين يتبنى الأغلبية من العلماء طرح الحنابلة، ورجحوا هذا الرأي القاضي بالوفاء بالشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، ويجعلون الأصل في الاشتراط الاباحة للأسباب الاتية:

- عدم مخالة هذه الشروط للشرع.
- لأن في هذه الشروط مصلحة لأحد الزوجين أو لكلاهما.
- قوة الأدلة عند أصحاب هذا الرأي.

إذ لم يسلم أي دليل من أدلة المانعين للاشتراط من النقد، ولم يصلح دليل واحد ليكون ممسكا لهم فيما ذهبوا إليه، بينما القائلين بالإباحة قد سلم من أقوالهم ما يقوي ويثبت ما توجهوا إليه، وقد لاقى رأيهم قولهم قبولا واسع من العلماء لما فيه من يسر على الناس، وفي الأخذ به ما يمنع النزاع بين الزوجين ويساعد على تحقيق حياة زوجية مستقرة، ناهيك عن التوسعة على العباد خاصة في زماننا، لوجود شروط لم تكن موجودة في الأزمنة السابقة، ومما هو معلوم أن الشريعة الإسلامية تصلح لكل زمان ومكان.[2]

الفرع الثاني: مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد الزواج وأثرها على العقد

لم يتوقف الاختلاف الفقهي حول هذه المسألة عند حد الأصل في الاشتراط في عقد الزواج وإنما امتد ليشمل ما يصح وما يبطل من مشارطات، وكذا الأثر الذي يرتبه الشرط على العقد وفيما يلي سنوضح كل مذهب على حدى، مركزين على أهم ما يميزه عن بقية المذاهب في هذا الخصوص.

[1] – محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 188.

[2] – محمد أحمد سراج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 102.

أولا: مذهب الحنابلة

الشروط الصحيحة عند الحنابلة لا بد أن تتوفر فيها ثلاثة أمور:

- عدم وجود نهي الشارع.
- أن يحقق الشرط منفعة مشروعة.
- ألا يكون الشرط مخالف لمقتضى العقد.

وما عدا ذلك فإنها شروط غير صحيحة عند الحنابلة، والشروط على مذهب الحنابلة أوسع وأرحب فهم أجازوا الشروط التي سكت الشارع عنها طالما لا تتعارض مع مقتضى العقد، ويصح على مذهبهم اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو أن تشاركه عمله. وعليه فإن الحنابلة يقسمون الشروط في عقد الزواج إلى شروط صحيحة وأخرى غير صحيحة أو فاسدة.[1]

1-الشروط الصحيحة: هي التي تكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين ولم يرد من الشارع نهي عنها ووافقت مقتضى العقد، بحيث لا تخل بالمقصود منه،[2] وهي نوعان:

أ-النوع الأول: شروط يقتضيها العقد مثل شرط تسليم المرأة نفسها لزوجها، وشرط تمكينه من الاستمتاع بها، وشرط تسليمه المهر لها وتمكينها من الانتفاع به، وهذه الشروط كعدمها لأن العقد يقتضيها فلا حاجة لاشتراطها.

ب-النوع الثاني: هي شروط تكون فيها المنفعة لأحد العاقدين ولم تخل بالمقصود من عقد الزواج، مثل لو تشترط عليه ألا يتزوج عليها، أو تشترط ألا يخرجها من بلدها، أو أن تشترط أن يكون المهر من جنس معين ونحوها. أو أن يشترط أن تكون بكرا أو أن يشترط أن تكون بيضاء أو متعلمة أو نحوها. وهذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها، وفي حال عدم الوفاء بها يكون للعاقد الخيار في فسخ العقد إن شاء، ولا يسقط الحق إلا إذا أظهر العاقد الرضا بذلك

[1] – محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة، دار المعرفة الجامعية، مصر، 2005، ص 127.
[2] – أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 98.

وكلام الإمام أحمد ألا خيار له بهذه العيوب، لأن النكاح لا يرد فيه بمخالفة الشرط كما قال ابن قدامة.[1]

وبذلك فإن الحنابلة يثبتون على العموم حق الفسخ لصاحب الشرط عند عدم الوفاء به، لأنه لم يرضى بالعقد إلا باعتبار الشرط، فإذا انتفى الشرط فات الرضا، وهو أمر لابد منه في حالتي الابتداء والبقاء عندهم.[2]

2-الشروط غير الصحيحة (الفاسدة): الشرط غير الصحيح عند الحنابلة هو الذي ورد النهي عنه بخصوصه، أو كان مناقضا لمقتضى العقد أو مخل للمقصود الأصلي منه، كاشتراط المرأة أن يطلق ضرته، فإنه ورد النهي عنه في الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم: (لا تسأل المرأة الطلاق اختها لتكفأ ما في إنائها)، واشتراط أن يتوارثا مع اختلاف الدين للحديث: (لا يتوارثوا أهل ملتين).[3]

وعليه فإن أثر هذه الشروط على العقد تكون على صورتين:

أ-النوع الأول: شروط غير صحيحة أي فاسدة لكن لا تفسد العقد، وهي الشروط التي تسقط حق يجب بالعقد في النكاح، من ذلك أن يشترط الرجل على المرأة ألا مهر لها، أو ألا ينفق عليها، أو يقسم لها أقل من قسم ضرتها أو أكثر، أو أن تستدعيه للوطء عند إرادتها، أو ألا تسلم نفسها إليه لمدة كذا. ويرى الحنابلة أن هذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد، ولأنها تتضمن اسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده.

---

[1] – سامي محمد أبو عرجة، مرجع سابق، ص 33.

[2] – محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998، ص 104.

[3] – بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ن، ص 156.

أما عقد النكاح في نفسه فهو صحيح، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به، فلم تبطله؟ كما لو اشترطت في العقد صداقا محرما، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد.[1]

ب-النوع الثاني: شروط غير صحيحة أي فاسدة تفسد العقد وتبطله، وهي تلك الشروط التي ورد النهي عنها في الشرع بنص مخصص، والتي قد تتناقض مع مقتضى العقد كأن كانت تنقص الحقوق والواجبات التي تعدّ من النظام الشرعي في النكاح، مما يؤدي لإبطال النكاح في أصله. وقد حصر الحنابلة هذه الشروط في سبعة فقط هي:

أن يشترطا تزويج بنتيهما بدون صداق "نكاح الشغار"، أو أن يشترطا الزواج لمدة معينة "نكاح المتعة أو المؤقت"، تحليلها لزوجها المطلق ثلاثا "نكاح المحلل"، أن يتزوجها على شرط ألا تحل له، أن تشترط أن يطلقها في وقت معين، أو أن يشترطا أو يشترط أحدها الخيار في العقد. أو إذا اشتراطا أو أحدها شرطا مستقبليا غير المشيئة، مثل زوجتك إذا جاء يوم الجمعة أو إذا جاء الغد. وهذه هي الشروط التي تفسد العقد فتبطله.[2]

ثانيا: مذهب المالكية

عندهم الشروط التي تقترن بعقد الزواج إما شروط صحيحة وإما شروط فاسدة:

1-الشروط الصحيحة: يعد الشرط في عقد الزواج صحيحا عند المالكية إذا جاء موافقا لمقتضى العقد، أو إذا كان لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وفيه مصلحة لأحد الطرفين.

أ-فأما الشرط الذي يقتضيه عقد الزواج: هو الشرط الذي يعمل به ولم يشترط في عقد الزواج لأن ظاهره الصحة، واشتراطه ما هو إلا تأكيد له، فوجوده كعدمه ومن ذلك شرط الزوج لزوجته أن ينفق عليها أو يكسوها، أو يبيت عندها، أو يقسم لها، أو لا يؤثر عليها. وكل ذلك

---

[1] – أحمد الشامي، قانون الاسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 127.

[2] – ابن قدامة، المعنى الكبير، الطبعة الأولى، الجزء التاسع، القاهرة، 1996، ص 296.

جائز لا يوقع خلل في العقد لقوله تعالى: (وَعَاشِرُوهُنُ بِالمَعْرُوفْ) النساء19، ولا يكره اشتراطه بل إنه حكم به سواء شرط أو ترك.[1]

ب-أما الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج: ولا ينافيه وفيه مصلحة للعاقد، فهذا الشرط كما يقول الشاطبي هو: "مكمل لحكمة المشروط وعاضد لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على الحال وهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا، لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكما".[2] ومن الشروط التي يعتبرها المالكية محققة لمصلحة أحد العاقدين في عقد الزواج هي مما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، أن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها، فإن النكاح مع هذا الشرط ولا يفسخ قبل أو بعد الدخول، ولا يلزم الوفاء بالشرط لما فيه من التحجير، فهذه الشروط صحيحة لكنها مكروهة لما فيها من تضييق على الزوجين، فإذا لم يفي بها فلا شيء عليه، أي لا يفسخ العقد ويبطل الشرط،[3] لأن الوفاء هنا مستحب وليس واجب، وهذا ما لم يكن الزوج قد التزم تلك الشروط بيمين، فالتزامه تلك الشروط بيمين فإنه إن خالف ما حلف لها عليه، فعليه حنث لكن لا يحكم عليه بالكفارة.[4]

2-الشروط الفاسدة: هي الشروط التي تناقض مقتضى العقد وتتنافى مع المقصود من عقد الزواج، بمعنى أنها تنفي حكم من الأحكام المترتبة عنه، ورأى المالكية بطلان هذا النوع من الشروط فهي غير ملائمة لمقصود المشروط ولا مكملة لحكمته، وهذا القسم لا إشكال في إبطاله لأنه مناف لحكمة السبب، فلا يصح أن يجتمع معه.[5]

ومن أمثلة الشروط الباطلة المناقضة لمقتضى عقد لزواج عند المالكية أن يشترط الرجل على المرأة ألا يقسم لها، أو ألا ينفق عليه، أو لا يعطيها ولدها إن حصل الفراق بينهما، أو لا

---

[1] – أحمد الشامي، مرجع سابق، ص 120.

[2] – الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، المجلد الأول، الجزء الأول، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن، ص 262.

[3] – أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 21.

[4] – أحمد الشامي، مرجع سابق، ص 122.

[5] – الشاطبي، مرجع سابق، ص 263.

يأتيها إلا ليلا، أو لا يطأها إلا نهارا، أو اشترطت عليه أن ينفق على ولدها، أو على أن أمرها بيدها متى شاءت، أو على أن الطلاق بيد غير الزوج أبوها مثلا. فهذه الشروط وغيرها لا يجوز اشتراطها في عقد النكاح ومقتضاه، ومقتضاه تأبد المواصلة واستكمال ملكه على منفعة البضع فلا يجوز أن يشترط ما يمنع ذلك.[1]

واختلف المالكية في أثر هذه الشروط إن وقعت في عقد النكاح، فقيل يفسخ قبل الدخول وبعده لأن هناك شروط تناقض العقد كشرط النكاح لأجل، أو أن يذكر في العقد مدة فهذه الشروط تبطل العقد.

أما المشهور عن المالكية أنهم فرقوا بين إن كان الشرط قبل الدخول أو بعده، وعليه إن وقع شرط منها فسخ العقد قبل الدخول، أما إن دخل بها مضى العقد وألغي الشرط وبطل المسمى ووجب للمرأة مهر المثل.[2]

ويختلف المالكية مع الحنابلة في الشروط التي لا تكون من مقتضى العقد ولكنها لا تنافي حكم من أحكام الزواج، مثل اشتراط المرأة على الرجل ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من بلدها مثل هذه الشروط يعتبرها الحنابلة صحيحة ويلزم الوفاء بها، أما المالكية فعندهم هذه الشروط مكروهة ولا يلزم الوفاء بها. كما يختلف المالكية عنهم أيضا في أن مصير العقد المقترن بالشرط الباطل يختلف باختلاف زمانه إذا ما حصل قبل أو بعد الدخول.[3]

ثالثا: مذهب الحنفية

قالوا إذا اشترط أحد الزوجين في عقد النكاح شرطا، فإذا كان من مقتضى العقد ينفذ بطبيعته وإلا بطل الشرط وصح العقد. والشروط التي من مقتضى العقد مثل أن يشترط خلوها من الموانع الشرعية، فلو قال لها تزوجتك على ألا تكوني زوجة لغيري أولا تكوني في عدته، أو أن لا خيار

[1] – أحمد الشامي، مرجع سابق، ص 124.

[2] – عبد القادر الدوادي، أحكام الاسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص 149.

[3] – أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 22.

لك، أو على أن ينفق عليها، أو على أن تسلم نفسها فإن هذا العقد صحيح بطبيعته ونافذ، ويرون أن الشروط الصحيحة هي أربعة أنواع وما عداها فهي شروط باطلة أو فاسدة.[1]

1-الشروط الصحيحة: وهي أربعة أصناف:

أ-الشروط التي يقتضيها العقد المطلق: وذلك بأن يكون موجبه حكما من أحكام العقد وأثرا من آثاره، كاشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو أن يعطيها مهرا أو أن يحسن إليها وكاشتراطه أن تدخل في طاعته وهذه كلها يقتضيها العقد وثابتة ولو لم يشترطها أحدهما.

ب-الشروط التي تلائم العقد وتأكد مقتضاه: مثال أن تشترط الزوجة أن يكون والد الزوج ضامن للمهر أو للنفقة، فإن الضمان يؤكد الحصول على المهر أو النفقة، وكلاهما يقتضيه العقد ويوجبه.

ج-الشروط التي أجازها الشارع وأجب مراعاتها: وإن لم تكن من مقتضى العقد أو مؤكدة له، مثل شرط تأجيل المهر.

د-الشروط التي جرى العرف بها: والأصل في التشريع اعتبار العرف الصحيح، فإذا جرى العرف بتعجيل نصف المهر مثلا واشترطته الزوجة كان لها ذلك، ومثاله أيضا أن يقوم بنفقة العرس وبشراء جزء من الأثاث إذا قضى العرف بذلك.[2]

2-الشروط الباطلة: هي ما خرجت عن الأصناف الأربعة السابقة، فالشرط الباطل هو ذلك الشرط الذي يكون مناقضا لمقتضى العقد ولا يجيزه الشارع، كأن يشترط الرجل على المرأة ألا يدفع لها صداقها، أو لا ينفق عليها، أو ألا تنجب أولادا، وأن تشترط المرأة طلاق ضرتها.

---

[1] – جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 151.

[2] – بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 155.

أو ألا يتوارثا،[1] فمثل هذه الشروط لا يجب الوفاء بها لأنه منافية لمقتضى العقد، كما أنه لا تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فلم يصح.

ويرى الأحناف أن مصير الشروط المناقضة لمقتضى عقد الزواج، والمنهي عنها شرعا البطلان في حين يبقى العقد صحيحا مرتبا لكافة اثاره، بمعنى أنه لا تأثير على الاطلاق لهذه الشروط الباطلة على صحة العقد كأصل عام، ما لم يرد نص يقضي ببطلان الشرط والنكاح كما هو الحال بالنسبة لنكاح المتعة، فالحنفية استقروا على عدم وجوب الوفاء بكافة الشروط غير الصحيحة، وعلى عدم تأثيرها على العقد رغم بطلانها.[2]

رابعا: مذهب الشافعية

يقسم الشافعية الشرط في عقد الزواج إلى نوعين، شرط صحيح وشرط باطل وهي كالآتي:

1-الشرط الصحيح: وهو الشرط الذي يوافق مقتضى عقد النكاح، والشروط الجائزة عندهم هي كأن يشترط أن يتزوج عليها، أو يسافر بها، أو يطلقها إن شاء. أو تشترط عليه أن يقسم لها مع نسائه، أو أن يوافيها صداقها وينفق عليها.[3]

والشرط الصحيح عند الشافعية ثلاث صور:

أ-الشروط الموافقة لمقتضى العقد: وهي مثل أن تشترط الزوجة أن ينفق عليها، أو يشترط ألا تخرج إلا بإذنه.

ب-الشروط التي لا توافق مقتضى العقد: ولكن لم يتعلق بها غرض أو منفعة تقصد في عرف الناس، كشرط ألا تأكل كذا، وألا تلبس إلا كذا ونحوها.

---

[1] – محمود سمير عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 126.

[2] – أحمد الشامي، مرجع سابق، ص 120.

[3] – أحمد الشامي، المرجع نفسه، ص 122.

ج-الشروط التي تخالف مقتضى العقد ولم تخل بمقصده الأصلي: وهو الوطء، ولكن في اشتراطها مصلحة تعود على أحد العاقدين أو كلاهما، كأن تشترط عليه ألا يتزوج عليها أو أن تشترط عليها ألا نفقة لها، أو أن تشترط عليه ألا يخرجها من بلدها.

فهذه الأقسام الثلاثة لا أثر لها في العقد، لأنها تؤدي إلى فساد الصداق، وهو لا يؤثر في العقد، ولعدم إخلال هذه الشروط بمقصود النكاح وهو الوطء، غير أن القسم الثالث يصح معه العقد ويبطل الشرط.[1]

2- الشروط الباطلة: هي الشروط التي تخالف مقتضى العقد، كاشتراطها ألا يطأها أو اشتراطه ألا ينفق عليها أو ألا يتوارثا، فهذه الشروط تخل بالعقد ومقاصده، كما لا يصح العقد إذا تمت إضافة العقد إلى زمن المستقبل، أو علقه على شرط، كمن قال إذا جاء رمضان فقد زوجتك ابنتي فقال الزوج قبلت، فهذا العقد لا يصح لأن العقد يجب أن يكون منجزا تترتب اثاره في حين انشائه، واضافته إلى زمن مستقبل أو تعليقه على شرط يتنافى مع صفة التنجيز، كما أنهم يعارضون شرط الخيار ويقولون ببطلان العقد المشتمل على هذا الشرط، لأن الأصل في الزواج اللزوم.

ويقسم الشافعية الشروط الباطلة إلى قسمين، شروط مخالفة لمقتضى العقد، وشروط تخالف المقصود الأصلي للنكاح بمعنى تحظر ما اباح الشارع، ويختلف أثرها على العقد باختلاف أنواع هذه الشروط الباطلة.

أ-بالنسبة للنوع الأول: أي الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج، فحكم هذه الشروط البطلان، لكن هذا البطلان لا تأثير له على عقد الزواج.

ب-بالنسبة للنوع الثاني: أي الشروط المخالفة للمقصود الأصلي للنكاح، فهي شروط باطلة مبطلة لعقد الزواج.[2]

---

[1] – سامي محمد أبوعرجة، مرجع سابق، ص 31.

[2] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، الطبعة الرابعة، دمشق، 1997، ص 612.

المطلب الثاني: بعض النماذج للمشارطات في الفقه الإسلامي

إن أراء الفقهاء المسلمين كانت غزيرة بشأن مسألة الاشتراط، فينأى كل مذهب برؤية محدد حول صحة وبطلان الشروط، وكذا أثرها على العقد.

وتجسد هذا الاختلاف أيضا في بعض التطبيقات العملية للشروط في عقد الزواج، سواء كان هذا الشرط مقترنا بعقد الزواج، أو كان شكلا من زواج أخذ وصفا معينا بسبب اقترانه بالشرط. وهذا ما سنتطرق إليه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: بعض النماذج للشروط في عقد الزواج

إن نماذج الشروط المقترنة بعقد الزواج لا يمكن حصرها، فالزيجات لا يمكن إحصاءها والشروط تختلف وتتعدد بتعدد الثنائيات الزوجية، لكن سنحاول من خلال هذا الفرع أن نعرض عينة من بعض أهم الشروط المقترنة بعقد الزواج، وأكثرها شيوعا في الفقه الإسلامي.

أولا: اشتراط صفة معينة في أحد الزوجين

لقد أعطى الفقه الإسلامي للزوجين الحق في جملة من الخيارات العقدية من بينها خيار الفسخ للعيب، وبالأخص فقهاء الظاهرية الذين قالوا بفسخ العقد سواء قبل الدخول أو بعده إذا تبين خلاف الشرط، ويضاف إلى ذلك خيار الفسخ لتخلف الوصف الذي يشترطه أحد الزوجين في الاخر، كأن يشترط الرجل في المرأة أن تكون بكرا، أو أن تكون غنية أو جميلة. وفي المقابل قد تشترط الزوجة صفات معينة في زوجها، فما أثر تخلف هذه الشروط على عقد الزواج؟ وهل يمتلك المتعاقد المشترط حق الفسخ إذا تخلف الشرط؟

لقد أختلف الفقهاء حول جواز ثبوت خيار الفسخ لدى تخلف الوصف في النكاح، فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه إذا اشترطت الزوجة صفة معينة في الزوج كالجمال والنسب أو أن

يكون غنيا أو ذا حرفة معينة، وتبين أنه بخلاف ذلك فالعقد صحيح والشرط باطل، ولا تملك الزوجة خيار الفسخ.[1]

وذهب رأي اخر إلى القول بثبوت الخيار للزوج في فسخ النكاح لتخلف الوصف، وهذا هو ظاهر مذهب الإمام مالك وبعض فقهاء الشافعية، بينما يرى الحنابلة بأنه متى تزوجت امرأة رجلا واشترطت فيه وصفا معينا، وظهر خلاف ذلك فلا خيار لها في الفسخ إلا في شرطي الحرية والنسب.[2]

أما إذا كان الشرط من قبل الزوج، كما لو اشترط أن تكون الزوجة جميلة، أو متعلمة أو ذات بشرة بيضاء، فظهرت الزوجة على غير المشترط، يحق للزوج طلب فسخ النكاح، وإذا وقع الفسخ قبل الدخول فلا تستحق المرأة المهر، وإذا كان بعد الدخول فلها المهر.[3] وفي هذا يقول ابن تيمية: "وأما إذا ما اشترط السلامة أو الجمال فبانت شوهاء، أو شرطها شابة حديثة السن فبانت عجوز شمطاء، أو شرطها بيضاء فبانت سوداء، أو بكرا فبانت ثيبا، فله الفسخ في ذلك كله، فإن كان قبل الدخول فلا مهر، وإن كان بعده فله المهر وهو غرم على وليها إن كان غره، وإن كانت هي الغارة سقط مهرها أو رجع عليها به إن كانت في قبضته". بينما قال الحنفية والشافعية بعدم ثبوت خيار الفسخ للزوج مطلقا حتى ولو تخلف الوصف الذي اشترطه، لأنه يملك فراقها بالطلاق.[4]

ثانيا: اشتراط المرأة عدم الزواج عليها

ويثير هذا الشرط جدلا كبيرا نظرا لارتباطه بمبدأ هام أقرته الشريعة الإسلامية، وهو مبدأ تعدد الزوجات. فمن الفقهاء من يرى أن هذا الشرط فاسد ومخالف للشرع، فكيف يسمح الرجل

[1] – محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، لبنان، 1977، ص 158.

[2] – علي محمد قاسم، مرجع سابق، ص 91.

[3] – رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص 478.

[4] – علي محمد قاسم، مرجع سابق، ص 98.

بأن تمنعه مما أحله الله له، فيما يرى البعض الآخر أنه جائز فهو حق للزوج والحق يجوز التنازل عنه.[1]

فالرأي الأول هو الاتجاه المانع لتعدد الزوجات اتجه إليه الفقهاء المحدثين، إذ ذهبوا إلى القول بعدم إباحة التعدد، ومن ثمة ضرورة منعه وهذا لأنهم تناولوا ظاهر الآيات القرآنية التي وردت بشأن التعدد في الآيتين 3 و129 من سورة النساء حيث يقول عز وجل: (فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِسَاءِ مَثْنَى وَثَلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَ) النساء3، فهذه الآية تبيح التعدد شريطة العدل بين الزوجات فحين جاء في الآية 129 قوله تعالى: (وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا وَلَو حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَ المَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالمُعَلَقَة) النساء129، فكما يزعمون أن العدل بين الزوجات مستحيل، وعلى هذا الاعتبار فإن التعدد مشروط بأمر مستحيل القيام به وبالتالي فهو ممنوع.

أما الاتجاه الثاني فهو الاتجاه المقيد لتعدد الزوجات ويرى هذا الاتجاه أن التعدد مباح، إلا أن الأصل الطبيعي في الزوجية الوحدة، ولا يلجأ إلى تعدد الزوجات إلا لضرورة ملجئة، بمعنى أن التعدد ما هو إلا استثناء من الأصل إذ جاء في تفسير المنار ما يلي " إن من تأمل الآيتين يجد أن إباحة تعدد الزوجات في الإسلام أمر مضيق أشد التضييق، كأنه ضرورة من الضروريات التي تباح لمحتاجها، بشرط الثقة بإقامة العدل والأمن من الجور، وإذا تأمل المتأمل مع هذا التضيق، وما يترتب على التعدد في هذا الزمان من مفاسد، جزم بأنه لا يمكن لأحد أن يربي أمة فشا فيها التعدد"، فهذا الاتجاه يقول بإبطال الاباحة لتحقق شيئين هما: غياب عدل الزوج بين زوجاته، أو إذا غلبة سوء معاملة الرجال لزوجاتهم عند التعدد أو حرمانهن من حقوقهن في النفقة والراحة.

فيما ذهب الاتجاه الثالث إلى القول بالإباحة المطلقة لتعدد الزوجات، ويتبنى هذا الرأي الفقهاء القدامى، واستدلوا في ذلك من القرآن الكريم من الآيات السابق ذكرها، واستخلصوا منها شروط شرعية لإباحة التعدد، من ذلك أن يكون العدد مقصورا على أربعة زوجات والعدل بينهن

[1] – رشدي شحاتة، مرجع سابق، 514.

إذ لا يسمح بالتعدد إلا عن الوثوق من العدل، فاليقين من وقوع الظلم واستحالة العدل يحرمه وما على ارجل إلا الإبقاء على زوجة واحدة مصداقا لقوله تعالى : (فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانَكُمْ) النساء3، وينصرف العدل هنا إلى ضرورة التسوية بين الزوجات في الأمور المادية المستطاع العدل فيها، من نفقة ومبيت والتي يطلق عليها الفقهاء "القسم"، دون التسوية في الميل القلبي باعتبار أن الرجل لا يستطيع التحكم فيه،[1] إلا أن الله سبحانه وتعالى حث الأزواج على التقوى في معاملة زوجاتهم والعدل فيما يملكه الزوج ويستطيع التحكم فيه على الأقل واجتناب المبالغة في التفرقة إلى درجة الاعراض عن إحداهن حتى تصبح كالمعلقة لا هي متزوجة متمتعة بحقوقها الزوجية، ولا هي بالمطلقة ليس لها حق اتجاه مطلقها. أما شرطهم الثالث فهو القدرة على الإنفاق، إذ يعد هذا الشرط عندهم من أهم شروط إباحة التعدد، والذي يرتبط أشد الارتباط بشرط العدل، إذ يتعين على الرجل أن تكون له القدرة المالية التي يستطيع بها أن يوفر النفقة لكل زوجاته.

ويبدوا أن الرأي الراجح هو ذلك القائل بالإباحة ذلك أن العدل المشروط في أية إباحة التعدد هو غير العدل المحكوم باستحالة في الآية الثانية، فالعدل في اية التحليل هو العدل المادي أما العدل المحكوم باستحالة تحققه هو الميل العاطفي والقلبي، وبهذا يتبين لنا فساد رأي من فسر العدل في الآيتين بمعنى واحد، ليصل إلى نتيجة توافق هواه بعيد عن مقصد الشارع.[2]

أما فيما يخص اشتراط المرأة عدم الزواج عليها قد انقسمت الآراء الفقهية حول صحة هذا الشرط إلى فريقين:

الفريق الأول هو جمهور الفقهاء، إذ أنهم ذهبوا إلى القول إنه ليس للزوجة أن تشترط في عقد الزواج ألا يتزوج عليها، وإن اشترطت فالعقد صحيح والشرط باطل وله مهر المثل، واستدلوا على قولهم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)

[1] – لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2014، ص 119.

[2] – صالح بوشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري دراسة تحليلية ونقدية في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة المعيار، العدد، الجزائر، 2004، ص 124.

ووجه الدلالة أن هذا الشرط ليس في كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيه، لذلك فهو باطل. وقوله أيضا: (المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو أحرم حلالا)، وهذا الشرط يحرم الحلال وهو التزويج، ولأن هذا الشرط ليس من مصلحة العقد ولا من مقتضاه فكان فاسدا كما لو اشترطت ألا تسلم نفسها.

والفريق الثاني فهو مذهب الحنابلة، الذين قالو أن للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها، وإن اشترطت عليه ذلك في عقد الزواج صح الشرط ولزم، وكان لها حق فسخ الزواج أذا لم يف لها بالشرط، واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحلا حراما أو حرم حلالا)، وهذا الحديث حسبهم يدل على أن الأصل في الشروط الصحة حتى يقوم الدليل الشرعي على البطلان، ولا دليل على بطلان هذا الشرط، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم : (أحق ما أوفيتم به من الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج)، ويدل الحديث على وجوب الوفاء بجميع الشروط المقترنة بعقد الزواج، إذا كانت لا تنافي ما يقتضيه العقد وهذا الشرط لا ينافي ما يقتضيه العقد.[1]

كما أن شرط عدم التعدد قد يرتبط بشرط اخر وهو شرط طلاق الضرة، فالمعروف في القول المشهور أن التعدد كالثلج على قلوب الرجال كالنار على قلوب النساء، فرغبة المرأة في الاستئثار بزوجها قد تدفعها إلى اشتراط طلاق ضرتها، فرأى جمهور الفقهاء أنه لا يجوز للمرأة أن تشترط مثل هذا الشرط، وأن تزوجها على هذا الشرط فلا يصح الشرط والعقد صحيح، واستدلوا من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم : (لا يحل للمرأة أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها ولتنكح فإنها لها ما قدر لها)، اما الحنابلة فقالوا بجواز الشرط، وإن فات طلاقها كان لها الخيار في الفسخ ما دام الشرط فيه مصلحة لها.[2]

[1] – جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، مصر، 2009، ص 111.

[2] – محمد سامي أبو عرجة، مرجع سابق، ص 43.

ثالثا: شرط اسقاط المهر

إن المهر هو وسيلة لإثبات رغبة الرجل في المرأة واستعداده للإنفاق عليها، فهو علامة خاصة بالنكاح الشرعي ولا خلاف بين الفقهاء في أحقية المرأة في قبضه، والتصرف فيه كما تشاء.

لكنهم تنازعوا في النكاح إذا شرط فيه نفي المهر، فهل يصح النكاح في هذه الحالة؟

فالمالكية قالوا بأن النكاح يبطل، أما الحنفية والشافعية فيقولون بصحته ووجوب مهر المثل والأولون يقولون هو نكاح الشغار الذي أبطله النبي صلى الله عليه وسلم لأنه نفي المهر وجعل البضع مهرا، وهذا تعليل أحمد ابن حنبل في غير موضع من كلامه، وهذا تعليل أكثر قدماء أصحابه.

وتنازعوا أيضا في انعقاد النكاح مع المهر بلفظ "التمليك "،"الهبة"، وغيرها. فيجوز ذلك عند الجمهور كمالك وأبي حنيفة، وعليه تدل نصوص أحمد وكلام قدماء أصحابه. ومنعه الشافعي وأكثر متأخري أصحاب أحمد، كابن حامد ومن تبعهم، ولم أعلم أحدا قال هذا قبل ابن حامد من أصحاب أحمد.

والمقصود هنا أن الله تعالى لم يخص رسوله صلى الله عليه وسلم إلا بنكاح الموهوبة لقوله: (وَامْرَأَةٌ مُؤمِنَةٌ إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَبِيْ إِنْ أَرَادَ النَبِيْ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ المُؤْمِنِينَ) الأنبياء 37، فدل ذلك على أن سائر ما أحله الله لنبيه صلى الله عليه وسلم حلال لأمته، وقد دل على ذلك قوله تعالى : (فَلَمَا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى المُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوا مِنْهُنَ وَطَرًا) الأحزاب 52، وبذلك اتفق الفقهاء العلماء على أن شرط

اسقاط المهر شرط باطل،[1] لأنه يمس بالأركان والشروط التي تدخل في تكوين ماهية الزواج وهذا يجعل منه شرطا منافيا لأصل التشريع في الزواج، وماسا بإحدى مقتضيات النكاح.[2]

رابعا: اشتراط السكن المنفرد

الانتقال إلى منزل الزوجية والقرار فيه هي وظيفة المرأة الأساسية في الأسرة، وهي لا تتحقق إلا بالانتقال إلى منزل الزوجية والعيش هناك، حتى تمارس حقها في مواجهة الزوج، وتؤدي واجباتها التي عليها اتجاهه، وتقوم بوظائفها في رعاية الأسرة وإنجاب الأولاد وتربيتهم. ولا يتحقق هذا الانتقال إلا بعد أن يهيئ الزوج المسكن الشرعي الملائم بمواصفات معينة قد تمليها هي عليه، ومن بين هذه المواصفات أن يكون السكن خاصا بها.[3] فنفقة الزوج على زوجته واجبة ومن النفقة إيجاد المسكن الصالح لها، والذي يعد من أهم الحقوق ومن أهم مستلزمات الحياة الزوجية فهو المحل الذي يؤوي إليه الزوجان ليجدا مستقرهما، فهو حق ثابت بالشرع ومن ثمة فإن اشتراطه في عقد الزواج من باب التأكيد ليس إلا.

ويقصد بشرط السكن المنفرد، إلزام المرأة بموجب شرط يتم إدراجه في عقد الزواج الزوج بإعداد محل معين ومخصص لإقامتها، بصفة مستقلة دون أن يشاركها فيه أهله أو ضرتها ويصنف هذا الشرط أنه من مقتضيات عقد الزواج فهو لا ينافي العقد ولا يخالف الشرع.

لقد أجمع الفقهاء على أحقية الزوجة في مسكن مستقل عن ضرتها، فهم جميعا يشتركون في مسألة معارضة اشتراك زوجتين في مسكن واحد، ذلك أن اسم "الضرة" مشتق من المضارة المنهي عنها، إذ بمجرد وجود الضرة في المنزل يثير في نفس المرأة عوامل الغير والبغضاء ويؤذيها في شعورها، كما أن استقلال كل واحدة منهما في مسكن عن الأخرة من الحقوق المقررة لهما.

---

[1] – ابن تيمية، تحقيق ابن محمد عبد القادر عطا، أحكام الزواج، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص 17.
(تقي الدين ابن تيمية ولد سنة 661 هـ وتوفي سنة 728هـ)

[2] – أحمد الشامي، مرجع سابق، ص 123.

[3] – محمود سمير عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 194.

أما عن استقلالها عن أهل الزوج، فيعد هذا من الشروط المختلف بشأنها بين الفقهاء، نظرا لأن مكانة الأبوين تعلو فوق كل مكانة أخرى، خاصة عند عجزهما أو عدم وجود من يكفل رعايتهما، فيذهب الشافعية إلى أنه يجوز للمرأة أن تشترط سكن مستقل عن أهل الزوج حتى ولو كانا أبويه، باعتبار أن المسكن حق من حقوقها وسكنى الغير حتى ولو كان أقرب الناس قد يحد من حريتها، لأنها قد لا تأمن وجودهم على متاعها وقد يمنعها وجودهم من معاشرة زوجها. أما الحنابلة فيقولون بجواز هذا الشرط، أما إذا لم يستطع الزوج توفيره فلا يلزمه ذلك. أما الحنفية فيرون جواز هذا الشرط إذ اشترطته الزوجة مخافة الأذى والضرر، فيما يفرق المالكية بين إذا كانت الزوجة شريفة ذات قدر، وبين الوضيعة. فإذا كانت شريفة كان لها الحق في أن تمتنع عن السكن مع أقارب الزوج حتى ولو كان أبويه في بيت أو شقة واحدة، وهنا يستثنون حالة ما إذا كان الزوج قد اشترط إبتداءا عند عقد الزواج إسكان الزوجة مع أقاربه، ففي هذه الحالة لا يحق لها أن تعارض سكنها مع أقاربه، إلا إذا نتج عن الإسكان إضرار بها كالمشاجرة مع أهله، وله أيضا الامتناع عن السكن معهم حتى ولو لم تشترط ووقع فيما بعد ضرر كالاطلاع على عوراتها من طرف أهله، مع مراعاة حال الأبوين دائما.[1]

وقد أجمع الفقهاء على المواصفات التي تجعل من السكن المنفرد سكنا شرعيا من ذلك:

- أن يكون المسكن يحتوي على باب له غلق، وأن يكون محتويا على كل المرافق الضرورية كالحمام والمطبخ والغرف، سواء كان ملكا أو إيجارا.
- أن يكون المسكن بين جيران صالحين تأنس بهم الزوجة، وتأمن فيه على نفسها وأموالها، فإذا كان منقطعا عن الجيران تخاف فيه الزوجة عن نفسها أو متاعها، وجب على الزوج ليكون المسكن شرعيا أن ينقلها إلى مسكن اخر.[2]
- أن يكون المسكن في محل إقامة الزوج وهذا حتى يتحقق القصد من المساكنة.

[1] – لعريبي إيمان، مرجع سابق، ص 105.

[2] – أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 312.

- أن يكون السكن ملائم، واختلف الفقهاء بشأن إعداد مسكن الزوجية فالبعض يرى أنه يجب مراعات حال الزوجة وهو رأي الشافعية، في حين ذهب اخرون إلى القول بأنه يجب مراعاة حال الزوج وقد انتهج هذا المسلك البعض من فقهاء الشافعية، في حين ذهب الجمهور إلى القول بمراعاة حال الزوجين معا عسرا ويسرا، وهو الرأي الراجح.[1]

الفرع الثاني: بعض النماذج للأنكحة المقترنة بالشروط

قد يقترن الشرط بعقد الزواج فيؤثر فيه على نحو معين، فلا يكون عقد الزواج كذلك إلا إذا دخل عليه ذلك الشرط، مما أذى إلى ظهور صور لبعض الأنكحة المقترنة بالشرط، شدت إليها انتباه الفقهاء وحازت على حيز مهم من دراساتهم كأشكال مميزة من الأنكحة، ومن خلال هذا الفرع سنحاول أن نوضح هذه الصور.

أولا: زواج المتعة

إن نكاح المتع هو أحد نماذج الأنكحة المقترنة بالشرط، بحيث يقترن بشرط التأقيت والبضع مقابل المال، وهذا الضرب من النكاح عرفه الفقهاء بنكاح المتعة اشتقاقا من المتاع، بأن تتزوج امرأة تتمتع بها أياما ثم تخلي سبيلها، وسميت متعة لاستمتاعه بها أو تمتعه بها لما يعطيها وعلى كلا المعنيين فالمتعة تدور حول معنى التلذذ والانتفاع، ولما كان نكاح التأقيت ليس المقصود به ديمومة النكاح واستمراره، بل مجرد التلذذ والانتفاع وإرواء الغريزة الجنسية سمي نكاح متعة وهو نكاح لا ميراث فيه والفرقة تقع عند انقضاء الأجل من غير طلاق، وعرفه الشيخ محمد الحامد بقوله: "هو أن ينكح الرجل المرأة بشيء من المال مدة معينة، ينتهي النكاح بانتهائها بغير طلاق، وليس فيه وجوب النفقة والسكن، وعلى المرأة استبراء رحمها بحيضتين، ولا توارث يجري بينهما إن مات أحدهما قبل انتهاء النكاح"، ويمكن من خلال التعريف أن نستنتج أن المتعة تخالف النكاح الشرعي فيما يلي:

- المتعة مؤقتة بزمن، بخلاف النكاح الشرعي فإنه نكاح مؤبد لا تنفك عقدته إلا بالطلاق ونحوه.

[1] – لعريبي إيمان، مرجع سابق، ص 108.

- أن المتمَتع بها لا ترث المتمتع إن مات خلال زمن التمتع، بخلاف النكاح الشرعي فإن الزوجة ترث زوجها مالم يقم بها مانع من موانع الإرث المعروفة.
- أنه لا طلاق يلحق المرأة المتمتع بها، بل تقع الفرقة بانقضاء المدة المتفق عليها بخلاف النكاح الشرعي، فإنه لا يطوي قيد عصمته إلا بالطلاق وما جرى مجراه.
- أن الولي والشهود ليس شرطي صحة فيها بخلاف النكاح الشرعي.
- أن للمتمتع التمتع بأي عدد شاء عند المجيزين، بخلاف النكاح الشرعي فإنه لا يجوز الجمع بين أكثر من أربعة.[1]

فهو أن يعقد الرجل عقدا مع امرأة بلفظ المتعة، وهو أصل الاختلاف بينه وبين الزواج المؤقت فذا الأخير يكون بلفظ الزواج، بخلاف نكاح المتعة الذي يكون بلفظ المتعة ومشتقاتها، ويقول بعض الفقهاء أن الزواج المؤقت يندرج في زاوية المتعة لأن زواج المتعة مؤقت، لا يراد به مقاصد عقد الزواج الشرعي، من القرار وتربية الأولاد والتعاون بين الزوجين على المعيشة الزوجية، فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.[2]

وقد اختلف في حكم زواج المتعة إلى فريقين:

1-الاتجاه الأول: يمثله الشيعة الإمامية، الذين يقولون بأنه زواج صحيح ويسمونه عقد الانقطاع، أو الزواج المقيد، أو الزواج المؤقت. لأنه صرح به في القرآن الكريم في قوله تعالى: (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَ فَآتُوهُنَ أُجُورَهَنَ) النساء 24، فقولهم إن الله سبحانه وتعالى عبر في الآية بلفظ الاستمتاع دون لفظ النكاح، كما زعموا أن في ذكر إيفاء الأجر إشارة إلى أنه عقد إيجار ونكاح المتعة استئجار لمنفعة البضع، خصوصا وأن هناك قراءة روية عن ابن عباس، وجابر ابن عبد الله ابن مسعود، وأبي ابن كعب " فما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى"، وقالوا إن

[1] – عبد الرحمان ابن عبد الرحمان شميلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة دراسة فقهية مقارنة منشورات المكتبة الدولية، الطبعة الأولى، الرياض، 1983، ص 124.

[2] – أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 27.

المتعة تثبت بدليل قطعي، أما الأخبار الواردة عن نسخها فهي ظنية، وما يثبت باليقين لا يفسخ بالظن.[1]

2-الاتجاه الثاني: ويمثله جمهور الأئمة، بحيث قالوا إن نكاح المتعة باطل وغير منعقد فلا يترتب عليه أي حكم من أحكام الزوجية، فردوا هم على الآية التي استدل بها الإمامية أنها واردة في بيان النكاح، ولم تتعرض للمتعة مطلقا بدلالة ورود المحرمات قبلها، ثم قال تعالى: (وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِيْنَ غَيْرَ مُسَافِحِيْنَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَ فَآتُوهُنَ أُجُورَهُنَ) النساء 24، ثم قال تعالى بعد ذلك: (وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ أَنْ يَنْكِحَ المُحْصَنَاتِ المُؤْمِنَاتِ فَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانَكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمْ المُؤْمِنَاتْ) النساء 24، كما ردوا بأن الإجماع الذي يدعونه بأنه لم ينعقد، فإن الذين جاءوا بعد النبي صلى الله عليه وسلم قاموا بتحريمه إلا ما نسب عن ابن عباس وقد ثبت رجوعه عن قوله، أو تخصيصه الإباحة بحال الضرورة ولم تتحقق.[2]واستدلوا على موقفهم من القران والسنة والمعقول:

أ- من القرآن: قوله تعالى: (وَالذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانَهُمْ فَإِنَهُمْ غَيْرُ مَلُوْمِينَ فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمْ العَادُونْ) المؤمنون 5،6،7، ووجه الاستدلال في الآية الكريمة أن من صفات المؤمنين المفلحين انهم حافظون لفروجهم، إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم، فإنهم لا لوم ولا عدوان عليهم في ذلك، والدليل على كون المستمتع بها غير زوجة هو انتفاء لوازم الزوجية كالميراث لقوله تعالى: (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ) النساء12 ومعلوم أنه لا توارث في المتعة، كما تنتفي أيضا النفقة والطلاق والعدة، فلو كانت زوجة لورثت واعتدت ووقع عليها الطلاق ووجبت لها النفقة، فمن انتفت عنها لوازم الزوجية علمنا أنها ليست زوجة، فتبين بذلك أن مبتغى نكاح المتعة من العادين المتجاوزين لما أحل الله إلى ما حرمه.[3]

---

[1] – محمد زيد الأبياني، تحقيق محمد خالد رستم شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ب.ن، د.س.ن، ص 54.

[2] – محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 58.

[3] – عبد الرحمان ابن عبد الرحمان شميلة الأهدل، مرجع سابق، ص 128.

ب- من السنة: أنه ثبت ثبوتا قاطعا أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن بها في غزوة غزاها واشتدت بالناس العزوبة، ثم ثبت ثبوتا قطعيا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها، نهى عن الحمر الأهلية يوم فتح مكة، أو غزوة أوطاس أو فتح خيبر، حيث ورد عن الربيع ابن سبرة الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: (يأيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وأن الله حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما أتيتموهن شيئا)، وبذلك يكون الرسول صلى الله عليه وسلم قد نسخ الإذن السابق، وقد أثر عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عنها في ست مرات في ستة مواقع: أحدها في خيبر، والثانية في تبوك، والثالثة يوم الفتح، والرابعة بعد ذلك في عام الفتح، والخامسة في عمرة القضاء، والسادسة في حجة الوداع.[1]

ج-من المعقول: أن النكاح ما شرع من أجل قضاء الشهوة والاستمتاع الوقتي كالمتعة وإنما لأغراض نبيلة أساسها الدوام والاستقرار.[2]

ومن أدلة الفريقين بقية من بقايا الجاهلية، وأن رأي الجمهور أقرب إلى الصواب وهو أرجح الآراء، ولعل الرسول صلى الله عليه وسلم تركها من غير نص على تحريمها إلا بعد مدة كما ترك القرآن الخمر والميسر، ثم أتى التحريم القطعي بعد أن فقدت العادات الجاهلية قوتها وهو قوله تعالى: (اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا أتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان)، والمتعة هي نوع من اتخاذ الأخدان.[3]

ثانيا: نكاح الشغار

إن نكاح الشغار هو صور من صور الأنكحة المقترنة بالشرط، وهذا لتضمن صيغة هذا النوع من الأنكحة لشرط اسقاط المهر، والشغار بكسر الشين في اللغة الرفع والخلو، فيقال شغر

[1] – محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 56.

[2] – لعربيي إيمان، مرجع سابق، ص 157.

[3] – محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 59.

الكلب رجله ليتبول أي رفعها، ويقول شغرت الأرض أي خلت وفرغت، وقيل أن هذا النوع من الأنكحة سمي هكذا بالمعنى الأول للدلالة على قبحه وشبهوه بتبول الكلاب، أو بالمعنى الثاني الدال على الفراغ لخلوه من الصداق.[1] والشغار أن يزوج رجل ابنته التي في ولايته أو اخته التي لشخص آخر، في نظير أن يزوجه الآخر أخته أو ابنته التي في ولايته، بحيث تكون كل واحدة منهما مهرا للأخرى، ومثاله أن يقول رجل لآخر: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ولا مهر لهما، ويقبل الآخر.[2]

وقد أجمع العلماء على أن نكاح الشغار لا يجوز لنهي الرسول صلى الله عليه وسلم عنه ولكنه اختلوا في حكمه من حيث الصحة وعدمها للشرط المقترن به، وسبب الخلاف في علة النهي، فمن رأى أن علة النهي عدم تسمية الصداق قال: النكاح يصح بهر المثل، مثل العقد على مهر محرم. ومن رأى أن علة النهي التشريك في البضع أي جعله صداقا وموردا للنكاح في آن واحد اعتبر النكاح فاسدا، ومنهم من رأى أن علة النهي الاشتراط، أي اشتراط الزواج مقابل الزواج، وهؤلاء قالوا بفساد العقد مطلقا.[3]

ومنه فقد اختلفت أراء الفقهاء حول حكم الشغار إلى فريقين، فهو صحيح عند الحنفية وغير صحيح في رأي الجمهور.

1-الحنفية يقولون إن العقد صحيح: فما هو إلا عقد اقترن بشرط غير صحيح، فيصح العقد ويلغوا الشرط كما هو الشأن في كل عقد زواج اقترن بشرط غير صحي، وقالوا بوجوب مهر المثل لكل منها، لأنه يجب عتد خلو العقد من تسمية المهر تسمية صحيحة. وقد استدل الحنفية على قولهم من المعقول فقالوا لما جعل بضع كل منهما صداقا للأخرى فقد سميا ما لا يصلح صداقا، وهو البضع، والنكاح لا يبطله الشرط الفاسد، فإن كان الأمر كذلك صح النكاح ووجب

[1] – أماني علي المتولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية لأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، ماليزيا، د.س.ن، ص 55.

[2] – أحمد محمود خليل، مرجع سابق، ص 24.

[3] – سامي محمد أبو عرجة، مرجع سابق، ص 38.

مهر المثل، كما لو سمى المهر خمرا أو خنزيرا، كما أن النكاح جائز إذا سمى لهما أو لأحداهما صداقا، فكذلك وإن لم يسمي لأن ترك الصداق في العقد الصحيح لا يوجب فساده، كما أن ذكره في العقد الفاسد لا يوجب صحته، فيكون حاصل هذا الدليل أن الفساد من جهة المهر ، وفساد المهر لا يوجب فساد العقد، ثم إنه قد فسد بالنهي ما توجه إليه وهو الصداق دون النكاح، لذا يصح العقد ويفسد الشرط ولهما مهر المثل.

2-أما وجه قول الجمهور من الفقهاء: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والنهي يقتضي الفساد وعدم الصحة.[1] وقالوا أن نكاح الشغار باطل للشرط المقترن به ويجب على جماعة المسلمين أن يفسخوه متى علموا به سواء قبل الدخول أو بعده، واستدل الجمهور من السنة والمعقول.

أ-من السنة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار، فعن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا شغار في الإسلام)، ووجه الدلالة من الحديث أنه يحتمل أمرين، نفي وجود الشغار في الإسلام للدلالة على أنه عمل من أعمال الجاهلية، ونفي صحته، ولا شك أن وجوده في الإسلام واقع، فتعين حمل الكلام على نفي الصحة والنهي يدل على فساد المنهي عنه، فوجب أن يكون الشغار فاسد.

ب-أما من العقول: أن كل واحد منها جعل بضع موليته موردا للنكاح، وصداقا للأخرى وذلك يوجب فساد العقد كما لو زوج موليته رجلين.[2]

وبالنظر إلى أقوال الفريقين وأدلتهم، يمكن القول برجحان الرأي القائل ببطلان العقد وفساد الشرط المقترن به في نكاح الشغار، لأن المهر هو حق من حقوق الزوجة على زوجها، وهو دفع المال إبانة لشرف عقد الزواج، وقد أمر الله عز وجل الأزواج بأن يدفعوا المهور للنساء فقال: (وَآتُوا النِسَاءَ صَدُقَاتِهِنَ نِحْلَةً) النساء 03، فالمهر حق للمرأة وعطاية لها، ومن رحمة الله بها وتكريما

[1] – بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 53.

[2] – محمد سامي أبو عرج، مرجع سابق، ص 39.

لذاتها والشغار هو إهانة لها وتصغير لقيمتها، ولهذا أتى نهي الرسول صلى الله عليه وسلم صريح.[1]

ثالثا: نكاح المحلل

هو ذلك الشرط المدرج في عقد الزواج، والذي يكون بتحليل المطلقة ثلاثا لمطلقها، ويسمى الزواج المقترن بهذا الشرط بنكاح التحليل، أي أن المرأة إذا طلق زوجته ثلاثا حرمت عليه، فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره كما نص عليه التنزيل وفسرته السنة النبوية، والمراد به زواج على شرط أنه إذا أحلها الزوج بالوطء طلقها كقوله: زوجتك إياها على أن تطأها وإذا أحللتها فلا نكاح بينكما، فإذا تزوجها رجل وفي نيته أن يطلقها بعد إصابتها لتحل لزوجها الأول، كان الثاني محللا. وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن مثل هذا الزواج في قوله: (لعن الله المحلل والمحلل له)، واتفق الفقهاء على أن هذا النكاح حرام، ولكنهم اختلفوا من حيث الصحة وعدمها للشرط المقترن به إلى فريقين:

مذهب الحنفية، الذين قالوا إن النكاح المحلل صحيح، لأنه كامل الشروط والأركان في الظاهر، ولكن الشرط يبطل كسائر الشروط الفاسد، وتحل للزوج الأول به. ومذهب الجمهور من الفقهاء الذين قالوا إن النكاح باطل وهو كبيرة من الكبائر للشرط المقترن به، وهو أن يحللها لزوجها الأول، وهذا النكاح لا يحل المرأة لزوجها. ويرجع سبب الخلاف بين العلماء إلى اختلافهم في مفهوم قوله صلى الله عليه وسلم: (لعن الله المحلل)، فمنهم من فهم من اللعن التأثيم فقط فقال النكاح صحيح. ومنهم من فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه، فقال فاسد.

1- فأما الحنفية، فاستدلوا على قولهم من المعقول: فقال أبوا حنيفة: "إن اشتراط ذلك عند انشاء العقد بأن صرح أنه يحلها للأول تحل للأول ويكه"، لأن عقد الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة، فتحل للزوج الأول بعد طلاقها من الزوج الثاني أو موته عنها وانقضاء عدتها، ولأن

[1] – عبد الرحمان ابن عبد الرحمان شميل الأهدل، مرجع سابق، ص 179.

عموميات النكاح تقتضي الجواز من غير تفصيل بينما إذا شرط فيه الإحلال أو لا، فكان النكاح بهذا الشرط صحيح فيدخل تحت قوله تعالى : (حَتَى تَنْكِحَ زَوجًا غَيْرَهُ) البقرة 232، فتنتهي الحرمة عند وجوده إلا أنه كره النكاح بهذا الشرط وهو أنه شرط ينافي المقصود من النكاح وهو السكن والتعفف، وهذا هو سبب لعن المحلل، أما إلحاق العن بالزوج الأول إما لأنه بسبب مباشرة الزوج الثاني هذا النكاح بقصد الفراق والطلاق، أو لأنه باشر ما يفضي إلى الذي تتعارض معه الطباع السليمة وتكرره الحمية، من عودها إليه من مضاجعة غيره إياها، كما قالوا أنه لو كان فاسدا لما سماه محللا، وكونه ملعونا لا يستلزم الفساد، بل يستلزم الحرمة وجزائها العقاب الأخروي.[1]

2-وأما الجمهور من الفقهاء فقد استدلوا على ما ذهبوا إليه من السنة والمعقول:

أ-من السنة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: **(لعن الله المحلل والمحلل له)**، ووجه الدلالة من الحديث أن العنة لا تكون إلا على أمر منهي عنه وغير جائز في الشريعة، وكذلك النهي يدل على فساد المنهي عنه، والنكاح الشرعي لا ينطبق على نكاح منهي عنه، كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم في نكاح المحلل: **(ألا أخبركم بالتيس المستعار؟)** قالوا بلى يا رسول الله قال: **(هو المحل فلعن الله المحل والمحلل له)**، فالنبي صلى الله عليه وسلم أطلق اسم التيس المستعار للضرب، وفيه تنفير عن هذا الفعل، وما كان هذا شأنه لا يكون إلا فاسدا، ويؤيد بذلك الحديث السابق، وما ذلك إلا لفساد النكاح وإلا لما استحق اللعنة.

ب-أما من المعقول: فإن هذا العقد وقع على وجه محظور استحق عاقده به اللعن، فوجب أن يكون باطلا كشرب الخمر، وكذلك لأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته، إذ أنه نكاح لمدة معلومة فكان أغلظ من نكاح المتعة من وجهين: أحدهما جهالة مدته، والثاني أن الإصابة منه مشروطة لغيره، فكان الفساد أخص.[2]

[1] – عبد الرحمان ابن عبد الرحمان شميلة الأهدل، مرجع سابق، ص 195.

[2] – محمد سامي أبو عرجة، مرجع سابق، ص 39.

وبعد كل الذي سبق يمكن القول ببطلان هذا النوع من الأنكحة والشرط المقترن به للنهي الوارد في الحديث، ويتضح من آراء وأقوال العلماء أن موقف الجمهور هو الأرجح.

رابعا: زواج المسيار

كتطبيق معاصر لموضوع الاشتراط في بعض الأنكحة، نذكر ما ظهر مؤخرا وسمي بزواج المسيار فقد ظهر في الآونة الأخيرة هذا النوع من الزواج وأثار جدلا واسعا حول شرعيته، فظهر له مؤيدون ومعارضون، والمهم في الأمر أن هذا الزواج لم يأتي من فراغ، ولكن من حاجة ملحة حينها تقاعس المجتمع عن الحلول الشرعية السليمة، ويتم هذا الزواج بعقد شرعي مستكمل للشروط والأركان، ولكن المرأة لا تطالب فيه بحقها في المبيت والنفقة، فالمرأة لديها بيتها وقد يكون لها أولاد وهي مطلقة أو أرملة ولا تريد الارتباط الثابت لتتفرغ لأولادها في بعض الحالات، وقد يكون الرجل متزوجا ولا يريد إعلان الزواج أو الالتزام بقواعد التعدد من قسم ونفقة، فيوافق على مثل هذا النوع من الزواج غي المكلف ماديا، وفي الوقت نفسه يحصل على الإشباع الغريزي للرجل والمرأة معا.[1] وفي الواقع أن زواج المسيار هو صورة من صور الزواج المقترن بالشروط الباطلة أو الفاسدة، ومعناه أن يتزوج الرجل امرأة زواجا شرعيا توافرت فيه الأركان وشروط الزواج المعروفة عند الفقهاء، إلا أن الزوجة تتنازل عن بعض حقوقها كالنفقة أو السكن أو المبيت، وغيرها من الشروط التي قد تقل أو تكثر حسب الاتفاق بين الطرفين.

أما عن حكم هذا النوع من الزواج فقد اختلفت أراء الفقهاء المعاصرين، بين الإباحة والتحريم والكراهة والتوقف عن الحكم في موضوعه. غير أنه وفيما يتعلق بهذا الزواج، فإنه لا بد من النظر في كل حالة على حدى، وفقا لأسبابها وظروفها، ولأن العقد قد تتوافر فيه الشروط والأركان الشرعية، من ايجاب وقبول وولي وصداق وشهود وانتفاء الموانع الشرعية والتوثيق. فإذا كان يحقق فائدة يقرها الشارع كدرء المفاسد، والقضاء على نسبة العوانس الخطيرة وتحقيق أهداف الزواج ومقاصده. ويستوجب وفقا لما ذكرناه سابقا بطلان الشروط الفاسدة وصحة عقد الزواج وفقا لرأي

[1] – علاء الدين حسين رحال ومروان إبراهيم القيسي، نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 81.

الجمهور من الفقهاء، ولكن هذا كله بشرط الإشهاد والإعلان في هذا الزواج وضرورة إشهاره وعدم إخفائه والابتعاد عن التعاقد في سرية، وحقيق الرعاية الكاملة للزوجة والأولاد وضمان حقوقهم وبأن لا يكون المقصود من هذا الزواج استغلال المرأة واشباع الغريزة الجنسية فحسب، لأن العبرة في العقود هي بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.[1]

المبحث الثاني: الاشتراط في عقد الزواج في القانون والقضاء الجزائري

بعد أن رأينا ما كان من الفقهاء من أراء حول ما يصح اشتراطه ومالا يجوز، فيمكن القول أنهم تركوا لنا رصيدا وافيا متشبعا بالأراء حول هذا الموضوع، إذ أنهم درسوا مسألة الاشتراط بأمورها الدقيقة وتفصيلاتها المملة، فكان هذا الموضوع مادة علمية تلقت اهتماما واسعا من قبلهم سواء المتقدمين منهم أو المتأخرين، أما المشرع الجزائري وفي الوقت الذي كانت فيه هذه الغزارة الفقهية، وكذا الإسهاب والتنظيم الكبير الذي أحاطته قوانين الأحوال الشخصية المقارنة بهذا الموضوع، نجده قد تعرض إلى هذا الموضوع في مادة وحيدة هي المادة 19 من ق.أ، فهذه المادة وردت محشورة بين أحاكم قانون الأسرة، وجاءت بصيغة عامة وفي منتهى الشمولية، بالإضافة إلى تقريره لأثر الشرط الباطل على العقد في فصل الزواج الفاسد والباطل في المادتين 32 و35 ق.أ، ومن هذه المواد تتضح لنا الكيفية التي تناول بها ق.أ هذا الموضوع، وبالرغم من شح الأحكام التنظيمية لهذه المسألة في ق.أ، إلا أن هذا لم يمنع من ظهور بعض التطبيقات القضائية في مادة الاشتراط، من خلال سلطة القاضي في الاشتراط في عقد الزواج، وكذا أهم ما ورد عن المحكمة العليا من اجتهادات في هذا الشأن، وهذا ما سنتناوله من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إن الاشتراط في عقد الزواج في ق.أ.، لم يلق اهتماما كبيرا من المشرع، خاصة وأن المادة 19 هي المادة الوحيدة التي أوردها في هذا الشأن، لكن ورغم ذلك تبقى قضية الاشتراط مسألة

[1] – العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 254.

ذات أهمية كبيرة في عقد الزواج، فالعقد هو شروط بين الأطراف وعقد الزواج لا يخرج عن هذه القاعدة، وبغض النظر عن محدودية تنظيم المشرع لهذه القضية، إلا أن المشرع يبقى وأن له موقف من الاشتراط، وهو ما سنعرضه في الفرع الأول، ثم سنقرن ذلك بأثر الشرط غير الصحيح على عقد الزواج، وكذا جزاء عدم الوفاء بالشرط الصحيح في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج

يتحدد موقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج، من خلال إبراز حدود أو نطاق الاشتراط، وكذا من خلال صور ونماذج المشارطات الواردة في ق.أ، وفيما يلي سنحاول توضيح ذلك على ضوء نص المادة 19.

أولا: نطاق الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا، مادام ذلك يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين ولا يضر بمصلحة الطرف الأخر، وذلك تطبيقا للمبدأ القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين، وتماشيا مع قوله صلى الله عليه وسلم :(المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما)، وقد أجاز المشرع الجزائري في ق.أ حرية الاشتراط للزوجين في عقد الزواج، وذلك من خلال نص المادة 19 بقولها:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية مالم تتنافى مع أحكام هذا القانون".[1]

فيلاحظ أن المشرع الجزائري عندما أعطى للمتعاقدين حرية الاشتراط، كان قد ساوى بين الرجل المرأة، فالمادة جاءت بصيغة المثنى، وبالتالي فنطاق الاشتراط لا يقف عند الزوج أو الزوجة بل هو حق لكليهما ويشملهما معا، في الشروط غير المتنافية مع هذا القانون أو مع العقد نفسه، فالمشرع الجزائري قد توسع في مسألة الاشتراط ولم يتقيد بما ذكره الفقهاء المالكية بل هو في هذا أقرب إلى مذهب الحنابلة القائلين بلزوم الشروط التي لم ينهى الشارع عنها، ولا تناقض المقصود من العقد ومقتضاه. فقد جعل المشرع الأصل في الشروط الجواز، فلا يمنع منها

[1] – أحمد الشامي، مرجع سابق، ص 128.

إلا ما خالف أو تنافى مع القانون، وتكون ملزمة للطرف الذي تحملها، ومن حق المشترط مطالبته بالوفاء بالشرط، وهذا الاختيار في محله لأنه يتماشى مع طبيعة العقود، ويحقق مصلحة المتعاقدين ويدرئ التنازع والاختلاف بين الزوجين أثناء قيام الزوجية، حول بعض المسائل كمسألة تحمل أعباء البيت، وتربية الأبناء، وأجرة المرأة، وغيرها من القضايا الحادثة في المجتمعات المعاصرة التي يكون الاشتراط فيها مغنيا عن التقيد، ومتماشيا مع مسائل العصر المستجدة.[1]

فالقانون فتح الباب امام الزوجين ليشترطا في عقد الزواج كل شرط يريانه ضرورة، فتحديد الشروط خاضع لإرادة طرفي عقد الزواج، والضرورة التي يشترطان من اجلها خاضعة لإرادتهما أيضا ولا يوجد قيد على هذه الشروط الا احكام قانون الأسرة.

والمادة 19 ق.أ، كانت قد ركزت على شرطين هما: شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة لكن هذا لا يعني حصر الشروط في هذين النموذجين، وانما هما شكلين من المشارطات ذكرا على سبيل المثال لأهميتهما، فهما فقط مثالان قد تمليهما الضرورة المقصودة للزوجين وقد تحتمهما ظروفهما[2]، وفي هذا تكريس لحرية وتوسعة الاشتراط في قانون الاسرة، فالشروط الصحيحة التي لا تتنافى مع مقتضى العقد كثيرة ولا حصر لها، ومن بينها اشتراط الزوجة على زوجها التعجيل بصداقها، أو اشتراطها حسن معاملتها والاحسان اليها. أو كاشتراط الزوج عدم عمل زوجته خارج البيت الزوجي، أو الالتحاق به اين طاب عيشه وكذا، ومن ذلك فان هذه الشروط لازمة وهي تدخل في اطار حرية الاشتراط في عقد الزواج ، ويبقى دائما الداعي لإدراج شرط صحيح دون اخر، هو الضرورة والمصلحة المرجوة لأحد الزوجين أو لكلاهما[3] ونطاق الاشتراط يبقى مفتوحا امام الزوجين للاختيار ما يناسب حياتهما الثنائية من شروط، ولا يقف الا عند حد الشرط المنافي لقانون الاسرة، والشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج والمقصود

[1] –عبد القادر دوادي، مرجع سابق، ص153.

[2] – احمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص23.

[3] – العربي بلحاج، مرجع سابق، ص254.

منه ، وهي الشروط غير الصحيحة والامثلة عليها كثيرة ، كشرط عدم الانجاب، أو عدم النفقة على الزوجة، أو عدم التوارث بين الزوجين.

كما اعطى المشرع الجزائري مكنة الاشتراط للزوجين من خلال عقد الزواج نفسه الذي جمع بينهما، أو من خلال عقد رسمي لاحق، وفي هذا تأكيد على ضرورة الالتزام بالشروط المقيدة من طرف كلا الزوجين، ووجوب الوفاء بها شريطة اثباتها، فحتى يكون الشرط نافذا وواجب الوفاء لابد من تقييده في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق، مام الاشخاص المؤهلين قانونا، وهما ضابط الحالة المدنية أو الموثق حسب نص المادة 18 ق.[1]

ثانيا: أنواع المشارطات الواردة في قانون الاسرة الجزائري

من منطلق حرية الاشتراط في عقد الزواج، فان للزوجين أن يشترطا كل ما يريانه ضروريا لاستقرار حياتهما الزوجية، فلهما كامل الحرية في اختيار هذه الشروط، وهذا حسب نص المادة 19 ق.أ، غير ان نفس المادة ذكرت مثالين مهمين للمشارطات، هما شرطي عدم التعدد وعمل المرأة، بالإضافة إلى شرط الاشتراك المالي الوارد في المادة 37 ق.أ ، وهي الشروط التي سنتولى توضيحها فيما يلي:

1-شرط عدم التعدد

لقد سبقت الاشارة إلى هذا النوع من الشروط آنفا من وجهة نظر الشريعة الإسلامية فالحنابلة يقولون أن هذا الشرط صحيح ويلزم الوفاء به، وهذا لعدم تعارضه مع مقاصد الزواج ومقتضى العقد، كما أنه لا يوجد دليل شرعي يدل على عدم مشروعيته. بينما يذهب جمهور الفقهاء بما في ذلك المالكية، إلى القول بفساد مثل هذا الشرط وكراهته، لأنه يقيد التعدد الذي احله الله تعالى للرجل.

إن هذا الشرط صار معتبرا من الناحية القانونية، وهو شرط عدم الزواج على المرأة، فاذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها فقبل بهذا الشرط، فيجب عليه الوفاء به، وإذا أراد

[1] – احمد الشامي، مرجع سابق، ص135.

أن يتخلص من هذا الشرط لسبب أو لآخر، فما عليه سوى اقناعها بالتنازل عنه، وما يبدو من خلال قانون الأسرة ان المشرع الجزائري قد تأثر براي الحنابلة في موضوع الاشتراط، حيث أنهم يجيزون هذا الشرط، فان شرطت عليه ألا يتزوج عليها فوافق، لزمه الشرط وعليه الوفاء به.

لقد نظم المشرع الجزائري مسالة التعدد في نص المادة 8 ق.أ و ما يليها، فالمشرع الجزائري حسب هذه المادة يعتبر التعدد حالة استثنائية يسمح بها عند الضرورة، في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي الذي لم يحدده القانون، ويمكن اعطاء مثال عنه، بعدم قدرة الزوجة على الإنجاب مثلا، وتوفر نية العدل، والقدرة على الإنفاق و المساواة بين الزوجات كما أنه يجب اشعار الزوجة الأولى بالرغبة في الزواج عليها، والثانية بأنه متزوج من غيرها، وأن يأذن له القاضي المختص بالتعدد، وفي جميع الحالات إذا خيف عدم العدل بين الزوجات أو انعدمت القدرة على الانفاق من جانب الزوج، أو عدم وجود المبرر الشرعي للتعدد، لا يأذن القاضي به.

بالإضافة إلى هذا، فإنه يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا لشروط المادة 8 مكرر ق.أ، وفي حالة التدليس وهو الغش والكذب، بأن لا يعلم الزوج الزوجتين معا، أو احداهما بأنه متزوج، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر[1].

بالرغم من أن المشرع الجزائري قد قيد التعدد ولم يبحه على مطلقته، باتخاذه لموقف معتدل ووسطي منه، الا ان اهم ما يمكن استخلاصه من موقفه انه لم يمنعه، و بقي التعدد امرا مباحا قانونا، وبالعودة إلى نص المادة 19 ق.أ، المتعلقة بحق الاشتراط نجدها قد وضعت قيدا على المشارطات التي يمليها الزوجان، وهو عدم التنافي مع احكام قانون الاسرة، بقولها: "ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، وحيث أن المادة 8 ق.أ، أباحت التعدد بالزواج من أكثر من زوجة و وفق الشروط المذكورة في المادة نفسها، فإن اشتراط عدم الزواج بثانية يتعارض ويتنافى

[1] – العربي بلحاج، مرجع سابق، ص320.

مع أحكام هذه المادة، ومما سبق يمكن القول أن حق الاشتراط المقرر للمرأة فيما يتعلق بعدم إعادة الزواج عليها، يتنافى مع القانون الذي يقرر التعدد، فذكر تخصيص شرط عدم التعدد في نص المادة 19 ق.أ، يجعل التعارض مع نص المادة 8 ق.أ، أكثر وضوحا وبروزا[1].

إن المشرع الجزائري بإعطائه الحق للزوجة بأن تشترط عدم الزواج عليها، رغم إباحته للتعدد يكون قد جعل هذه الرخصة بمثابة احدى القيود التي أقرها على هذا المبدأ، وهذا حتى لا يسرف بعض الازواج في تعدد الزيجات، وهو حائل دون استعمال حق التعدد بشكل غير سليم، مما قد يؤدي إلى الوقوع في ظلم الزوجة السابقة واللاحقة على حد سواء[2]

2-شرط عمل المرأة

إن عمل المرأة هو أحد المثالين المنصوص عليهما في نص المادة 19 ق.أ، والمقصود بعمل المرأة في هذا المقام، أن تشترط على زوجها ألا يمنعها من العمل متى أرادت البحث عن وظيفة، وكذلك ألا يوقفها عن العمل إذا كانت تعمل أصلا قبل زواجها[3]

والأصل أن وظيفة المرأة الأولى هي إدارة بيتها، ورعاية أسرتها، وتربية أبنائها، والقرار في البيت وألا تخرج إلا لحاجة ضرورية، وألا تخرج إلا بإذن زوجها، فهي غير مطالبة بالإنفاق على نفسها فنفقتها تقع على زوجها أو أبيها، لذلك مجال عملها هو البيت، كما أن خروجها إلى العمل يشكل صعوبة في التوفيق بين عملها في المنزل وعملها في منصبها.

وقد أجازت الشريعة الإسلامية عمل المرأة إذا دعتها الصرورة لذلك، بشرط أن تختار عملا يناسب طبيعتها كأنثى كالطب والتعليم، وألا يكون العمل فيه معصية كالغناء واللهو، وألا يكون عملها مما يكون فيه خلوة بأجنبي، كما يجب عليها ألا تخرج متبرجة متزينة بما يثير الفتنة.[4]

---

[1] – عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص172.

[2] – عبد العزيز وعلي، مرجع سابق، ص3.

[3] – أحمد الشامي، مرجع سابق، ص131.

[4] – نوارة دري، مرجع سابق، ص 174.

واستدل العلماء على أحقية المرأة في العمل بآيات من القرآن الكريم، منها قوله تعالى: (وَلَا تَتَمَنَوا مَا فَضَلَ الله بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِجَالِ نَصِيبٌ مِمَا اكْتَسَبُوا وَلِلنِسَاءِ نَصِيبٌ مِمَا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُوا الله مِنْ فَضْلِهِ إِنَ الله كَانَ بِكِلِ شِيْءٍ عَلِيْمًا) النساء32، وقوله تعالى : (مَنْ عَمِلَ صَالِحَا مِنْ ذَكَرٍ أَو أُنْثَى وَهُو مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَهُ حَيَاةً طَيَبَةً وَلَنَجْزِيَنَهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ) النحل97، هذه الآيات دالة على جواز عمل المرأة لأنه قد يعصمها في حالات كثيرة من التسول والمهانة وطلب الناس.

وقد تضاعفت مرات عديدة أعداد النساء اللاتي التحقن بوظائف حكومية وخاصة في الأربعين عاما الأخيرة، واستقرار الواقع المعاش الأن يؤكد أن تلك الأعداد في تزايد مستمر، وذلك بسبب بعض المتغيرات التي واكبت الأحداث في المرحلة السابقة في مجتمعنا، والتي يمكن أن نرصدها فيما يأتي:

– تزايد عدد السكان بوجه عام، مما استتبع زيادة عدد النساء ودفع ذلك إلى التفكير في تحويل تلك الطاقة المعطلة من النساء إلى قوة منتجة.

– إقرار معظم البلدان لمجانية التعليم وتطور الوعي الإعلامي.

– أن عمل المرأة يساهم في رفع دخل الأسرة لمواجهة الغلاء المعيشي.

– انتشار دور الحضانة، وارتفاع مستوى الرعاية للأبناء مما ذلل بعض العقبات التي كانت تحول دون التحاق المرأة بالعمل[1]

وقد ونص المشرع الجزائري على عمل المرأة في المادة 19 ق.أ، واعتبرت المادة 67 من نفس القانون، أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة، وهذه دلالة واضحة من المشرع على أحقية المرأة في العمل، وقد ساير قانون الأسرة بإقراره لهذا الشرط الدستور الجزائري، إذ نصت المادة 69 من القانون 16–01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المعدل

[1] –لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص 36.

لدستور 1996 على أنه، " لكل مواطن الحق في العمل "، ونصت المادة 32 منه " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تميز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو أي ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".[1] فيتبين لنا من هذه النصوص أن حق المرأة في العمل ثابت ومقرر لها بموجب نصوص القانون، ومتى قبل الزوج بهذا الشرط فيجب عليه الوفاء به، ولا يكون من حقه منع زوجته من العمل مادام قد أذن لها بذلك، لأن هذا الإذن يعتبر إذنا دائما يدوم بدوام العلاقة الزوجية بينهما، فإذا طلب منها أن تمتنع ورفضت فذلك لا يعد نشوزا ولا تسقط نفقتها.

واستثناءا يجوز للزوج منع زوجته من العمل في حالتين:

– تعسف الزوجة في استعمال حقها، كأن تخرج للعمل بمظهر المتبرجة، أو تكثر الخروج من المنزل بلا داع أو سبب حقيقي.

– منافاة خروج المرأة للعمل مع مصلحة الأسرة، وهي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ويلاحظ في ذلك مدى تأثير عملها على آدا واجباتها الزوجية والعائلي

3–شرط الاشتراك المالي

نصت على هذا الشرط المادة 37 ق.أ، بقولها:(لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير انه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما ،التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما)، واعتمادا على نص القفرة الأولى من المادة، فإن الذمة المالية لكل من الزوجين لا تتأثر بالرابطة الزوجية، ويحتفظ كل واحد منهما بماله الخاص ويتصرف فيه كما يشاء، وهذه هي القاعدة العامة[2] وتحقيقا لحسن تسيير مالية الأسرة، فحسب الفقرة الثانية من نفس المادة، فإنه

[1] –القانون رقم16–01 المؤرخ في 2016/03/06 المعدل للقانون المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في 2016/03/07.

[2]– أحمد الشامي، مرجع سابق، ص146.

يجوز للزوجين الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق يبرم أمام الموثق بشان تسيير الأموال المشتركة بينهما، فيشترط احدهما على الآخر شرط الاشتراك المالي ويقبل به الطرف الآخر، وبذلك يقوم الاتفاق حول الأموال المكتسبة خلال قيام الزوجية، كأن يقوما بمشروع تجاري أو اقتصادي أو حرفي، وكذلك بشأن الأموال في الذمة المالية لكلاهما أثناء الحياة الزوجية بسبب المجهود الفردي أو المشترك، أو بسبب التلقي من طرف الغير كما هو الحال بالنسبة للهبات والوصايا أو في حالة الميراث، وتحدد في العقد الرسمي النسب التي تؤول لكل واحد منهما، كما يجوز أن يتفقا على تركها مشتركة فيما بينهما[1]، وهو شرط صحيح و معتبر شرعا وقانونا، فقد أحسن صنعا قانون الأسرة الجزائري الجديد عندما أجاز للزوجين أن يتفقا على كيفية إدارة الأموال المشتركة بينهما والتي يكتسبانها أثناء الزواج، فبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى التفاصيل، ولم يحدد أيضا الأموال المشتركة ولا كيفية استثمارها، ولا حتى كيفية توزيعها في حالة النزاع، وغير ذلك من المسائل خصوصا أمام عمومية هذا النص الوحيد، فإن تحديد النسب التي تؤول لكل واحد من الزوجين يساهم في ضبط ميزانية الأسرة، من خلال بيان مساهمة وما قدمه كل طرف من مجودات وما تحمله من أعباء، من أجل المشاركة في تنمية الأملاك، وهو ما يعرف في اصطلاح الفقهاء المسلمين بالسعاية، كما أن هذه النسب سيعتمد عليها في القسمة إذا ثار نزاع بين الزوجين، و من الأمثلة الشائعة للأموال المشتركة التي يثور حولها النزاع، متاع البيت والمنزل الزوجي، خاصة إذا لم يكن لأحدهما بينة تثبت ملكيته للمال أو المتاع محل النزاع ويبقى هذا الاتفاق صحيحا إذا لم يخالف النظام العام، والأحكام الخاصة بالحقوق والواجبات الناتجة عن الزواج، وكذلك القواعد المتعلقة بالنفقة والميراث والحضانة وغيرها.[2]

الفرع الثاني: أثر الإخلال بالشروط أو تنافيها مع العقد في قانون الأسرة الجزائري

بعد أن تطرقنا إلى موقف المشرع الجزائري من الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفرع السابق، وما يعتبر صحيحا من الشروط وواجب الوفاء، سنحاول في هذا الفرع أن نبين الأثر

[1] – لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص48.

[2] – العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص151.

والجزاء المترتب على العقد في حال اقترانه بالشرط المنافي، وما يترتب أيضا في حالة الإخلال أو عدم الوفاء بالشرط الصحيح.

أولا: مصير العقد في حالة الاقتران بالشرط المنافي

لقد تناول المشرع الجزائري مصير العقد المقترن بالشرط المنافي في فصل النكاح الفاسد والباطل، وهذا في المادتين 32 و 35 ق.أ، إذ تنص المادة 32 على ما يلي: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد"، وكان النص القديم للمادة 32 كما يلي: "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج"، ومثال الشرط المتنافي مع عقد الزواج ، أن يبرم الزواج لمدة محددة مثلا، فالزواج كما هو الحال ليس محدد المدة، و البطلان هنا من النظام العام، ويجوز إثارته من طرف القاضي من تلقاء نفسه، وكذا بطلب من النيابة العامة، أو من أحد الطرفين في أي مرحلة ولو أمام المحكمة العليا، فيما تنص المادة 35 ق.أ، على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا"، ويشترط هنا أن يكون عقد الزواج صحيحا، وهذا بتوفر ركن الرضا و كذا شروطه الأخرى، من صداق، وشاهدين، وولي في حالة وجوبه، وإنما يتفق الزوجان بعد ذلك سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق على شروط أخرى تنافي مقتضى العقد فهنا القاضي لا يقضي ببطلان عقد الزواج لكونه أبرم صحيحا، وللكن فقط بإبطال الشروط الأخرى المنافية له.[1]

وبالنظر إلى الجزاء الذي يرتبه المشرع الجزائري على عقد الزواج المقترن بالشرط المنافي يلاحظ تعارض بين نصي المادتين، فتارة يقرر بطلان العقد في المادة 32، وتارة يرتب بطلان الشرط وصحة العقد في المادة 35، وهذا تعارض صريح بين المادتين في حكمين لواقعة واحدة مما يجعل الجمع بين النصين متعذرا، وباستقرائنا للنصين نجد ان نص المادة 32 قد أخلط بين المانع من الزواج الذي يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد و بالتالي بطلانه، وبين الشروط

[1] –لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص45.

المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض ومقتضياته، والتي لا تؤثر على صحة العقد وإنما يجب إلغاؤها وحدها دون العقد، و هو ما نص عليه في المادة 35 التي تؤكد صحة العقد و بطلان اشرط.[1]

وفي هذا السياق يقول الدكتور العربي بلحاج ، "أنه و أمام هذا التعارض يستوجب علينا تغليب نص المادة 35 باعتبارها مادة مستقلة وضعها المشرع لاحقا، و على كل حال ورغم التعديل الجزئي للمادة 32 بالأمر 05-02 مازال التضارب حاصلا بين المادتين، و نعتقد في هذا الخصوص أن المقصود بكلمة المانع الواردة في نص المادة 32 ليست تزيدا، وإنما تخص مانع الكفر المتعلق بزواج المسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية، وزواج المسلمة بغير المسلم قياسا على نية المشرع في النص القديم لنفس المادة، والذي نص فيه على بطلان الزواج بالردة.[2]

إضافة لذلك هناك تعارض آخر بين نصي المادتين 32 و 35، خاصة و أن نص المادة 33 ق.أ، بقولها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، وإذا تم بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، ومن هذه المادة يتبين لنا أن عقد الزواج لا يبطل إلا إذا اختل ركن الرضا، أما إذا اختل شرط من شروط عقد الزواج ، فإنه يفسخ قبل الدخول يثبت بعده، وهذا حكم على العقد المشتمل على الشرط المنافي لمقتضى العقد بالفسخ، دونما التفريق بين حالة قبل الدخول و بعدها، رغم أن المشرع ذكر في المادة 33 أن الزواج إذا تم بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه بفسخ قبيل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.[3]

---

[1] – أحمد الشامي، مرجع سابق، ص133.

[2] – العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 260.

[3] – عبد القادر دوادي، مرجع سابق، ص 153.

ثانيا: مصير العقد في حالة الإخلال بالشرط المقترن

إن من الجزاءات المترتبة على عدم الوفاء بالشروط التي يتفق عليها الزوجان في عقد الزواج بمحض إرادتهما، هي فسخ العقد، أو طلب التطليق. وعليه فإننا سنقوم بالتطرق إلى كل جزاء على حدى فيما يلي:

1-الفسخ

يعرف الفسخ على أنه : حق المتعاقد في إنهاء عقد ملزم للجانبين لإخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، والراجح أن نظرية الفسخ تقوم على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، و ذلك لأن طبيعة هذه العقود، تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطا بالتزام الطرف الآخر، ومن ثمة يصبح أمرا طبيعيا عادلا أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف من جانبه تنفيذ ما في ذمته، أو أن يتحلل نهائيا من هذا الالتزام، ولا يكون إلا بحكم القاضي، أو باتفاق العاقدين، و للقاضي سلطة تقديرية في القضاء بالفسخ أو برفضه، و للمدين أن يقوم بتنفيذ العقد وبالتالي يتوقى الحكم بالفسخ، وللدائن أن يعدل عن المطالبة بالفسخ إلى المطالبة بتنفيذ العقد، والجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي لم يعرف نظام الفسخ كجزاء على إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، فهو يعني عندهم مدلولا مختلفا، فقد استعملوه في معنيين، أولهما في معنى بطلان العقد وإبطاله، وثانيهما للدلالة على انحلال العقد نتيجة إعمال شرط اتفق عليه الطرفان، ومنه فإن الشروط الواجب توافرها للمطالبة بالفسخ هي:

- أن يكوون العقد ملزما للجانبين.
- ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.
- ألا يكون المدين مستعدا للقيام بالتزامه، وقادرا على إعادة الحال إلى أصلها[1].

[1]- محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2005، ص12.

وبالعودة إلى الشروط المقترنة بعقد الزواج، فيكون للزوجة إذا اشترطت شرطا لمصحتها ولم يف به الزوج، أن تطلب فسخ الزواج بسبب عدم قيام الزوج بالتزامه العقدي وعلى مسؤوليته وحده أما إذا كان الشرط ينافي مقاصد الزواج وأحكام القانون، فحتى ولو لم يف به الزوج فليس للزوجة أن تطلب فسخ الزواج، والأمر أيضا ينطبق على الزوج إذا كانت شروطه غير صحيحة، فليس على الزوجة أن تفي بها، وإن فسخ العقد أو طلقها تحمل توابع الطلاق كاملة، وكان لها الحق في أن تطالب بتعويض ما لحقها من ضرر.[1]

والفسخ كجزاء لعدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج، هو أثر تبنته مبادئ الفقه الإسلامي وكذا قوانين الأحوال الشخصية المقارنة، عتى غرار المشرع المصري والأردني، إلا أن المشرع الجزائري لم يرتب الفسخ على عدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج، فهو رتبه على أوضاع أخرى مثل تخلف الشروط الموضوعية لعقد الزواج في المادة 33 ق.أ، ومخالفة شروط المادة 8 ق.أ، المتعلقة بالتعدد وهذا قبل الدخول، كما رتبه أيضا على الزواج بإحدى المحرمات سواء قبل الدخول أو بعده في المادة 34 ق.أ، من نفس القانون. ولم ينص إلا على التطليق صراحة في الفقرة 9 من المادة 53 ق.أ، وبالتالي فإن الفرقة الزوجية هي أقرب الفرضيات كجزاء لعدم الوفاء بالشرط، ويمكن التمييز بين الفسخ والطلاق في النقاط الآتية:

أن التفريق بين الزوجين عن طريق الطلاق يحسب من عدد الطلقات الثلاث التي يمتلكها الزوج على زوجته، وهذا يعني أنه لو رجع إلى زوجته فإنها ترجع إليه بما بقي من طلقات بخلاف التفريق بالفسخ لعدم الوفاء بالشرط، فإنه لا يحتسب من عدد الطلقات إذا تزوجها زواجا جديدا.

لا يحتاج الزوج لسبب معين لإيقاع الطلاق، أما في الفسخ لعدم الوفاء بالشرط فلا بد من أن يكون له سبب، وهو إخلال الزوج بشرطه.

[1] –عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص172.

تستحق الزوجة نصف المهر عند الطلاق قبل الدخول، وتجب لها المتعة بالخلوة الصحيحة. بينما في حالة الفسخ لعدم الوفاء بالشرط إذا وقع قبل الدخول، فلا يترتب عليه شيء من المهر للزوجة، ولا متعته ولا نفقة إلا أن تكون حاملا.

هذا ويسقط حق الزوجة في الفسخ لعدم الوفاء بالشرط، إذا رضيت بإخلال الزوج به أو زوال سبب الشرط، أو لاستحالة تنفيذه.[1]

2-التطليق

وضع المشرع في نص المادة 53 ق.أ، تحت تصرف الزوجة عدة حاجات تسمح لها بالمطالبة بالتطليق، و التطليق هو فك الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة، طالما انها متضررة من الحياة الزوجية، ويتم التطليق بحكم قضائي رغم معارضة الزوج، والقاضي يفرق بينهما طبقا لقواعد العدالة والإنصاف، للأسباب المنصوص عليها في المادة 53 ق.أ، بعد تأكد القاضي من جدية الأسباب التي أسست الزوجة عليها طلب التطليق، وهذا حسب نص المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يعاين القاضي ويعطي وصفا للوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة"، فالزوجة تستطيع طلب حال توفر شرط من الشروط العشرة الواردة ضمن المادة 53 ق.أ، وهي حالات حددها المشرع الجزائري على سبيل الحصر، غير أنه أورد في الحالة الأخيرة عبارة "كل ضرر معتبر شرعا" وعلى ذلك فكلما لحق ضرر بالزوجة من الزوج أمكنها ذلك من طلب التطليق، خاصة إذا نتج مخالفة الزوج لواجباته و التزاماته، ومن بين هذه الواجبات مخالفة الشروط الاتفاقية بينهما، وقد نصت المادة على ذلك بشكل خاص وصريح في الفقرة التاسعة بقولها:(مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج)، وبالتالي فإن مخالفة هذه الشروط يسمح للزوجة بطلب التطليق، بشرط أن يكون شرطها الذي لم يف به الزوج صحيحا وغير مخالف لأهداف الزواج، سواء كان الشرط مشترطا في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي لاحق، وغالبا ما تتعلق تلك الشروط بعمل المرأة

[1] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص96.

خارج البيت، أو المساهمة في الإنفاق على الأسرة، والمشاركة في الأعمال المنزلية وتربية الأطفال وكذا شرط عدم التعدد وعدم الإنجاب قبل مرور فترة زمنية محدد، إلى غير ذلك من الشروط.[1]

المطلب الثاني: الاشتراط في عقد الزواج في القضاء الجزائري

إن حرية الاشتراط قد تدفع الطرف المشترط إلى التعسف بإدراجه لشروط صعبة الوفاء بالنسبة للطرف الآخر، أو قد تستجد بض الظروف تجعل من تنفيذ الشروط عسيرا أو متعذرا وهنا يبرز دور القاضي في الاشتراط، بالإضافة إلى ذلك سنورد أهم ما صدر من اجتهادات قضائية عن المحكمة العليا في خصوص الاشتراط في عقد الزواج، وهذا في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: سلطة القاضي في الاشتراط في عقد الزواج

قد يكون للقاضي دور في الاشتراط في عقد الزواج، ويتجلى ذلك من خلال تدخله في تعديل أو نقض الشرط المقحم في بعض الأحوال، وفق حدود يجب عليه مراعاتها، وسنعمل على توضيح ذلك فيما يلي:

أولا: موجبات تعديل أو نقض الشرط المقترن بعقد الزواج

إن التوسع في فتح باب الشروط أخذا بالمذهب الحنبلي في أغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية، أدى إلى دفع غبن كبير عن المرأة، غير أن هذا الحق يجب ألا يؤخذ على إطلاقه، وإلى أصبحت الزوجة متعسفة في استعماله مما يعود بالضرر البالغ على الزوج، فلو اشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها، أو قيدت حريته باشتراطها عدم سفره، فإن هذا الشرط لا يكون في صالح الزوج و لو قبل به إبتداءا، فعلى سبيل المثال قد يجد الزوج نفسه مضطرا لمغادرة بلد الزوجة إلى بلد آخر بسبب أمر إداري في عمله، صدر بتحويله إلى هذا البلد لممارسة وظيفته، وإذا خالف الزوج الشرط المتفق عليه، فقد يؤدي ذلك إلى فصل الحياة الزوجية بين الزوجين، على الأقل مدة العمل، التي ستطول طيلة فترة الغياب، ومن المحتمل أيضا أن يؤدي ذلك إلى وقوع الطلاق وتأثيراتها السلبية على الأطفال و المجتمع ، وعند ذلك لا يكون

[1] –لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص62،65.

أمام الزوج إلا خيارين، فإما أن يحافظ على أسرته من الشتات والضياع باحترام الشرط ويفقد مصدر رزقه، وإما أن لا يفي به وتتشتت الأسرة، و بالعودة إلى أن الأصل في الشروط هو الحفاظ على الأسرة و جعل الحياة الزوجية أكثر ترابطا و انسجاما، فعلى الزوجين إعادة النظر في مثل هذه الشروط، بحيث لا تتعنت الزوجة ولا يتعنت الزوج، وتعديل أو نقض هذه الشروط التي لا تتحقق معها هذه الغاية، لظهور مصلحة جديدة و عليا هي المحافظة على الأسرة، وعندها ما من سبيل إلا اللجوء إلى القضاء، كما لو طلب الزوج إبطال الشرط الذي يمنعه من الانتقال من البيت بغرض العمل في المثال السابق.[1]

ثانيا: حدود سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشرط المقترن بعقد الزواج

العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون أي أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي وحدها كفيلة بإنشاء العقد وتعديل شروطه، وهي وحدها التي تستطيع إنهاءه، وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة في نظرية العقد، فإنها كذلك تجد تطبيقا لها فيما يخص تعديل أو نقض الشرط المقترن بعقد الزواج.

ومتى أصبح تنفيذ الشرط المتفق عليه في عقد الزواج متعذرا على من التزم به، فإنه يكون أمام اللجوء إلى القضاء ليطلب إعفاءه من تنفيذه، أو تعديله بسبب الظروف الطارئة التي حالت دون التنفيذ العيني للشرط، ويرجع في تقدير الحادث الطارئ إلى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع.[2]

والملاحظ هنا أن قانون الأسرة الجزائري لم يورد نصا خاصا يمنح لأحد الزوجين اللجوء إلى القضاء، وذلك من أجل تعديل أو إبطال الشرط في حالة تعذر تنفيذه، ويبقى ذلك خاضعا للقواعد العامة في القانون المدني، بخلاف المشرع المغربي الذي أورد نصا خاصا في مدونة الأسرة المغربية، بخصوص طلب تعديل أو إنهاء الشرط المقترن بعقد الزواج، ويتعين على القاضي وهو

---

[1] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص96.

[2] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 302.

بصدد الفصل في طلب تعديل أو إنهاء الشرط المقترن بعقد الزواج أن يراعي تحقيق الموازنة بين مصالح المتعاقدين من جهة، ومصلحة المجتمع من جعة أخرى، ويراعي في ذلك أيضا مدى جسامة الضرر الحاصل من جراء عدم الوفاء بالشرط، فإذا كان الضرر الذي يلحق بالزوجة من جراء نقلها من بلدها، من بلدها كما لو فقد الزوج منصب عمله بسبب التزامه بشرط زوجته، فعليه أن ينقلها فيكون بذلك قد دفع هذا الضرر، كما أن تخوف الزوجة من بلد قد ينقلها إليه الزوج قد يكون أهم من عمله وبالتالي عليه ألا ينقلها، وعلى القاضي في جميع الأحوال أن يقدر الضرر ويكون نصي المادتين 107 و110 ق.م هو السند القانوني الذي يعتمد عليه القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، وذلك وفقا لما تقتضي به قواعد العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق بخلاف ذلك، لتعلق المسؤولية بالنظام العام، كما يجب على القاضي أن يلتزم بحرفية بنود العقد إذا كانت عباراته واضحة، وإذا كان هناك محل للتأويل فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ومراعاة غرضيهما في التعاقد، ولا يجوز تجزئة شروط العقد لأن ذلك يجعل من الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين أمرا صعبا، ولهذا وجب تفسير العقد في مجموع بنوده وكافة الأجزاء المكونة له.

وعلى سبيل المثال لو اتفق الزوجان على تأجيل جزء من المهر، فليس للزوجة أن تمتنع عن الدخول في طاعة زوجها قبل دفعه للجزء المؤجل من المهر، لأن قبولها بتأجيل جزء من المهر عند العقد يفسر على أنها رضيت بتأجيل المطالبة، وإن وقع خلاف بين الزوجين بصدد تفسير شرط معين في العقد، حول مشروعية الشرط أو عدم مشروعيته، فيجب الرجوع إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه أحكام هذا الشرط، وهل يعد مشروعا أو غير مشروع.[1]

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في الاشتراط في عقد الزواج

من خلال هذا الفرع سنتطرق إلى جملة من السوابق والتطبيقات القضائية، والتي تمثل الاجتهاد القضائي في مادة الاشتراط في عقد الزواج، وسنحاول أن نأتي بأهم القرارات الصادرة

[1] – مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 95.

عن المحكمة العليا، والتي تمس بهذا الموضوع من أجل بلورة موقف القضاء الجزائري من الشروط الاتفاقية في عقد النكاح.

أولا: في حرية الاشتراط

نصت المادة 19 ق.أ، على أنه: (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط تعدد الزوجات و عمل المرأة ، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون)، ما يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد نص على مبدأ هام أتى به الفقه الحنبلي وهو حرية الاشتراط و إباحته، مالم يوجد دليل شرعي يمنع ذلك فالمشرع الجزائري أخذا بهذا المبدأ كان قد فتح الباب واسعا أمام الزوجين لإشتراط ما يشاءان من الشروط، بشرط عدم مخالفتها لأحكام قانون الأسرة و مقاصد الزواج، وقد استقر القضاء على هذا المبدأ أيضا، حيث جاء في قرار المكمة العليا لسنة 1971 ما يلي: "حيث أنه من المقرر فقها وقضاءا جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون له فيها فائدة ألا تحلل حراما أو تحرم حلالا، وبشرط ألا تتناقض مع روح العقد"[1]، وفي هذا القرار تأكيد على أن الأصل في الاشتراط هو الإباحة والتوسعة، و هو إقرار لما ورد في حكم المادة 19ق.أ، من تعميم وشمولية بشأن الشروط المقترنة بعقد الزواج، كما دل هذا القرار على عدم صحة الشروط التي تتضمن إخلالا أو إسقاطا لأحد مقاصد الزواج الأصلية بأن تحل حراما أو تحرم حلالا.

ثانيا: في اشتراط السكن المنفرد

استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على الإقرار بأحقية الزوجة في السكن المنفرد عن أهل الزوج أو عن الضرة، مستلهما هذا من أحكام الشريعة الإسلامية، بل وأعطاها حق المطالبة به في أي وقت وحتى ولو تحفظت عند إبرام العقد، ولم تطلبه أو سكنت مع أهله، إذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عام 1984: "من المقرر شرعا بأنه للزوجة الحق في مطالبة زوجها

[1] – المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1971/03/03، نشرة القضاة، 1972، عدد2، ص39.

بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله، ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج أو سبق، أن سكنت مع أقرب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم"[1].

وهذا دون أن تكون المطالبة بالسكن المنفرد عن أهل الزوج نشوزا، في حال رفضت الزوجة الرجوع إلى بيت الزوجية، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1999: "عدم رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية بشرط توفير سكن مستقل عن أهل الزوج لا يعد نشوزا"[2]، وكذا فلي القرار الصادر بتاريخ 1986: "وحيث أن الطاعن ينادي بإرجاع المطعون ضدها في سكنى تجمعهما مع ضرتها، وهو أمر رفضته هذه الأخيرة، ومع هذا الاختلاف فلا سبيل لحله سوى ما سلكه.[3]

فالزوج مجبر على توفير السكن المنفرد إذا اشترطت الزوجة ذلك سواء قبل أو بعد الدخول، لكن في كل الحالات عليها الانتقال إلى السكن الزوجي حيث يقيم الزوج، وليس لها أن تشترط عدم الالتحاق به، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا لسنة 1986: "إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي، هو أنه من الواجب على الزوجة متابعة زوجها ة الالتحاق به أين طاب عيشه"،[4] وقد أكد على هذا الحكم قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006، حيث جاء فيه : "و اما قضى قضاة الموضوع بإلزام الزوجة بالإقامة حيث يقيم زوجها، فإن قضائهم غير مشوب بالقصور انعدام الأساس القانوني، بل جاء متطابقا مع أحكام قانون الأسرة و مبادئ الشريعة الإسلامية.[5]

---

[1]– المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/04/02، ملف رقم32653، المجلة القضائية،1989، عدد2، ص59.

[2] – المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/02/16، ملف رقم213669، غير منشور، (نبيل صقر، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الطلاق وتوابع فك العصمة، دار الهدى، الجزائر، ص175.

[3] – المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1986/01/13، غير منشور، (العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص24

[4] – المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1986/01/13، ملف رقم 39467، غير منشور، (العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد لقضائي، المرجع نفسه، ص25.

[5] – قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/04/12، ملف رقم 358665، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد01، ص495.

ثالثا: في اشتراط العذرية

من الشروط الشائعة المقترنة بعقد الزواج هو اشتراط الرجل على المرأة أن تكون بكرا، وحتى يكون هذا الشرط نافذا في حق المرأة لابد أن يكون هذا الشرط ثابتا بالعقد و قبل الدخول، لأن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا اعتبر مجرد الدخول قرينة كافية لفقدان الزوجة عذريتها، وبذلك قرر أن عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج لا يحمل الزوجة مسؤولية الطلاق و التعويض، لأن البناء بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية، وقد ثبت هذا في 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، و عليه فالوجه غير مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يتعلق بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق"،[1] وكذا القرار المؤرخ سنة 2009: "حيث لا يتبين من الوقائع ولا أوراق الملف ما يفيد اشتراط البكارة في عقد الزواج، طبقا لما توجبه أحكام المادة 19 من قانون الأسرة، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع بمجلس قضاء قالمة لما حملوا الطاعنة مسؤولية الطلاق ، وحرمانها من التعويض المترتب عنه، فإنهم قد خالفوا القانون وجانبوا الصواب"،[2] وقد سايرت هذه القرارات الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بخصوص اشتراط البكارة لعام 1984: "من المقرر شرعا أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها، إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج".[3]

---

[1] – المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/05/03، ملف رقم 243417، غير منشور، (نبيل صقر، مرجع سابق، ص69).

[2]– المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم 480264، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد04، ص285.

[3] – المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/06/25، ملف رقم 33715، المجلة القضائية، 1989، عدد04، ص99.

خلاصة

في ختام هذا الفصل يمكن القول أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أحاطوا هذا الموضع باهتمام كبير ، ورصدوا له أحكاما في كل ركن من زواياه، مما أدى إلى ظهور آراء عديدة في هذا الشأن قد تظهر متوافقة أحيانا ومتضاربة أحيانا أخرى، وما يمكن استخلاصه هو أن الفقهاء قد أجمعوا على أن الشرط المقترن بعقد الزواج ثلاثة أقسام، شروط موافقة لمقتضى العقد ولا خلاف على صحتها و لزوم الوفاء بها، أما القسم الثاني فهي الشروط التي تنافي مقتضى العقد وهي شروط باطلة لا يلزم الوفاء بها، وإن دخلت على العقد فالعقد باطل عند الجمهور، أما عند الحنابلة فيبطل الشرط ويصح العقد، فيما أن القسم الثالث هي الشروط التي لا تكون من مقتضى العقد ولا تنافيه و حكما أنها صحيحة ولكنها غير لازمة الوفاء لما فيها من تحجير عند الجمهور بينما يرى الحنابلة أنه يجب الوفاء بها، و هو المسلك الذي انتهجه المشرع الجزائري في الشروط لمقترنة بعقد الزواج، بحكم نص المادة 19 ق.أ، بحيث كان موقفه شاملا واكتفى بإعطاء مثالين للمشارطات يتعلقان بتعدد الزوجات وعمل المرأة، كما أن تنظيم المشرع الجزائري لمسألة الاشتراط في عدد قليل من المواد لم يمنع من ظهور بعض الاجتهادات القضائية بخصوصه، فالاشتراط هو شيء لصيق بعقد الزواج، وأمر طبيعي أن تحدث نزاعات بخصوصه، مما جعل المحكمة العليا تتخذ موقفا بشأن نزاعات ثارت حول الشروط المقترنة بعقد الزواج.

الخاتمة

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة لموضوع الشروط المقترنة بعقد الزواج بمختلف جوانبه الفقهية والقانونية، يمكن التوصل إلى مجموعة من النتائج التي استقيناها مما سبق من معلومات، كما لا يفوتني في هذا المقام توجيه بعض التوصيات.

النتائج

– أن الاشتراط في عقد الزواج هو حق لكل زوج يمارسه بحرية، وفي إطار الشروط التي لا تتنافى مع العقد والأهداف التي يحققها، الآثار التي يرتبها، وهذا أمر جائز شرعا وقانونا طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

– تبنى المشرع الجزائري رأي المذهب الحنبلي الأكثر توسعة و قبولا للمشارطات في عقد الزواج طبقا لقواعد تحقيق المصلحة، وتعزيز عقد الزواج وتقويته بالشروط المرافقة له، سواء اثناء إبرام عقد الزواج أو بعده في وقت لاحق، وهذا لضمان استقرار الحياة الزوجية وديمومتها، فالفقهاء الحنابلة بحثوا في هذا الموضوع باهتمام كبير وبنوا تأصيلهم الشرعي للاشتراط في عقد الزواج على أسس موضوعية، تتحقق رغبات و مصالح الزوجين بما لا يتعارض مع المصلحة العامة للمجتمع، وكان الثابت لديهم أن الاشتراط لا يجوز بما لا يتفق مع أحكام الشارع ومقاصده.

– التوسع في الاشتراط لا يعني فتح الباب على مصراعيه والسماح للزوجين باشتراط ما يحلو لهما من شروط دون فرض قيود، فهما مقيدان في ذلك بعدم مخالفة حدود الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأسرة.

– المادة 37 ق.أ، المعدلة التي أعطت للزوجين حق الاشتراط حول مصير الأموال المشتركة بينهما، وأبقت على الأصل في ملكية الأموال استقلال الذمم.

– يعد شرط العذرية وشرط السكن المنفرد، من أهم الشروط وأكثرها شيوعا وإن لم ينص عليهما المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 19 ق.أ، إلا أن كثرة النزاعات المثارة حولها، جعلت الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ويتخذ منها موقفا، اعتمادا على آراء الفقه الإسلامي.

التوصيات

– حسب رأينا فإن المشرع الجزائري بموجب نص المادة 19 ق.أ، قد أعطى حرية زائدة للمرأة على حساب الرجل، بحيث أنه أعطى مثالين للمشارطات، وكلاهما يصب في مصلحة الزوجة وهما شرطي عدم التعدد وعمل المرأة رغم عمومية النص في بدايته، فحبذا لو أعطى أمثلة عن بعض الشروط الشائعة التي يجوز للزوج أن يشترطها.

– يجب تعديل نص كل من المادتين 32 و35 ق.أ، وإزالة التناقض والغموض القائم بينهما ويكون ذلك بالتميز بين الشروط التي تبطل العقد من أصله كشرط عدم الإنجاب، فيجب أن تخضع هذه الأحكام إلى نص المادة 32، أما الشروط التي تأثر في صحة العقد ولا تبطله، وإنما يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا كشرط المهر، فيجب أن يخضع إلى نص المادة 35.

– نلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري لم يحدد المركز القانوني للزوج في حالة إخلال الزوجة بهذه الشروط، فهل يكون طلبه الطلاق طلبا تعسفيا فيلزم التعويض؟ أم أن المرأة في هذه الحالة تعتبر ناشزا فيسقط حقها في التعويض، أما بخصوص الزوجة فقد منحها الحق في التطليق وطلب التعويض، ولعل المشرع الجزائري قد رأى أن الأمر بديهي مادام الطلاق بيد الزوج يوقعه بإرادته متى شاء، فإن للزوج طلاق زوجته عند إخلالها بهذه الشروط.

– على المشرع الجزائري أن يضيف مواد أخرى، فالمادة 19 لوحدها لا تكفي لتنظيم مسألة الاشتراط في عقد الزواج، خاصة فيما يتعلق بالشروط التعسفية أو التي يصعب أو يستحيل تنفيذها، وإمكانية تخفيض التزاماتها أو إعفاء الملتزم بهل منها تبعا لنظرية الظروف الطارئة وكذا إضافة شروط مهمة أخرى وتنظيمها مثل شرطي العذرية والسكن المنفرد.

– وأخيرا يجب إنشاء محاكم خاصة بالأسرة تسهيلا لعمل القضاة في مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج، وكذا للحفاظ على الرابطة الزوجية وديمومتها، وعدم الحكم بالطلاق والتطليق بصفة متسرعة بعد الإخلال بالشرط مباشرة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

-القرآن الكريم

أولا: الكتب

1. ابتسام قرام، مصطلحات قانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، د.س.ن.
2. ابن تيمية، تحقيق ابن محمد عبد القادر عطا، أحكام الزواج، دار الكتب العلمية، بيروت د.س.ن.
3. ابن قدامة، المعنى الكبير، الطبعة الأولى، الجزء التاسع، القاهرة، 1996.
4. ابن منظور (أبي الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم الإفريقي المصري)، لسان العرب، جزء 29، مجلد 4، دار المعرف، الطبعة الأولى، مصر، د.س.ن.
5. أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
6. أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
7. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
8. أماني علي المتولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية لأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، ماليزيا، د.س.ن.
9. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ن.
10. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
11. جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، مصر، 2009.

12. حسن عبد الغني أبو رغدة، حق المرأة في الاشتراط عدم الزواج عليها، دار الفكر العربي، مصر، د.س.ن.
13. رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، د.س.ن.
14. الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، المجلد الأول، الجزء الأول، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.س.س.
15. عبد الرحمان ابن عبد الرحمان شميلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة دراسة فقهية مقارنة منشورات المكتبة الدولية، الطبعة الأولى، الرياض، 1983.
16. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 1998.
17. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996.
18. عبد القادر الدوادي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010.
19. عدنان خالد الترماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشرق، الطبعة الأولى، 1991.
20. العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
21. العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن.
22. العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
23. علاء الدين حسين رحال ومروان إبراهيم القيسي، نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

24. على محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
25. فراج أحمد حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر، 2004.
26. كوثر علي كامل، شروط عقد الزواج في الشريعة، دار أبو سلامة، تونس، د.س.ن.
27. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، الجزائر، 2013.
28. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، مصر، 1981.
29. محمد أحمد سراج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
30. محمد زيد الأبياني، تحقيق محمد خالد رستم شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ب.ن، د.س.ن.
31. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009.
32. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998.
33. محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2005.
34. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، لبنان، 1977.
35. محمود سمير عبد الفتاح، التنظيم القانوني والاجتماعي للأسرة، دار المعرفة الجامعية، مصر،2005.
36. نبيل صقر، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الطلاق وتوابع فك العصمة، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن.
37. نشوة العلاواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، لبنان، 2003.
38. نوارة دري، الشروط الجعلية في عقد الزواج في الشريعة، دار أبو سلامة، بيروت، د.س.ن.

39. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، الطبعة الرابعة، دمشق، 1997.

ثانيا: الاجتهادات القضائية

1. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1971/03/03، نشرة القضاة، 1972، عدد2.
2. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/04/02، ملف رقم32653، المجلة القضائية،1989، عدد2.
3. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1984/06/25، ملف رقم 33715، المجلة القضائية، 1989، عدد04
4. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1986/01/13، غير منشور، (العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2000).
5. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1986/01/13، ملف رقم 39467، غير منشور، (العربي بلحاج، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد لقضائي، المرجع نفسه).
6. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/02/16، ملف رقم213669، غير منشور، (نبيل صقر، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الطلاق وتوابع فك العصمة، دار الهدى، الجزائر).
7. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/05/03، ملف رقم 243417، غير منشور، (نبيل صقر، مرجع سابق، ص69).
8. قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2006/04/12، ملف رقم 358665، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد01.
9. المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم 480264، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد04.

ثانيا: الرسائل والمذكرات

1. مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، المركز الجامعي بشار، 2007.
2. لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مدكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر،2014.
3. عبد المجيد طيبين الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية قسم الشريعة، جامعة العقيد لخضر، باتنة، السنة الجامعية 3003-2004.

ثالثا: المقالات

1. حمليل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، العدد 06، أدرار 2005.
2. صالح بوشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري دراسة تحليلية ونقدية في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة المعيار، العدد، الجزائر، 2004.
3. سامي محمد أبو عرجة، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الازهر، سلسلة العلوم الإنسانية، العدد 12، غزة، 2008.

رابعا: القوانين

1. القانون رقم16-01 المؤرخ في 2016/03/06 المعدل للقانون المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر، العدد 14، الصادرة في 2016/03/07.
2. القانون رقم84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، عدد 15 الصادرة في 27 فبراير 2005
3. القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، المتضمن تعديل القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج. ر، عدد 78 لسنة 1975.

4. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج. ر عدد 21 الصادرة في 23 أفريل 2008.

خامسا: المواقع الالكترونية

1. عزيز واعلي، مقال الاشتراط في عقد الزواج، موقع القانون الشامل، تاريخ الاطلاع 01-05-2017، على الساعة السابعة مساءا، الموقع الالكتروني:
http://droit7.blogspot.com/2015/06/blog-post_6.html

الفهرس

الفهرس

مقدمة..... 1
الفصل الأول: ماهية الاشتراط في عقد الزواج..... 5
المبحث الأول: مفهوم الاشتراط..... 6
المطلب الأول: تعريف الاشتراط..... 6
الفرع الأول: تعريف الاشتراط لغة..... 6
الفرع الثاني: تعرف الاشتراط اصطلاحا..... 7
المطلب الثاني: التمييز بين الاشتراط والمفاهيم الشبيهة..... 9
الفرع الأول: تمييز الاشتراط عن الركن والوعد..... 9
أولا: بين الشرط والركن..... 9
ثانيا: بين الشرط والوعد..... 10
الفرع الثاني: تمييز الاشتراط عن السبب والمانع..... 11
أولا: بين الشرط والسبب..... 11
ثانيا: بين الشرط والمانع..... 12
المبحث الثاني: أقسام ومقومات الاشتراط..... 13
المطلب الأول: أقسام الاشتراط..... 13
الفرع الأول: أقسام الاشتراط من حيث مصدره..... 13
أولا: الاشتراط الشرعي..... 14
ثانيا: الاشتراط الجعلي..... 14

ثالثا: الاشتراط العرفي 16
الفرع الثاني: أقسام الاشتراط من حيث وظيفته.....17
أولا: اشتراط التعليق.....17
ثانيا: اشتراط الإضافة.....18
ثالثا: اشتراط التقييد.....19
المطلب الثاني: مقومات الاشتراط.....20
الفرع الأول: خصائص الاشتراط 20
أولا: أنه أمر مستقبل.....20
ثانيا: أنه أمر زائد على أصل العقد.....20
ثالثا: أنه أمر محتمل الوقوع.....21
الفرع الثاني: القيود الواردة على الاشتراط.....21
أولا: مراعاة قواعد النظام العام والآداب العامة.....22
ثانيا: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة.....23
ثالثا: جدية المصلحة 24
الفصل الثاني: الاشتراط في عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية والقانون 27
المبحث الأول: الاشتراط في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية.....28
المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من الاشتراط في عقد الزواج.....28
الفرع الأول: حكم الاشتراط في عقد الزواج 28
أولا: الأصل في الاشتراط الاباحة.....28

ثانيا: الأصل في الاشتراط الحظر.....31
ثالثا: تقييم الرأيين.....32
الفرع الثاني: مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد الزواج وأثرها على العقد.....35
أولا: مذهب الحنابلة 36
ثانيا: مذهب المالكية.....38
ثالثا: مذهب الحنفية 40
رابعا: مذهب الشافعية.....42
المطلب الثاني: بعض النماذج للمشارطات في الفقه الإسلامي 44
الفرع الأول: بعض النماذج للشروط في عقد الزواج.....44
أولا: اشتراط صفة معينة في أحد الزوجين 44
ثانيا: اشتراط المرأة عدم الزواج عليها.....45
ثالثا: شرط اسقاط المهر 49
رابعا: اشتراط السكن المنفرد.....50
الفرع الثاني: بعض النماذج للأنكحة المقترنة بالشروط.....52
أولا: زواج المتعة.....52
ثانيا: نكاح الشغار.....55
ثالثا: نكاح المحلل.....58
رابعا: زواج المسيار 60
المبحث الثاني: الاشتراط في عقد الزواج في القانون والقضاء الجزائري 61

المطلب الأول: الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري..... 61
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج..... 62
أولا: نطاق الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري..... 62
ثانيا: أنواع المشارطات الواردة في قانون الاسرة الجزائري..... 64
شرط عدم التعدد..... 64
شرط عمل المرأة..... 66
شرط الاشتراك المالي..... 68
الفرع الثاني: أثر الإخلال بالشروط أو تنافيها مع العقد في قانون الأسرة الجزائري..... 69
أولا: مصير العقد في حالة الاقتران بالشرط المنافي..... 70
ثانيا: مصير العقد في حالة الإخلال بالشرط المقترن..... 72
المطلب الثاني: الاشتراط في عقد الزواج في القضاء الجزائري..... 75
الفرع الأول: سلطة القاضي في الاشتراط في عقد الزواج..... 75
أولا: موجبات تعديل أو نقض الشرط المقترن بعقد الزواج..... 75
ثانيا: حدود سلطة القاضي في تعديل أو نقض الشرط المقترن بعقد الزواج..... 76
الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي في الاشتراط في عقد الزواج..... 77
أولا: في حرية الاشتراط..... 78
ثانيا: في اشتراط السكن المنفرد..... 78
ثالثا: في اشتراط العذرية..... 80
الخاتمة..... 82

قائمة المراجع.....84
الفهرس.....90